

**LIBRO HOMENAJE
AL PROFESOR
LUIS ARROYO ZAPATERO
UN DERECHO PENAL HUMANISTA**

Volumen II

Editores:

**Rosario de Vicente Martínez
Diego Gómez Iniesta
Teresa Martín López
Marta Muñoz de Morales Romero
Adán Nieto Martín**

**Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**

**LIBRO HOMENAJE
AL PROFESOR
LUIS ARROYO ZAPATERO
UN DERECHO PENAL HUMANISTA**

Volumen II

Editores:

Rosario de Vicente Martínez

Diego Gómez Iniesta

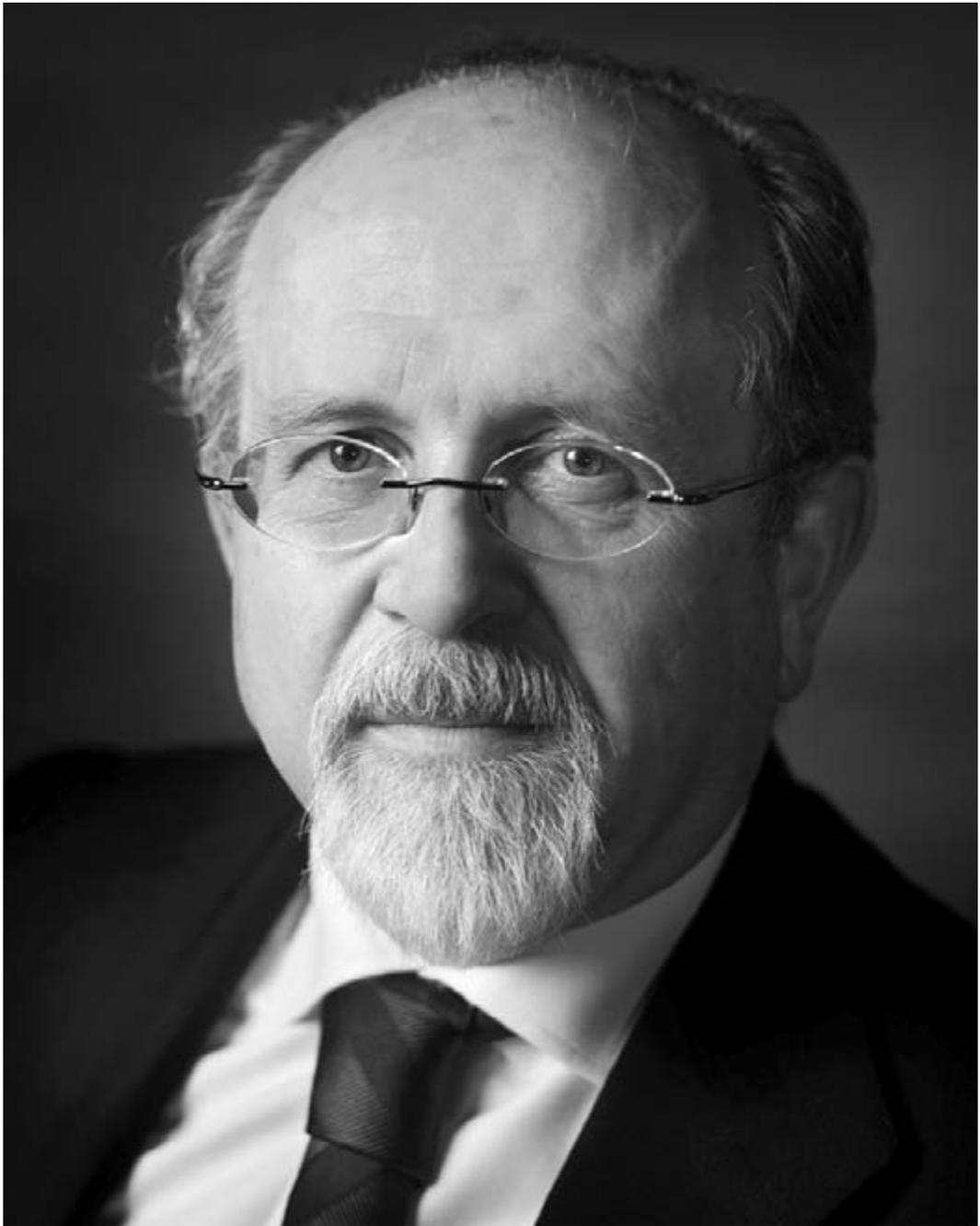
Teresa Martín López

Marta Muñoz de Morales Romero

Adán Nieto Martín

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
LUIS ARROYO ZAPATERO
UN DERECHO PENAL HUMANISTA



Jim Amigo

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR LUIS ARROYO ZAPATERO

UN DERECHO PENAL HUMANISTA

Volumen II

Editores:

Rosario de Vicente Martínez

Diego Gómez Iniesta

Teresa Martín López

Marta Muñoz de Morales Romero

Adán Nieto Martín

Primera edición: diciembre 2021



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© De los contenidos, sus autores

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, para esta edición

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO papel: 090-21-192-5

NIPO PDF: 090-21-191-X

NIPO ePUB: 090-21-190-4

ISBN: 978-84-340-2777-0

Depósito Legal: M-29151-2021

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

SUMARIO

1.	Presentación.-La vida y obra de Luis Arroyo a través de sus pasiones ...	15
2.	Laudatio del Maestro Luis Arroyo Zapatero <i>Pedro R. David</i>	21
3.	Luis Arroyo Zapatero, hispanomexicano <i>Sergio García Ramírez</i>	25

Parte general

4.	Manifestaciones del mal y derecho penal (El mal del delito, el mal de la pena y la maldad del autor) <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	41
5.	Beccaria como precursor: la pasión por el derecho penal humanista <i>Matías Bailone</i>	59
6.	Masculinidades y Criminología <i>Rosemary Barberet y Raquel Bartolomé Gutiérrez</i>	69
7.	Nel ricordo di una recente <i>conferencia</i> di Luis Arroyo: Spunti sui difficili rapporti tra principio di legalità e norme punitive anti-covid <i>Alessandro Bernardi</i>	87
8.	Espacio jurídico de la Unión Europea, ciudadanía de la Unión y extradición de ciudadanos de la UE. Consideraciones desde la perspectiva hispano-alemana <i>Manuel Cancio Meliá</i>	101
9.	Le risque zéro est de retour <i>Mireille Delmas-Marty</i>	115
10.	«Espíritu de tiempo» y Derecho penal <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	125
11.	Roxin y la política criminal: un análisis crítico <i>José Luis Díez Ripollés</i>	139

12.	Omisión de impedir delitos y accesoriedad respecto del delito no impedido <i>Jacobo Dopico Gómez-Aller</i>	161
13.	Edad, delincuencia y respuesta penal <i>Esther Fernández Molina</i>	173
14.	Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello «spazio globale» <i>Antonio Fiorella y Nicola Selvaggi</i>	187
15.	¿Cultura o estructura? ¿Esa es la cuestión? La difícil convivencia y coordinación de los dos sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español <i>Alfonso Galán Muñoz</i>	197
16.	Las prerrogativas parlamentarias en el siglo XXI <i>Mercedes García Arán</i>	229
17.	Las recompensas económicas al alertador (<i>whistleblower</i>). ¿Límite infranqueable o justa contraprestación? <i>Beatriz García-Moreno</i>	249
18.	El «Programa penal de la Constitución» de Arroyo Zapatero: una cuestión de principios <i>Nicolás García Rivas</i>	261
19.	La responsabilité pénale des personnes morales en France. La Chambre criminelle entre convictions européennes et malaise jurisprudentiel <i>Geneviève Giudicelli-Delage</i>	283
20.	<i>Compliance</i> público y derecho disciplinario <i>Manuel Gómez Tomillo</i>	295
21.	Hacia la construcción de un Derecho penal económico europeo <i>José L. González Cussac</i>	311
22.	Principio de legalidad e imputación objetiva <i>Carlos Julio Lascano</i>	327
23.	Biología y Derecho penal <i>Gerardo Laveaga</i>	345
24.	Ejercicio legítimo de derecho. Cuestiones generales <i>Diego M. Luzón Peña</i>	355
25.	Los aspectos esenciales del Programa Penal de la Constitución en Chile <i>Jean Pierre Matus Acuña</i>	373
26.	El principio de legalidad en el Derecho Administrativo sancionador <i>Ómar A. Mejía Patiño</i>	389

27.	<i>The king can do wrong: La inviolabilidad del rey a examen</i> <i>Fernando Molina Fernández</i>	407
28.	Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Notas metodológicas, político-criminales y dogmáticas <i>Vincenzo Mongillo</i>	431
29.	Abogados y profesores en los juicios de Nuremberg <i>Francisco Muñoz Conde</i>	463
30.	La reparación como atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, contextualizada en el marco de los procesos restaurativos <i>Fernando Navarro Cardoso y Daniel Montesdeoca Rodríguez</i>	483
31.	La reserva de ley y el control de la constitucionalidad de las leyes penales <i>Adán Nieto Martín</i>	515
32.	La responsabilità penale della persona giuridica: appunti per una dogmática <i>Carlo Enrico Paliero</i>	535
33.	Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o del concepto de dolo? <i>Mercedes Pérez Manzano</i>	553
34.	L'ispirazione «beccariana» di Luis Arroyo Zapatero <i>Mario Pisani</i>	575
35.	Excepcionalidad permanente y Derecho penal <i>Guillermo Portilla Contreras</i>	583
36.	El problema penal y los ideales europeos <i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	599
37.	La pandemia del COVID-19: ¿Instalando el coronoptikón? <i>Marcelo A. Riquert</i>	615
38.	Sociología económica y control social de los negocios <i>Eduardo Saad-Diniz</i>	635
39.	Cervantes en la cárcel de Valladolid <i>Ángel J. Sanz Morán</i>	649
40.	Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano <i>Marco Maria Scoletta</i>	665
41.	The changing face of crime and crime control –Research with Luis Arroyo Zapatero at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg – <i>Ulrich Sieber</i>	683

42.	La dimensión ético-política de la discusión sobre las normas de conducta <i>Jesús María Silva Sánchez</i>	703
43.	Evidencias empíricas y opinión pública sobre el castigo penal en España <i>Pilar Tarancón Gómez</i>	717
44.	Sobre la pretendida «excepcionalidad» del derecho penal <i>Francesco Viganò</i>	731
45.	El penalismo iluminista contra el <i>mercantilismo monetarista</i> <i>E. Raúl Zaffaroni</i>	745
46.	Las personas jurídicas tienen derecho a ser castigadas penalmente <i>Laura Zúñiga Rodríguez</i>	761

Penas y consecuencias accesorias

47.	De la <i>Santa Hermandad</i> , al <i>Santo reproche</i> : Reflexiones en torno a la aflicción del catálogo de penas <i>María Acale Sánchez</i>	777
48.	Decomiso de instrumentos propiedad de terceros no responsables del delito <i>Isidoro Blanco Cordero</i>	791
49.	Hacia la abolición universal de la pena de muerte: desarrollos recientes <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i>	803
50.	Pena de muerte y prisión en la España de principios del siglo xx <i>Francisco Javier de León Villalba</i>	815
51.	¡Si queréis penas largas, queremos garantías de revisión! La Comisión de Revisión de Casos Penales inglesa (<i>Criminal Cases Review Commission</i>) <i>Alejandro L. de Pablo Serrano</i>	837
52.	La pena en la ley: ¿Conminación o comunicación con ciudadanos? <i>Bernardo Feijoo Sánchez</i>	853
53.	Luis Arroyo y la <i>Société Internationale de Défense Sociale</i> <i>Luigi Foffani</i>	873
54.	La penología de retención en España hasta la Ley General Penitenciaria <i>Carlos García Valdés</i>	889

55.	Sobre la resocialización de los condenados por terrorismo. Confrontación de la legislación y jurisprudencia españolas con la realidad de los procesos de «desenganche» <i>Alicia Gil Gil</i>	907
56.	The enigma of <i>de facto</i> abolition of capital punishment <i>Roger Hood</i>	925
57.	La prohibición de penas inhumanas o degradantes <i>Juan Antonio Lascuraín Sánchez</i>	939
58.	<i>Soft-law</i> penitenciario en el ámbito europeo: <i>The cost of non-Europe</i> <i>Beatriz López Lorca</i>	953
59.	La ripulsa della pena capitale nell'ordinamento italiano e il passo decisivo del divieto di estradizione <i>Stefano Manacorda</i>	999
60.	La pena y su ejecución en el correccionalismo español <i>Ricardo M. Mata y Martín</i>	1013
61.	Un nuevo instrumento para la abolición de la pena de muerte. El sistema de sanciones de la Unión Europea para violaciones globales de los derechos humanos <i>Antonio Muñoz Aumión</i>	1037
62.	No hay dos sin tres (cuatro, cinco...): Sobre la última euroorden fallida en el conflicto catalán <i>Marta Muñoz de Morales Romero</i>	1047
63.	Contra la pena de prisión materialmente perpetua, sórdido equivalente de la pena de muerte <i>Luis Fernando Niño</i>	1077
64.	À la manière de Don Quichotte... Le recours contre les conditions de détention indignes en France <i>Raphaële Parizot</i>	1091
65.	El comiso sin condena o <i>civil asset forfeiture</i> : Avanzando hacia el pasado <i>Ana María Prieto del Pino</i>	1103
66.	La ejecución cruel de las penas de prisión <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	1115
67.	La posible apuesta de los sistemas penales democráticos por mecanismos cercanos a la muerte civil para la contención de la pena de muerte <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i>	1139
68.	Viva la muerte por la cárcel <i>Sérgio Salomão Shecaira y Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini</i>	1151

69.	The death row phenomenon and International Human Rights Law <i>William A. Schabas</i>	1167
-----	--	------

Parte especial

70.	Autoblanqueo de capitales y su relación con la defraudación tributaria <i>Manuel A. Abanto Vásquez</i>	1179
71.	Política criminal y sexo: A vueltas con la criminalización de la prostitución (consentida) <i>Francisco Javier Álvarez García y Arturo Ventura Püschel</i>	1219
72.	Los retos del Derecho penal internacional en la Amazonia brasileña <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	1235
73.	Derecho a amar y libertad para morir <i>Juan Carlos Carbonell Mateu</i>	1275
74.	La sedición independentista: percepción social v. percepción jurídica <i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	1291
75.	La aplicación del delito de <i>child grooming</i> en concurrencia con otros delitos contra la indemnidad sexual <i>Norberto J. de la Mata Barranco y Sergio Pérez González</i>	1311
76.	La huelga a través del cine <i>Rosario de Vicente Martínez</i>	1327
77.	Breves reflexiones sobre los ultrajes a España, al hilo de la STC 190/2020, de 15 de diciembre <i>Miguel Díaz y García Conlledo</i>	1355
78.	La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima <i>Patricia Faraldo Cabana</i>	1369
79.	¿Hacia un nuevo Derecho penal económico internacional? El ejemplo del ecocidio <i>Emanuela Fronza</i>	1391
80.	Los orígenes históricos de la responsabilidad del mando en la jurisprudencia de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio <i>Ana M. Garrocho Salcedo</i>	1409
81.	Blanqueo de dinero y corrupción pública <i>Diego J. Gómez Iniesta</i>	1429
82.	Acerca de la tutela penal del derecho a la intimidad genética <i>M.^a del Carmen Gómez Rivero</i>	1451

83.	Efectos indirectos de la cláusula del art. 183 quater en los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y elaboración de pornografía infantil <i>Carmen López Peregrín</i>	1469
84.	El delito de contagio de enfermedades infecciosas <i>Borja Mapelli Caffarena</i>	1489
85.	Posibles estrategias de acometimiento desde el Derecho penal de la delincuencia sexual con víctimas menores de edad <i>María Pilar Marco Francia</i>	1507
86.	La persecución penal de la «humillación de las víctimas del terrorismo»: un recorrido por su (in) definición jurisprudencial <i>Manuel Maroto Calatayud</i>	1521
87.	La validez del delito de cuello blanco <i>M.^a Teresa Martín López</i>	1561
88.	Algunas observaciones sobre la parte general de la propuesta de eurodelitos <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	1579
89.	Uma estratégia patrimonial contra a criminalidade organizada – A luta contra o branqueamento e a utilização do confisco <i>Anabela Miranda Rodrigues</i>	1593
90.	Hacia el Derecho penal quimérico: La protección de los inversores y la confianza en los mercados financieros <i>Fermín Morales Prats</i>	1613
91.	La compleja interpretación del término «a sabiendas» en la prevaricación administrativa <i>Lorenzo Morillas Cueva</i>	1625
92.	Evolución histórica del tratamiento del suicidio en el Derecho penal español hasta el advenimiento de la Segunda República Española <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	1645
93.	Prácticamente nula: la contribución de los delitos de peligro al tratamiento jurídico-penal de la siniestralidad laboral <i>Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno</i>	1663
94.	Delitos contra la política de control de la inmigración: Ayuda a la entrada, tránsito y permanencia de inmigrantes extracomunitarios <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i>	1677
95.	A vueltas con la «dignidad humana» como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos: Razones para su cuestionamiento <i>Ana I. Pérez Machío y Leire Berasaluce Guerricagoitia</i>	1693

96.	Infracciones y sanciones por el incumplimiento del toque de queda y su confluencia con el delito de desobediencia <i>Manuel Portero Henares</i>	1707
97.	La protección del clima: ¿también es tarea del Derecho penal! <i>Helmut Satzger</i>	1731
98.	De lo insólito a lo errático: protección de los derechos laborales por medio del Derecho penal <i>Juan María Terradillos Basoco</i>	1749
99.	Observations sur la quête de nouveaux instruments de domestication des pouvoirs non étatiques <i>Juliette Tricot</i>	1763
100.	Responsabilidad penal por transmisión de enfermedades contagiosas en tiempos de COVID-19 <i>Silvia Valmaña Ochaita</i>	1775

Derecho procesal

101.	Nota en relación con los inspectores-peritos en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal <i>Francisco Boix</i>	1795
102.	O objeto da audiência no proceso penal português <i>Jorge de Figueiredo Dias y Susana Aires de Sousa</i>	1799
103.	Política criminal, dogmática procesal penal y pragmatismo <i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	1821
104.	El espejismo de la negociación en las conformidades o por qué no se conforman los futbolistas <i>Miriam Cugat Mauri</i>	1837
105.	La legitimación procesal de la víctima en los delitos socioeconómicos y las acciones colectivas <i>Rafael Rebollo Vargas</i>	1853
	ANEXO: Listado de publicaciones académicas	1873

PENAS Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

DE LA SANTA HERMANDAD, AL SANTO REPROCHE: REFLEXIONES EN TORNO A LA AFLICTIVIDAD DEL CATÁLOGO DE PENAS

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho penal. Universidad de Cádiz

Me parece duro caso hacer esclavos a los que Dios y naturaleza hizo libres.
Don Quijote de la Mancha, de Miguel de Cervantes¹

I. El nacimiento del Derecho penal y del Derecho penitenciario moderno

Con ocasión de la primera constitución española, puede situarse en 1812 y en la ciudad de Cádiz el nacimiento del moderno Derecho penal liberal y del moderno Derecho penitenciario. Ya por entonces en Europa se habían publicado dos trabajos básicos del pensamiento penal que habían sido traducidos al castellano: en Italia Cesare Beccaria publica su *Dei delitti e delle pene* (1764)², articulado en torno a los principios limitadores del *ius puniendi*, y en Inglaterra publica Howard *The state of Prisons in England and Wales* (1776), un grito sobre la necesidad de humanización de las prisiones. Entre uno y otro texto, en España en 1764 Manuel de Lardizábal hacía público su *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, que comienza afirmando que «nada interesa más a una nación, que el tener buenas leyes criminales» porque de ellas depende «la seguridad del Es-

¹ Página 268, edición, notas e introducción de Alberto Blecuá, editorial Austral, Barcelona, 2010. Este fragmento pertenece al Capítulo XXII «De la libertad que dio Don Quijote a muchos desdichados que, mal de su grado, los llevaban donde no quisieran ir», de la Tercera parte del Primer libro.

² A él se refiere ARROYO ZAPATERO como «metáfora de la denuncia de la crueldad»: *vid.* ARROYO ZAPATERO, L., «La metáfora de la crueldad en la cultura y en el Derecho internacional», en ARROYO ZAPATERO, L., ESTRADA MICHEL, R./NIETO MARTÍN, A., *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, p. 15.

tado»³. La contemporánea maduración del Derecho penal y del Derecho penitenciario no es pura coincidencia, sino consecuencia del hecho de que el primero es la fábrica del personal que termina dentro de las prisiones.

Con este andamiaje teórico, no es de extrañar la importancia que se concedió en la primera constitución a los límites al *ius puniendi* del Estado. Sobre todos ellos, el art. 258 consagró el principio de legalidad penal, que pudo concretarse ya con la aprobación del Código 1822 durante el trienio liberal⁴. Como constataba Tomás y Valiente, se trató de un Código muy tempranero que respondía a la influencia de esos trabajos anteriores, que habían hecho que se sintiera como una necesidad apremiante la de suavizar el castigo, focalizando la pena de muerte y el tormento⁵. El Discurso Preliminar de Argüelles que antecede al texto articulado de esa primera Constitución, estaba ya cargado de referencias a las leyes penales, con la advertencia de «la necesidad de prevenir las prisiones arbitrarias, de contener el escandaloso abuso de los arrestos injustos, de las dilaciones y largas de la formación de los procesos criminales», reclamando una Administración de Justicia «efectiva, pronta e imparcial»⁶.

La Constitución de 1812 también tuvo una influencia decisiva sobre la ejecución de las penas. En efecto, su art. 297 disponía una organización de las cárceles «de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos», señalando que «así el alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación; pero nunca en calabozos subterráneos ni mal sanos», y se ejecutarán respetando el principio de personalidad (art. 305), de tal forma que «ninguna pena que se imponga por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció». Todas estas disposiciones están poniendo de manifiesto el paso de la cárcel

³ LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas*, primera edición facsimilar, Ed. Porrúa, México DF, 1982, p. 118.

⁴ Sobre la codificación penal española, *vid.* MUÑOZ GARCÍA, M. J., *El proceso histórico de la codificación penal española*, Ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1994; TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986; del mismo y sobre el proceso anterior *vid.* TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVII-XVIII)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969.

⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, *cit.*, p. 495.

⁶ El art. 286 reconoce la necesidad de que los delitos sean «prontamente castigados», que ya por entonces había consagrado Beccaria («a fin de que los delitos sean prontamente castigados»: *vid.* BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Ed. Altaya, Barcelona, 1994, p. 75). En lo penal se trata pues de un texto muy moderno en el que se encontraba ya el esqueleto del posterior garantismo.

como lugar de castigo, a lugar de corrección a través del trabajo lo que determina entre otras cosas que empezasen a separarse los encierros de delincuentes, vagabundos, y otras personas *descarriadas*: mujeres, especialmente, las ovejas negras de la sociedad. No es sin embargo hasta el 9 de junio de 1847 cuando se aprueba el *Reglamento de las Casas de Corrección* y el 31 de enero de 1882 con las Ordenanzas para las mujeres presas en la galera de Alcalá de Henares, cuando se contó con un cuerpo regulador de la ejecución de la pena⁷.

Pero es justo reconocer que no fue solo la Constitución de 1812, sino la propia época, sus pensadores, su clase política, su ciudadanía, en definitiva, aquel espíritu constitucional lo que contribuyó al nacimiento del Derecho penal y del Derecho penitenciario modernos, aunque como el tiempo ha puesto de manifiesto, el salto dado no tuvo tanta importancia pues si bien pueden considerarse superados los tiempos de la *Santa Hermandad* –abolida *estéticamente* por ley de las Cortes de Cádiz el 28 de febrero de 1813⁸–, en muchos casos nuestras leyes penales renuncian a cumplir los fines de inserción social con meros *reproches*, incapaz de eliminar una ansiedad punitivista en los beneficios del propio castigo, sin plantearse nada más allá del mismo⁹. La simple desaparición de la pena de muerte, y con ella de toda su liturgia y su boato, no significa que hoy las penas sean más benignas que las dispuestas en los Códigos de los siglos XIX y XX.

II. La pena de muerte

El Código penal de 1822 consagró la pena de muerte como la más grave, asociada a los considerados entonces como los delitos también más graves. Desde entonces estuvo presente en nuestro ordenamiento

⁷ SANZ DELGADO, E., «Los orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos», en Terradillos Basoco, J. M. (coord.), *Marginalidad, cárcel, las «otras» creencias: primeros desarrollos jurídicos de «La Pepa»*, Ed. Diputación de Cádiz, Cádiz, 2008, p. 127.

⁸ Se trató solo de una abolición estética porque al mismo tiempo se creaban los Tribunales protectores de la fe: no puede olvidarse que la Constitución de Cádiz declaraba abiertamente en su art. 12 que «la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra». Vid. por todos ILLANA RUIZ, Y., «Primeros intentos de abolición del Tribunal de la inquisición en España», en *Librosdelcorte.es*, Monográfico 6, año 9 (2017), <http://dx.doi.org/10.15366/ldc2017.9.m6.002>, pp. 40 ss.

⁹ Véase M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2009 (traducción: A. Garzón del Camino), pp. 247 ss. Sobre la evolución de la pena privativa de libertad en España, véase, Rivera Beiras, I. (dir.), *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 3 ss.

jurídico de forma continuada hasta 1932, momento en el que sale del arsenal punitivo¹⁰. Posteriormente, se volverá a introducir a través de la Ley de 11 de octubre de 1934 para determinados delitos de terrorismo y bandolerismo¹¹. Pero es una Ley de 5 de julio de 1938 la que la reintrodujo en el Código penal, afirmando en su preámbulo que su desaparición «no se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero»¹². Su ejecución ha estado rodeada siempre de tal simbolismo que terminaba por constatar que no se trataba más que de un rito: el rito de la pena de muerte¹³. Más adelante, vigente el Código penal de 1870, se aprueba la *Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de febrero de 1874 que dicta disposiciones para la ejecución de la pena de muerte*, encaminada a evitar que un acto tan solemne se llevara a cabo sin la *seriedad y el recogimiento debidos*; así se criticaba la costumbre *tristísima* «de convertir en romería el acto de una ejecución capital, mostrando los concurrentes a él, en lugar de recogimiento a que su gravedad convida, alegría salvaje de una fiesta sazónada con los alicientes y estímulos que la especulación más grosera no vacila en ofrecer al pueblo, desprestigiando así la angustiada serenidad de la justicia en uno de sus momentos más terribles, y contribuyendo a defraudar las esperanzas que la Ley funda en la eficacia preventiva de la pena capital». Hay que resaltar que la finalidad que se perseguía con las ejecuciones y la exposición pública del cadáver no era más que la intimidación, aunque la misma se lograra causando estupor y dolor en los presentes.

El art. 15 de la Constitución de 1978 declara abolida la pena de muerte «a excepción de lo que puedan disponer las leyes penales miliares para tiempo de guerra». El mismo año de 1995 no solo se aprueba el Código penal vigente en el que se elimina del elenco de penas, sino que

¹⁰ La literatura existente sobre la pena de muerte es inabarcable. Como hace ya más de 35 años destacaba BARBERO SANTOS (*Pena de muerte (el ocaso de un mito)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 191 ss), sobre ella existen análisis jurídicos, filosóficos, morales, políticos, económicos, etc., dada la pluralidad de esquinas desde las que puede ser examinada.

Contra la pena de muerte y otras penas crueles, inhumanas y degradantes ha trabajado durante muchos años también el Prof. Arroyo. *vid.* por todos esos trabajos: ARROYO ZAPATERO, L., «La metáfora de la crueldad en la cultura y en el Derecho internacional», en ARROYO ZAPATERO, L., ESTRADA MICHEL, R./NIETO MARTÍN, A., *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, ya citado anteriormente.

¹¹ BARBERO SANTOS, M., *Pena de muerte (el ocaso de un mito)*, cit., p. 191.

¹² BARBERO SANTOS, M., *Pena de muerte (el ocaso de un mito)*, cit., p. 193.

¹³ Bastaría con releer las amplias disposiciones que le dedican cada uno de los Códigos penales que la han incluido en su articulado, para comprobar lo que se dice. Véase FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, cit., p. 17, donde resalta que el castigo pasó de ser un «espectáculo» público, «a convertirse en la parte más oscura del proceso penal». Hasta entonces, podía hablarse de una verdadera «liturgia de la pena» (p. 55; véase también p. 115).

además se modificó el entonces en vigor Código penal militar¹⁴ a través de la *LO 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra*, en cuya Exposición de Motivos se aludía al hecho de que la admisibilidad constitucional de la pena capital en tiempos de guerra, «como tal excepción constitucional, no resulta obligada o imperativa sino que el legislador dispone de plena libertad para abolirla»¹⁵.

III. La cadena perpetua

La cadena perpetua en los primeros momentos de la codificación no se la reconocía como pena¹⁶, aunque bastaba con acudir al contenido de otras para comprobar como la privación de libertad de por vida era una consecuencia penal secundaria de la comisión de un delito con la que se pretendía inocuizar –inoculando– al sujeto que había puesto de manifiesto su peligrosidad para la sociedad. Ahora bien, a pesar de admitir penas que por definición eran perpetuas, ese Código penal de 1822 contemplaba un mecanismo para convertirlas en temporales, rebajándolas y conmutándolas por otras al delincuente «que se arrepienta y enmiende» (art. 144). No es hasta el Código de 1848 cuando nace la pena de «cadena perpetua» con *nomen iuris proprio*. Su art. 94 se establecía que dicha pena «se sufrirá en cualquiera de los puntos destinados a este objeto en África, Canarias o Ultramar». La dispersión de estos condenados en esos lejanos establecimientos penitenciarios conseguía estigmatizar a toda su familia, que no pocas veces terminaba instalándose en lúgubres aposentos en los alrededores de los mismos¹⁷.

En 1856 Pacheco se adelantaba ya al debate ético que encierra la perpetuidad de las penas, al plantearse su justicia, su legitimidad y si

¹⁴ Hoy sustituido por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

¹⁵ El hecho de que no se modificara el art. 15 CE, dejó la puerta abierta a la reintroducción en el Código Penal militar.

¹⁶ Sería por tanto una pena que también comenzó «por no existir». Esta es la valoración que realiza ARROYO ZAPATERO (*Alocución con ocasión de la entrada como miembro correspondiente en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia*, SiDS, 2020, p. 11) de la pena de galeras comenzó por no existir».

¹⁷ Queda pendiente después de cinco años que el Tribunal Constitucional se manifieste sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable. A su favor corre el transcurso del tiempo, pues cuanto más pase hasta que se manifieste nuestro Tribunal Constitucional, más se habrá normalizado la propia pena dentro de nuestro Código penal. *vid.* por todos el «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable» elaborado por LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./PÉREZ MANZANO, M./ALCÁZER GUIRAO, R./ARROYO ZAPATERO, L./DE LEÓN VILLALBA, J./MARTÍNEZ GARAY, L., en ARROYO ZAPATERO, L./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./PÉREZ MANZANO, M., *Contra la cadena perpetua*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 17 ss.

puede la sociedad apoderarse de esta suerte de un hombre, y «matar todo su porvenir», y extinguir «en su ánimo toda esperanza», si «¿puede decirle con derecho: por mucho que vivas, por mucho que expíes, nunca será bastante tu padecimiento, nunca terminará ni se dará por acabada tu expiación?». Él mismo se respondía que «toda pena perpetua tiene para nosotros algo de repugnante, que difícilmente perdonamos por todas las consideraciones que la recomienden»¹⁸.

Las modificaciones no se producen hasta la aprobación del Código de 1870, momento en el que aunque se siguen distinguiendo entre penas temporales y perpetuas, las «perpetuas» ya no lo son. Así el art. 29 establecía que los condenados a perpetuidad «serán indultados a los 30 años de cumplimiento de la condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves, no fuesen dignos de indulto, a juicio del gobierno». Esta disposición determinó –como regla general– la desaparición de la cadena perpetua, con la excepción de que por la conducta del penado, éste no fuere «digno» de indulto. En este sentido, como afirmaba Viada y Vilaseca el hecho de que el legislador estableciera que «serán indultados», era tanto como reconocer que lo que «la ley les concede no es una gracia, sino un derecho: el gobierno, cumplidos los treinta años de condena por el reo, sin haber incurrido éste en faltas o delitos nuevos que afeen su comportamiento, y sin que le comprendan estas circunstancias graves, que a su tiempo se fijarán sin duda, debe otorgarle la liberación a que se ha hecho acreedor, sin necesidad de que por el mismo se formalice instancia alguna»¹⁹. Este dato es muy importante y sirve para caracterizar de forma clara la cadena perpetua del Código de 1870, en la que el dominio del hecho sobre su conversión en temporal estaba en manos del legislador, al transformarla en tal a los 30 años como regla general.

En el Código penal de 1928 las penas dejan de ser perpetuas, desapareciendo ese *nomen iuris*. Esto no significaba sin embargo que la responsabilidad criminal pasara a ser temporal pues en su art. 103 disponía para los delincuentes habituales e incorregibles, la medida de seguridad de internamiento posterior al cumplimiento de la pena «por tiempo indeterminado», hasta que se corrigiese el penado²⁰. Por esta vía, y en

¹⁸ PACHECO, F., *El Código penal. Concordado y comentado*, Tomo I, imprenta de Viuda de Perinat y Compañía, Madrid, 1856, p. 315.

¹⁹ VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, Tomo I, Ed. Tipografía de Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1890, pp. 415-416.

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L./ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme al Código penal de 1928*, Ed. Reus, Madrid, 1929, cit., p. 105.

este momento histórico, la inclusión en el Código penal español por primera vez en nuestra trayectoria legislativa de un «sistema» regulador de las medidas de seguridad junto a las penas, se llevó a cabo revistiendo a las nuevas consecuencias jurídicas de mayor gravedad que la que caracterizaba por entonces a las propias penas. La coincidencia en su fundamento hace que no puedan ser explicadas y justificadas de forma muy distinta esas concretas clases de penas y esas primeras medidas de seguridad.

El Código de 1944 aunque reintrodujo la de muerte, no hizo lo propio con la pena de cadena perpétua, lo que no deja de ser significativo, en la medida en que si bien se consideraba esencial al *Estado serio y justiciero* la pena de muerte, la cadena perpetua, no. Es más, es en este momento en el que se aprueba la redención de penas por el trabajo (art. 100)²¹, que estuvo en vigor hasta que el Código de 1995. A su amparo miles de personas represaliadas por el franquismo fueron destinados a la construcción de las grandes obras públicas emprendidas después de la guerra civil. Todo hace pensar que si la situación de hambre y pobreza que vivía la sociedad española era grave, en las cárceles dichas carencias se dejaban sentir con mayor crudeza, de forma que lo que intentaba hacer el régimen franquista era vaciarlas de condenados hambrientos, a costa de su trabajo personal, enriqueciéndose con el sufrimiento ajeno, lo que no era más que una sutil forma de tortura²². En esta línea, el art. 17 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura establece en relación con las edificaciones y obras realizadas mediante trabajos forzosos que «el Gobierno, en colaboración con las demás Administraciones públicas confeccionará un censo de edificaciones y obras realizadas por miembros de los Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores, así como por prisioneros en campos de concentración, Batallones de Trabajadores y prisioneros en Colonias Penitenciarias Militarizadas»²³. Y es

²¹ GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 231; GRIJALBA LÓPEZ, J. C., «La redención de penas por el trabajo y el adelantamiento de la libertad condicional: la Disposición Transitoria 2.ª a) del Reglamento Penitenciario», en *Revista de Derecho Penitenciario*, 1995/246, p. 61.

²² DE GIORGI, A., *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Ed. Traficantes de Sueños. Mapas, Madrid, 2006 (traducción: Brandariz García, J. A./Bouvier, H.), p. 64.

²³ MUÑOZ CONDE, F., «La transformación jurídica de las dictaduras en democracia y la elaboración jurídica del pasado», en *Revista Penal*, 2008/22, p. 240; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La revisión del pasado y la ley de memoria histórica», en Muñoz Conde, F./Normbaum, T. (dirs.), *Humboldt-Kolleg «La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado»*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 245.

que como afirma Gómez Bravo la redención de penas por el trabajo, con el adelantamiento correspondiente de la libertad condicional tenía su origen en «su lógica abusiva, de carácter explotador y su persistencia como elemento arcaizante que integra todavía aspectos del control y del defensismo social de los Códigos anteriores de 1928 y 1932»²⁴.

En paralelo al Código penal, como es sabido, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970 establecía un sistema de medidas de seguridad pre y posdelictuales, aplicables junto con la pena. Sobre su duración, el art. 26 dejaba claramente sentado la existencia de medidas de seguridad indeterminadas, por lo que la eliminación de la cadena perpetua como pena, no llevó aparejada la eliminación de las medidas de seguridad de por vida.

IV. La forma de cumplimiento de la pena de prisión

La afflictividad de las penas de prisión no puede medirse sin tener en cuenta las condiciones de cumplimiento²⁵ sobre las que los sucesivos Códigos penales no se detenían, en contraposición a las prolijas indicaciones relativas a la ejecución de la pena de muerte. Así, desde el Código de 1848 se establecían previsiones específicas para quienes quebrantaran sus condenas; caso de que ésta fuera la de cadena perpetua, se cumpliría «haciéndole sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos, y destinándole a los trabajos más penosos». Si era condena de reclusión perpetua entonces se prevenía su cumplimiento «llevando una cadena de seguridad por el tiempo de dos a seis años» (art. 124). Idéntico régimen se establecía en los arts. 124 del Código de 1850 y 129 del de 1870.

Sobre la forma de cumplimiento de la cadena perpetua y temporal, el art. 107 del Código de 1870 establecía que «los sentenciados a cadena temporal o perpetua trabajarán en beneficio del Estado; llevarán siempre una cadena al pie, se emplearán en trabajos duros y penosos, y no recibirán auxilio alguno de fuera del establecimiento». Viada y Vilaseca resaltaba la *humanidad* de dicha disposición en comparación con la previsión contenida en el Código de 1850, que a ello añadía «o asida a la de otro penado», aplaudiendo la supresión pues en su opinión, bastaba «el grillete sujeto al pie para ignominia y sujeción del delincuen-

²⁴ GÓMEZ BRAVO, G., «El desarrollo penitenciario en el primer franquismo (1939-1945)», en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, 2006/6, <http://hispanianova.rediris.es>, p. 13.

²⁵ FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, cit., pp. 239 ss.

te»²⁶. No es hasta la aprobación del Código de 1928 (art. 165) cuando se procede a castigar como delito el quebrantamiento de condena, con cuyo nacimiento el quebrantamiento de una pena dejaba de dar lugar a un empeoramiento de la forma de ejecución de la condena originaria.

Especial interés tiene en este momento subrayar que los Códigos penales de 1870, 1928, 1932 y en el de 1944 dieron entrada al sistema progresivo de ejecución de la pena privativa de libertad que nace en España, entre Valencia y Cádiz²⁷. No obstante, la primera norma penitenciaria española, la *Ordenanza General de los Presidios del Reino de 14 de abril de 1834*²⁸, ya esbozó un desarrollo ejecutivo de la pena de prisión, destacando una incipiente clasificación penitenciaria, a partir de un régimen paramilitar, con el recurso a los castigos corporales, así como un originario régimen progresivo de ejecución de penas, en lo que a la concesión de premios se refiere, de forma que los condenados podían ver reducida la duración de sus condenas según su comportamiento²⁹.

Para las mujeres delincuentes también existían previsiones penológicas específicas, que unas veces consistían en impedir que se les impusieran algunas de las penas que existían en el elenco de penas –masculinas– y, otras, en la sujeción de las mismas al castigo que quisiera imponerle el marido. Su internamiento tenía lugar en las *galeras de mujeres*, que tomaba su nombre precisamente de «la semejanza de las galeras que navegan por el mar»³⁰. Estos establecimientos –regentados por

²⁶ VIADA Y VILASECA, S., *Código penal reformado de 1870*, cit., p. 526.

²⁷ GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, cit., pp. 25 ss.; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003, pp. 163 ss.; del mismo, «Los orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos», en Terradillos Basoco, J. M. (coord.), *Marginalidad, cárcel, las «otras» creencias: primeros desarrollos jurídicos de «La Pepa»*, cit., pp. 117 ss.; MUÑOZ CONDE, F., «Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo», en el mismo, *Derecho penal y Control social*, Ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, pp. 51 ss.

²⁸ Véase al respecto: GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Ed. Edisofer, Madrid, 2006, pp. 28 ss.

²⁹ Sobre el posterior desarrollo de las normas penitenciarias españolas, *vid.* por todos, GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, cit., pp. 25 ss.; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, cit., pp. 163 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pp. 321 ss.

³⁰ SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, cit., pp. 64 ss.; MARTÍN GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Ed. Edisofer S. L., Madrid, 2002, pp. 20 ss. Sobre la pena de galeras, puede verse la intervención que realiza Marino BARBERO SANTOS en el «juicio crítico literario» que la Asociación Cultural de Argamasilla de Alba hizo a Luis Arroyo, antes de admitirlo como número: *V Juicio Crítico Literario. Los académicos de la Argamasilla. Encausado: Luis ARROYO ZAPATERO*, Ciudad Real, 1995, pp. 85 ss. También puede verse el trabajo del propio Arroyo Zapatero:

religiosas– nacieron durante el siglo xvii, y en ellos, a través del régimen riguroso de vida, se pretendía la corrección de las mujeres delinquentes y de las desviadas. No fue hasta 1931 cuando la primera mujer que ocupó el cargo de Directora General de Instituciones penitenciarias, Victoria Kent (Concepción Arenal fue visitadora de prisiones), sustituyó a las religiosas por un cuerpo especial de funcionarias, cuando nació en España el derecho penitenciario –también– para mujeres³¹.

V. Significado político criminal del catálogo de penas

En el ámbito de las sanciones penales, la consagración del principio de intervención mínima en la Exposición de Motivos del Código de 1995 debió traducirse en la minimización del carácter aflictivo de las penas y medidas de seguridad³², aunque son múltiples los matices que atestiguan lo contrario. Todo ello viene a poner de manifiesto que la prisión no sirve solo para privar de libertad, sino *para algo más*³³.

Como es sabido, las sucesivas reformas que ha sufrido la pena de prisión desde 2003 han venido a provocar como efecto que su cumplimiento se lleve a cabo de forma íntegra en prisión, dejando a un lado mecanismos que ya existían en la legislación penal y penitenciaria franquista para que determinados penados salieran antes del tiempo establecido en la sentencia de condena. De ahí que se pueda concluir que el conjunto de las reformas practicadas han contribuido a vaciar de contenido resocializador a la pena de cárcel, por lo que la incorporación en 2010 de la medida de seguridad pospenitenciaria de libertad vigilada para determinados condenados para alcanzar la reinserción social, es decir, a lo que expresamente habían renunciado aquellas, no fue honesto y fue un mero reflejo de que el padre de esta disposición no es otro que una especie de «gran hermano legislador», que está sentado en

«Delitos y penas en el Quijote», su *Alocución con ocasión de la entrada como miembro correspondiente en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia*, cit., pp. 9 ss.

³¹ Tras la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, paradójicamente, la segunda mujer que ha ocupado dicho cargo –Mercedes Gallizo–, impulsó la creación de un cuerpo único de funcionarios que indistintamente se distribuirán en establecimientos penitenciarios en los que cumplan condenas hombres o mujeres. Ella misma incentivó la aprobación del RD 1836/2008, de 8 de noviembre, por el que se establece criterios para la aplicación de la integración de las extintas escalas masculinas y femeninas del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones penitenciarias.

³² ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

³³ ARROYO ZAPATERO, L., «Alocución con ocasión de la entrada como miembro correspondiente en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia», cit., p. 12.

un punto estratégico desde donde lo controla todo pero desde donde también se deja ver –paradójicamente– por todos. Con la imposición sucesiva de pena de prisión vacía de contenido resocializador y posterior medida de seguridad vigilada se tranquiliza la conciencia del legislador, pues su renuncia previa no puede hacer olvidar que la sociedad reclama castigo, pero reclama también protección y el legislador está preparado para ofrecérsela a sus votantes, a costa *de lo que sea*. Ese *lo que sea* no es más que la dignidad del penado y, con ella, la clave del actual sistema que sostiene al Código penal³⁴.

Pero con todo, la muestra más palpable del endurecimiento del Código penal vigente se encuentra en la LO 1/2015, que ha introducido la prisión permanente revisable, una pena de prisión para siempre, es decir, perpetua, porque no garantiza la salida con vida de la prisión, y su eventual revisión depende del comportamiento penitenciario del penado, que debe respetar los cánones de un «buen preso», si quiere salir de la cárcel vivo. Ese aumento del rigor penal se constata al leer las expresiones que usa el legislador para dirigirse a quienes cometen delito (como «cumplimiento íntegro», «prisión efectiva», «respuesta contundente» o «preso»), de forma que no puede más que llamar la atención la confianza que deposita en el recluso, de quien espera que, arrepintiéndose y prestando su colaboración, se convierta en su aliado, salvando por él la constitucionalidad de la propia pena. Por ello, el legislador no puede garantizar haber orientado su ejecución a la reeducación y reinserción social del condenado y, por tanto, la constitucionalidad de la pena tan solo puede en el mejor de los casos pronosticarla.

En cualquier caso, el esfuerzo en enfocar el análisis de la prisión permanente desde el prisma de la reinserción social a pesar de que se evita mencionar el art. 25.2 de la Constitución es considerable, si bien delata que esa forma de proceder, esto es, subrayando una idea y omitiendo el soporte de la idea, pone de manifiesto que, más que un fin, la reinserción social parece un obstáculo a superar, de ahí que se difumine su fuerza y se convierta en mero pretexto. Y si es cierto que el legislador no puede garantizar la constitucionalidad de la pena, al admitirla, incumple el mandato constitucional de «orientar la política penal y penitenciaria» a la reinserción social.

Pero por si la pena de prisión, la cárcel y la medida de seguridad pospenitenciaria de libertad vigilada no fueran suficiente amenaza, la LO 1/2015 también incluyó la toma de muestras biológicas y la realiza-

³⁴ Vid. SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., *Derecho penal del enemigo en España*, Ed. Reus, Madrid. 2020.

ción de análisis de ADN (art. 129 bis). Por su contenido, se está ante una muestra más de la desconfianza del legislador hacia el penado que pasa por la prisión y en definitiva, la confianza en la reincidencia penitenciaria. Se trata de una consecuencia que sirve para constatar un «cambio significativo en las técnicas de castigo en el que la línea entre culpabilidad e inocencia se desvanece»³⁵.

Por otra parte, en materia penitenciaria billa con luz propia la Circular de Instituciones Penitenciarias I-02/2016, que contiene un programa marco de intervención sobre internos islamistas «en radicalización violenta», de 25 de octubre de 2016, aunque ciertamente su finalidad no es la de ofrecer un programa de tratamiento, sino la de garantizar la seguridad interior del Centro penitenciario: por eso es irrelevante el consentimiento de los miembros del colectivo de presos yihadista. De la mano de esta Circular se pone de manifiesto la confusión existente entre los fines que ha de cumplir la pena privativa de libertad de reinserción social y la obligación que tiene el Estado de garantizar la seguridad en el interior de las prisiones, pues ambas cuestiones se mimetizan y dan lugar a una nueva finalidad de la pena privativa de libertad, que no es otra que la garantizar la seguridad. De esta forma, se confunden los fines preventivos generales y especiales de la pena con la reinserción social, finalidad por antonomasia que ha de perseguir el Derecho penitenciario que, a su vez, al aterrizar en el conjunto de un Código penal tan embrutecido, se aprovecha de esa mezcla de fines también. Y si al Derecho penitenciario se le resta la finalidad primordial de la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad, tan solo le queda la labor de policía de «retención y custodia» de los detenidos, presos y penados (art. 1 Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria).

En la medida en que se trata además de un Derecho penitenciario reactivo, no proactivo, y cuyo fin no es alcanzar la reinserción social, sino postergarla, no es en puridad de principios «Derecho penitenciario», a pesar de lo penitenciario de su contenido. Y si al Derecho penitenciario se le quita el sustantivo, solo le queda química. *Química* contraria al modelo de Estado social y democrático de derecho diseñado por la Constitución de 1978, que obliga a los poderes públicos a remo-

³⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, I., «La consecuencia accesoria de cesión de muestras biológicas y registro de identificadores de ADN en las bases policiales (art. 129 bis del CP)», en Orts Berenguer, E./Alonso Rimo, A./Roig Torres, M. (coords.), *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 207.

ver los obstáculos para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas.

En definitiva, un Código penal que incorpora mecanismos que ralentizan o impiden definitivamente la reinserción social, que renuncia al sistema progresivo de ejecución de penas privativas de libertad, que trata al imputable como si no lo fuera, y que finalmente vuelve a traer a la arena política la cadena perpetua bajo el eufemístico nombre de prisión permanente revisable, no está pensando en la reinserción social, se trata de un legislador que está confundiendo molinos de viento con caballeros andantes, es decir, sujetos que han cometido un delito con enemigos de la sociedad, consecuencia de su afición a la lectura de los libros de caballería: no a libros de Derecho penal. Se trata, en definitiva, de un modelo penal reactivo, construido de espaldas a la reinserción social, que es el único fin de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad al que expresamente se refiere el art. 25 de la Constitución.

Esto es lo que determina que, más que de Derecho penal, hoy es posible hablar de un Derecho punitivo, que ha adaptado los principios inspiradores de aquel según se le ha antojado. En las manos del legislador está la vuelta a la senda del Derecho penal democrático, minimizando la intervención penal, reduciendo al máximo tanto el catálogo de las sanciones como la duración de las mismas.

DECOMISO DE INSTRUMENTOS PROPIEDAD DE TERCEROS NO RESPONSABLES DEL DELITO

ISIDORO BLANCO CORDERO*
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante

I. Introducción

El *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (TJUE) acaba de considerar desproporcionado el decomiso de instrumentos del delito pertenecientes a un tercero de buena fe. Los hechos probados aluden a un sujeto que trabajaba como conductor para una empresa de transportes establecida en Turquía, realizando transportes internacionales con una cabeza tractora y un semirremolque pertenecientes a la empresa, que aceptó la propuesta que le hizo una persona de transportar ilegalmente 2.940 monedas antiguas de Turquía a Alemania a cambio de una compensación económica. Las monedas fueron descubiertas en un control aduanero tras cruzar la frontera entre Turquía y Bulgaria ocultas en la cabeza tractora. Las autoridades búlgaras procedieron a la incautación como pruebas materiales de la presunta infracción de las monedas, la cabeza tractora, el semirremolque, la llave de encendido y los certificados de matriculación de dicho vehículo. El conductor fue condenado a una pena de tres años de prisión y una multa por contrabando agravado. Las monedas y la cabeza tractora fueron incautadas a favor del Estado búlgaro y el semirremolque, que no estaba directamente implicado en la comisión del delito, fue devuelto a la empresa. Esta interpuso recurso de apelación contra dicha decisión alegando que la incautación

* 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 la cabeza tractora era contraria a las disposiciones del Tratado FUE y de la Carta. El TJUE decidió que es contraria a la normativa europea la legislación nacional búlgara que permite el decomiso de un instrumento utilizado para cometer un delito de contrabando agravado, cuando ese instrumento es propiedad de un tercero de buena fe¹.

También el *Tribunal Supremo* español ha enjuiciado situaciones similares. Así, la STS 1060/2017 resuelve un recurso sobre el decomiso de un barco que transportaba una gran cantidad de bultos de hachís. La dueña de la empresa titular del barco alegaba que estaba siendo privada ilegítimamente de sus bienes, dado que el buque se encontraba decomisado sin motivo, sin estar la compañía ni ella acusada de delito alguno. El Tribunal Supremo confirmó el decomiso del barco con el siguiente razonamiento: «el fundamento del comiso es la funcionalidad instrumental del buque para el delito. Esta es incuestionable. Que el buque pertenezca a una sociedad no responsable criminal no es por sí solo presupuesto suficiente de la excepción a la procedencia del comiso que el artículo 127 del Código Penal establece. Es necesario también que esa propiedad pertenezca a quien sea ajeno al hecho, aunque no sea criminalmente responsable»².

También el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*³ se ha pronunciado sobre asuntos parecidos en los que se alegaba la vulneración del derecho de propiedad reconocido en el Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Estos supuestos tienen en común que se priva del derecho de propiedad de unos bienes a su legítimo propietario, que lo decomisado son instrumentos del delito, que en el momento de comisión pertenecían a un tercero no responsable del delito y que el tercero era una persona jurídica. La conclusión, sin embargo, difiere de unos tribunales a otros y posiblemente también la regulación jurídica y las circunstancias concretas de cada caso⁴. La presente contribución, que presentamos para

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de enero de 2021, en el asunto C-393/19, núm. 58.

² STS 1060/2017, 23/03/2017.

³ Por ejemplo, *Bkm Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi v Slovenia*: ECHR, 17 de enero de 2017, núm. 42079/12, relativa al decomiso del camión propiedad de una empresa, cuyo conductor había utilizado para transportar droga; *Yasar v. Romania*, final, 26 de febrero de 2020, núm. 64863/13, sobre el decomiso de un barco utilizado por un tercero para la pesca ilegal, que el Tribunal admitió puesto que el propietario debería haber sido consciente del uso ilícito del mismo.

⁴ En el caso resuelto por el TJUE se debatía también un problema procesal, el acceso a la justicia por parte del propietario del bien para hacer valer sus derechos, aspecto este que no es objeto de nuestro trabajo.

homenajear la trayectoria docente e investigadora del Profesor Dr. *Luis Alberto Arroyo Zapatero*, tiene por objeto examinar estos problemáticos supuestos con el fin de aportar criterios generales para su resolución de manera razonable.

II. El decomiso de instrumentos en el CP español

La reforma del CP operada mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, amplió y modificó notablemente la regulación del decomiso, que pasó de dos artículos a nueve (127 a 127 octies y 128 CP)⁵, con el fin de trasladar la política criminal europea en materia de decomiso a la política criminal nacional⁶. El art. 127 n.º 1 CP obliga al decomiso de los instrumentos de los *delitos dolosos* de acuerdo con la siguiente redacción: «toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida (...) de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado (...)»⁷. En el caso de los *delitos imprudentes*, el n.º 2 del art. 127 CP permite el decomiso de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito imprudente, cuando la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año. El decomiso de instrumentos es obligatorio en el caso de los delitos dolosos y *facultativo* en el caso de los delitos imprudentes.

De acuerdo con el TS, los instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*) son los útiles o medios empleados para su ejecución⁸ o preparación, y tienen tal condición incluso aunque no hubieran sido estrictamente necesarios para la realización del delito; es suficiente con que se hayan empleado⁹.

⁵ Cfr. las novedades en BLANCO CORDERO, I., «El decomiso en el código penal y la transposición de la directiva 2014/42 UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea», en *Adaptación del Derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, De La Cuesta Arzamendi, J. L. (director), De La Mata Barranco, N. J. (coordinador), 2017, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 429-510.

⁶ En la UE podemos citar la *Directiva 2014/42/UE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril, *sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*, y los artículos aún vigentes de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*.

⁷ La reforma mediante LO 15/2003, de 25 de noviembre, añadió en el art. 127 CP, junto a la referencia a los *instrumentos*, una mención a los *bienes y medios*. Esta referencia supuso una alusión claramente perturbadora que se mantiene hoy día. Cfr. BLANCO CORDERO, «El decomiso en el código penal ...», pp. 439 s, y la bibliografía citada.

⁸ SSTS 753/2017, de 2 de marzo; 512/2017, de 5 de julio; 475/2006, de 2 de mayo; 1002/2004, de 16 de septiembre.

⁹ STS 1290/2005, de 17 de noviembre.

Un importante sector de la doctrina afirma que el *fundamento del decomiso de instrumentos* reside en la *peligrosidad del bien*¹⁰. El instrumento puede ser peligroso *per se*, esto es, la peligrosidad es inherente al mismo (peligrosidad objetiva), por ejemplo, en el caso de explosivos, venenos, armas, etc.¹¹ En otros casos, el peligro procede de la eventual utilización del bien en la comisión (o preparación) de un delito, sea por el responsable del delito ya cometido o por un tercero¹² (peligrosidad subjetiva). Cuando esto ocurre, es la relación entre el bien y el sujeto la que permite afirmar su peligrosidad¹³. Con el decomiso se persigue precisamente neutralizar la peligrosidad del bien, con el fin de impedir que sea utilizado en el futuro para la comisión de nuevos delitos. Este fundamento, con todo, no tiene reflejo en lo dispuesto en el art. 127 CP, pues el decomiso de los instrumentos usados o destinados a ser utilizados para la comisión de un delito doloso debe imponerse de manera *imperativa*. Parece que la norma se dirige a *sancionar* que determinados bienes lícitos¹⁴, aunque no sean peligrosos, se han utilizado (o se van a

¹⁰ Así MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de comiso en el proyecto de Código penal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1981, Fascículos II y III, pp. 616-617; AGUADO CORREA, T.; *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000, p. 49; GRACIA MARTÍN, L., en Gracia Martín, Luis (Coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 553; RAMÓN RIBAS, E., «La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV (2002-2003), pp. 518-564, p. 542; FARALDO CABANA, P., «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 2, 1998, pp. 253-26, p. 255; PUENTE ABA, L. M., «El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, pp. 849-870, p. 853; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio Criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, 2001, pp. 29, 40; JORGE BARREIRO, A., «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 49, fasc/mes 2, 1996, pp. 327-385, p. 368; JORGE BARREIRO, A., «Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *Actualidad Penal*, núm. 23, 2000, pp. 487-517, p. 511; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El comiso», *Diario La Ley*, núm. 5495, 5 de marzo de 2002, consultada la versión digital; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 6, 2006, pp. 16 ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Delitos contra la seguridad vial: el comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 13-02, pp. 02:1-02:44, pp. 23 ss.; VARGAS GONZÁLEZ, P., *El comiso del patrimonio criminal*, Tesis doctoral, Salamanca, 2012, pp. 132 ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi Thomson Reuters, 2017, p. 152.

¹¹ VARGAS GONZÁLEZ, *El comiso del patrimonio criminal*, p. 132.

¹² GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 561; VIZUETA FERNÁNDEZ, *Revista General de Derecho Penal*, p. 18.

¹³ VARGAS GONZÁLEZ, *El comiso del patrimonio criminal*, p. 132, señala que la decisión sobre la peligrosidad debe tomarse con cuidado para evitar el absurdo de admitir el comiso de bienes insignificantes, quizá también de uso cotidiano y fácilmente reemplazables, por el hecho de que en manos de una persona concreta se convierten en peligrosos (un paraguas o unas tijeras puede convertirse en un objeto peligroso si está en manos de un individuo peligroso).

¹⁴ Para CARRILLO DEL TESO, A. E., *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, considera que el decomiso de instrumentos que pertenezcan

utilizar) con *fines contrarios a Derecho*, como pueda ser la comisión de un hecho delictivo¹⁵. La peligrosidad no desempeña ningún papel limitativo de la aplicación de esta modalidad de decomiso. Si acaso, el principio de proporcionalidad permitirá una interpretación restrictiva y correctora (art. 128 CP), pero este no toma en cuenta la peligrosidad del objeto.

III. Decomiso de instrumentos propiedad de terceros en el momento de ejecución o preparación del delito

Conviene diferenciar *dos situaciones* en relación con el decomiso de bienes instrumentales de terceros: a) aquellas en las que tales bienes son transferidos a un tercero tras la ejecución o preparación del hecho delictivo; b) aquellas en las que el bien instrumental pertenece a un tercero no responsable del delito en el momento de su ejecución o preparación, que no es transferido¹⁶ y que le sigue perteneciendo tras la infracción. La primera de ellas tiene un desarrollo legal expreso en el art. 127 quáter CP, relativo al decomiso de bienes que «hayan sido transferidos a terceras personas». La segunda, sin embargo, carece de una regulación específica, más allá de la general del art. 127 CP. Esta contribución aborda la segunda de las situaciones.

1. Lo decisivo no es la buena o mala fe en la adquisición de la propiedad por parte del titular de los bienes

El TJUE recurre a la buena fe del tercero para valorar si procede o no el decomiso¹⁷. También la Directiva 2014/42/UE expresa que el de-

legítimamente al destinatario del decomiso y sean de lícito comercio, «debería mantener su tradicional naturaleza de pena accesoria por su afección al derecho a la propiedad». Sigue a CORTÉS BECHIARELLI, E., «Valoración crítica de la reforma del comiso: LO 15/2003, de 25 de noviembre», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007, pp. 6-12.

¹⁵ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, p. 40; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 28, 2000 [Ejemplar dedicado a: Prevención y represión del blanqueo de capitales, Javier Alberto Zaragoza Aguado (dir.)], pp. 329-370, p. 345.

¹⁶ Así también, GÓMEZ TOMILLO, M., «El comiso de los instrumentos del delito propiedad de terceros no responsables criminalmente del delito», en *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, coord. por José María Suárez López, Jesús Barquín Sanz, Ignacio F. Benítez Ortúzar, María José Jiménez Díaz, José Eduardo Sainz Cantero Caparrós; Lorenzo Morillas Cueva (hom.), Vol. 1, 2018, pp. 313-326, p. 314.

¹⁷ También la normativa internacional que se refiere al decomiso de instrumentos del delito deja claro que este no puede menoscabar los derechos de los terceros de buena fe. Por ejemplo, el art. 31.9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York

comiso de bienes «no perjudicará los derechos de terceros de buena fe» (art. 6.2). La regulación penal española, sin embargo, no menciona expresamente la *buena fe* del tercero. Recordemos que la versión del art. 127.1 CP anterior a la reforma de 2015 excluía del decomiso los bienes del «tercero de buena fe que los haya adquirido legalmente»¹⁸. El Derecho privado nos informará acerca de lo que debe entenderse por *buena fe* en la adquisición de los bienes¹⁹.

Sin embargo, reiteramos, no analizamos los supuestos de transmisión de bienes a un tercero que los adquiere de buena fe, sino aquellos en los que el tercero ya es titular de unos bienes que son utilizados para cometer o preparar el delito. Aquí la titularidad del bien será normalmente de *buena fe*, que estará presente en el momento de adquisición lícita del bien. No se trata, por lo tanto, de la buena o mala fe, sino de si el tercero propietario contribuye al delito con su bien y, muy en especial, de la relación subjetiva con dicha contribución.

2. *El instrumento no es decomisible si el tercero ha actuado diligentemente*

El TJUE señala que el decomiso de un bien perteneciente a un tercero de buena fe supondría un menoscabo desproporcionado del derecho de propiedad que en absoluto estaría amparado por la Carta. Califica de tercero de buena fe a quien «*no sabía ni podía saber* que su bien

el 31 de octubre de 2003, se refiere a los *terceros de buena fe* en relación con el decomiso de la siguiente manera: «las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe».

¹⁸ Sobre esta regulación véase MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV): de la responsabilidad civil, las costas, las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad criminal (artículos 109 a 137 CP)», *Diario La Ley*, núm. 8003, 17 de enero de 2013 (consultada la versión digital), duda de lo acertado del abandono de esta breve redacción. A pesar de que en su día este autor se mostró algo reacio con la misma, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *Actualidad Penal*, 1997, pp. 521-541, p. 532. Sobre el decomiso de bienes propiedad de terceros con anterioridad a la reforma de 2015 cfr. VILATA MENADAS, S., «Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero (Comentario a la STC 151/2002, de 15 de julio)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2002, pp. 2233-2246, CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, pp. 55 ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 429 ss.; AGUADO CORREA, *El comiso*, pp. 47 ss.; MARTÍN PÉREZ, J. A.: «El comiso de bienes propiedad de tercero: análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)», *Derecho privado y Constitución*, núm. 19, 2005, pp. 225-258.

¹⁹ Sobre el concepto de buena fe en este contexto, cfr. BLANCO CORDERO, «El decomiso en el código penal...», pp. 506-507.

se utilizó para cometer una infracción»²⁰. El desconocimiento de que el bien va a ser utilizado para cometer el delito excluye el decomiso (por ejemplo, se utiliza el vehículo de un tercero desconociendo este dicho extremo). Procederá el decomiso si el propietario conoce la utilización delictiva de su bien.

El TJUE alude también a aquellos supuestos en los que el sujeto «*podía saber*» que el bien sería utilizado de forma delictiva. Esto es, quien desconoce la utilización delictiva de su bien, pero *podía haberlo sabido* desplegando la diligencia debida en las concretas circunstancias. No procederá el decomiso, por consiguiente, si el tercero ha actuado diligentemente y se ha asegurado de la no utilización delictiva del bien.

3. *Instrumento propiedad de una persona física: conocimiento y deber de diligencia para evitar su utilización delictiva*

La privación de la titularidad del bien del tercero persona física no responsable del delito debería depender, al menos, de si *conoce* que su bien será utilizado para cometer o preparar un delito. Como decimos, esto no tiene que ver con la buena fe en la adquisición del bien, sino más bien con la contribución consciente al delito. Si la conducta es constitutiva de una participación dolosa en el delito, procederá el decomiso porque el titular será también criminalmente responsable y se le impondrá una pena (art. 127.1 CP)²¹. También cuando, no siendo penalmente responsable (por ejemplo, porque ha fallecido, etc., art. 127 ter CP) conoce dicha utilización delictiva.

El debate surge cuando se examina la posibilidad de decomisar el bien propiedad de un tercero que ha contribuido *negligentemente* al delito. Se trata de una contribución imprudente al delito que es impune. No está claro, sin embargo, si el Derecho español permite el decomiso en casos de negligencia del propietario.

Choclán Montalvo y *Martín Pérez* no lo admiten. A juicio del primero, teniendo en cuenta la regulación vigente, no es posible decomisar bienes del tercero no responsable cuando este haya cooperado negligentemente a la utilización del objeto en la comisión del hecho o en su preparación. Por ejemplo, dice, no cabe el decomiso si alguien pone a

²⁰ STJUE, asunto C-393/19, núm. 55, cursiva nuestra.

²¹ Aunque no necesariamente como indica el art. 127 ter CP.

disposición de otro su vehículo pese a que era previsible su utilización con fines criminales, o ha omitido el cuidado debido en el control de su arma de fuego²². En la misma línea, *Martín Pérez* opina que no procede realizar una interpretación extensiva hasta considerar como mala fe del tercero supuestos de negligencia de éste, que no le convierten en responsable del delito²³.

Por otro lado, *Manzanares Samaniego* es favorable al decomiso del bien propiedad de quien ha «*facilitado culposamente la ejecución proporcionando el instrumento comisivo*», si bien llega a esta conclusión por vía interpretativa de la normativa penal²⁴. También *Gracia Martín*, con base en el fundamento de esta modalidad de decomiso, entiende que son decomisables los instrumentos pertenecientes a un tercero en el momento de comisión de un delito. Señala que no procede el decomiso si el propietario puede garantizar que va a cumplir con su deber de vigilancia del bien para evitar que sea utilizado en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos²⁵. Si no puede hacerlo, dejará de existir buena fe y podrán decomisarse los bienes que le pertenecen. En la misma línea, *Vargas González* afirma la mala fe cuando el tercero no está en condiciones de controlar el bien, evitando que pueda ser empleado para cometer nuevos delitos. Admite el decomiso si el tercero que contribuyó de forma imprudente no puede garantizar que lo sucedido no se repetirá. Exige realizar un pronóstico de peligrosidad objetiva, ponderando las circunstancias del hecho y la imprudencia con la que actuó el tercero, para vaticinar lo que puede suceder en el futuro con el bien. Lo importante, dice, no es la imprudencia del tercero, sino que ofrezca garantías de que va a controlar el bien en el futuro, la vigilancia del bien tras el delito²⁶.

La posibilidad de decomisar bienes instrumentales cuando el tercero ha contribuido *negligentemente* al delito se admite en países como Alemania. El § 74a núm. 1 del Código penal alemán permite el decomiso de instrumentos si la persona a la que pertenecen en el momento de comisión del delito ha contribuido, al menos de manera imprudente, a que sean utilizados como instrumento. En los Estados Unidos de América existe la defensa del propietario inocente (*innocent owner de-*

²² Véase CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, pp. 58-59; CHOCLÁN MONTALVO, *Estudios de derecho judicial*, núm. 28, 2000, pp. 349-350.

²³ Así MARTÍN PÉREZ, *Derecho privado y Constitución*, núm. 19, 2005, pp. 234-235.

²⁴ Véase MANZANARES SAMANIEGO, «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», p. 533

²⁵ Así GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 500.

²⁶ Cfr. VARGAS GONZÁLEZ, *El comiso del patrimonio criminal*, p. 241.

fence)²⁷, de acuerdo con la cual el propietario inocente no puede ser privado de su derecho por aplicación de las leyes sobre decomiso civil. Si el derecho sobre el bien existe en el momento en el que se produce la conducta delictiva, se considera propietario inocente a quien no estaba al tanto de la conducta ilícita; o tras enterarse de ella, hizo todo lo que puede esperarse en términos razonables y en atención a las circunstancias del caso para terminar con el uso ilícito del bien. Le corresponde a él la carga de demostrar, con base en el estándar de la prueba preponderante, que es un propietario inocente.

La contribución negligente del propietario del bien que permite al responsable utilizarlo para ejecutar o preparar el delito debe poder, a nuestro juicio, *fundamentar el decomiso* del bien. Quien alquila un vehículo a un sujeto sin preocuparse por el uso previsto estando obligado por las circunstancias puede perderlo. El decomiso debería comprender aquellos supuestos de participación por imprudencia en el delito de otro (penalmente irrelevantes) mediante la puesta a su disposición de un bien. No es sencillo, sin embargo, determinar el grado de imprudencia del partícipe que debería permitir el decomiso. Desde luego que serían admisibles los casos de imprudencia grave, pero no los de imprudencia leve.

Quizá la *naturaleza sancionadora* del decomiso de instrumentos permita argumentar a favor de esta postura. Esta modalidad de decomiso supone la imposición de un mal, la privación del derecho de propiedad del tercero. Esto no significa que sea una sanción penal²⁸. Esta consecuencia sancionadora (posiblemente de carácter civil) tiene como causa una conducta infractora del tercero no responsable del delito que conoce (normalmente será un partícipe) o actúa negligentemente en relación con sus bienes, que son instrumentalizados por otro para cometer el delito. La finalidad de esta sanción es preventivo-especial, neutralizar la peligrosidad del bien de cara al futuro, pero a través de la sanción del tercero que ha posibilitado su uso delictivo²⁹.

²⁷ *The Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000*. En concreto, Título 18 § 983 *United States Code*.

²⁸ GÓMEZ TOMILLO, «El comiso de los instrumentos del delito...», pp. 322 s., descarta el carácter punitivo del decomiso de instrumentos. No le falta razón cuando se refiere a la posibilidad de decomisar instrumentos del delito que pertenecen al criminalmente responsable del mismo, pues el art. 127 ter CP permite el decomiso sin culpabilidad o tras su fallecimiento. En este trabajo nos referimos al decomiso de bienes de un tercero no responsable del delito y propietario legítimo del bien, que resulta sancionado (posiblemente se trate de una sanción de naturaleza civil) cuando es privado de dicho derecho.

²⁹ Cfr. CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2019, p. 34.

Es cierto, con todo, que la *ausencia de regulación expresa* de esta situación constituye un serio obstáculo para aplicar esta modalidad de decomiso cuando el propietario del instrumento ha actuado de manera negligente. A favor puede mencionarse la supresión de la referencia a la buena fe en el CP (que quizás podría limitarla a supuestos de conocimiento) y por la redacción del art. 127 quáter CP, que permite el decomiso de bienes en poder de terceros «cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso». La referencia a la diligencia del tercero comprende los casos de imprudencia. En sentido similar se puede decir que no merece protección la propiedad del tercero titular de los bienes que no actúa con la diligencia debida en la situación concreta para evitar que sean utilizados instrumentalmente para el delito. En cualquier caso, conviene una regulación expresa al estilo del Código penal alemán.

4. *Instrumento propiedad de una persona jurídica: debida diligencia*

Si el bien instrumental es propiedad de persona jurídica no va a existir ningún problema para decretar el decomiso cuando esta sea responsable del delito de conformidad con los arts. 31 bis ss. CP, si se trata de un *delito de los que generan dicha responsabilidad*³⁰. Imaginemos que la empresa autoriza que el barco sea utilizado para transportar droga, o el camión para realizar actos de contrabando o trata de seres humanos. En este caso procederá el decomiso de instrumentos incluso si la persona jurídica está exenta de responsabilidad penal o esta se ha extinguido, cuando ello haya impedido la continuación del procedimiento penal (art. 127ter CP).

De acuerdo con el art. 31 bis CP, se puede imputar responsabilidad penal a una persona jurídica por dos vías. A través de la primera vía, si son los *máximos responsables* los que conocen la utilización del bien por un tercero para cometer el delito, la persona jurídica responderá penalmente y el instrumento podrá ser decomisado. En la segunda vía, procederá el decomiso cuando quien ha utilizado el bien esté sometido a la autoridad de los máximos responsables, en cuyo caso existirá responsabi-

³⁰ Así, GÓMEZ TOMILLO, «El comiso de los instrumentos del delito...», pp. 314-315, se refiere a la situación en la que la persona jurídica haya autorizado el uso del bien para cometer el delito, en cuyo caso podría plantearse la opción de sancionarla al menos como cómplice, en cuyo caso no habrá problemas para decomisar el bien.

lidad penal si estos no ejercieron el debido control, supervisión o vigilancia sobre la conducta de aquél. Se deberá acreditar el incumplimiento grave de estos deberes de control de la actividad del trabajador por parte de los máximos dirigentes. También serán reconducibles a este supuesto los casos en los que el dirigente tolera dolosamente que un empleado permita que otros utilicen un bien de la empresa para cometer el delito, y aquellos en los que el empleado realice dicha conducta porque el dirigente no ha cumplido de manera imprudente (imprudencia grave) sus deberes de vigilancia y control. Por ejemplo, una empresa dedicada al transporte de mercancías debería considerar como riesgo empresarial que se cometan delitos de contrabando o de tráfico de drogas y debería adoptar medidas para evitar que los vehículos sean utilizados para ello. Si no lo hace podrá incurrir en responsabilidad penal siempre y cuando estén presentes todos los requisitos de los arts. 31 bis ss. CP (que genere beneficios directos o indirectos para la empresa, etc.).

Complejo será el caso cuando se trate de un delito que *no se pueda imputar a una persona jurídica* por no estar previsto expresamente en el CP. Las situaciones imaginables son numerosas. Así, el administrador que conoce y autoriza en nombre de la empresa la utilización del bien con fines delictivos incurrirá normalmente en responsabilidad penal en función de su participación. Será entonces decomisible el bien de la persona jurídica porque el administrador ha actuado en su nombre, realiza un acto del ente colectivo que, si bien no genera responsabilidad penal para este, permitirá el decomiso del bien al existir conocimiento de la intervención en el hecho. Más complicado es el caso en el que el delito es cometido por un empleado que no ha sido objeto de vigilancia y control por los dirigentes de la empresa. Imaginemos el empleado que utiliza el camión de la empresa para llevar a cabo un secuestro (o permite que otros lo utilicen). Como decimos, si la empresa ha ejercido sus deberes de vigilancia y control de manera diligente, la actuación del empleado se ha cometido pese a la existencia de mecanismos de prevención, por lo que difícilmente se le podrá decomisar el bien. Pero si esto no ha ocurrido, se podrá plantear el decomiso por la actuación negligente de los dirigentes de la persona jurídica³¹.

³¹ Discutible es quién tiene la carga de la prueba de la falta de diligencia. Parece que lo más garantista es que corresponda a la acusación que solicita el decomiso del bien instrumental. Aunque siendo el decomiso de instrumentos una especie de sanción civil puede pensarse, como hace GÓMEZ TOMILLO, «El comiso de los instrumentos del delito...», pp. 325 s., que se pueda trasladar la carga de la prueba a quien alega ser propietario de acuerdo con un estándar de la prueba preponderante del Derecho privado.

HACIA LA ABOLICIÓN UNIVERSAL DE LA PENA DE MUERTE: DESARROLLOS RECIENTES*

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

Catedrático de Derecho penal. Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Director del Instituto Vasco de Criminología

Presidente honorario de la Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)

Expresión, entre otras, de su combate contra toda forma de crueldad e inhumanidad en el sistema penal –que comparto–, el compromiso ejemplar de Luis Arroyo Zapatero contra la pena de muerte se traduce en múltiples acciones, publicaciones y resultados académicos del más alto nivel. Sigue así nuestro homenajeado el ejemplo de su maestro, Marino Barbero Santos, el cual defendiera ya la abolición en su Lección de incorporación al Claustro de Profesores de la Universidad de Murcia en 1964¹, y que destacó durante el franquismo –como mi maestro, Antonio Beristain Ipiña, y otros prestigiosos penalistas– por el serio cuestionamiento y rechazo de la pena capital.

I

Las últimas cinco décadas han supuesto un importante avance en este devenir histórico que, indefectiblemente, «camina hacia la abolición de la sanción capital»². Recuerda *Amnesty International*³ que cuando comenzaron su «campana global contra la pena de muerte», en 1977, eran 16 los países que la habían abolido; en 2019 esta cifra se

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

¹ «Pena de muerte, Problema actual», en RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013, pp. 111 ss.

² BERISTAIN IPIÑA, A., *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 293.

³ <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/pena-de-muerte/>

elevaba a 106, siendo 36 más los países que la habían abandonado en la práctica: lo que hacía un total de 142 Estados contrarios a la misma.

Demasiadas leyes de abolición –incluso a nivel constitucional– dejan, con todo, portillos abiertos: en especial, para permitir la aplicación de la pena capital en tiempos de guerra por la jurisdicción militar; de aquí que, hasta en Estados claramente abolicionistas, falten todavía actos legislativos para cerrar definitivamente el paso a la pena de muerte y culminar la abolición total.

Este es el caso español. El artículo 15 de la Constitución de 1978, al declarar abolida la pena de muerte, incorporó una excepción para lo dispuesto por «las leyes penales militares para tiempos de guerra», que fue aprovechada por el Código Penal Militar de 1985 para conservar la pena capital en los supuestos más graves de traición, rebelión militar, sabotaje o crímenes de guerra.

La abolición de la pena de muerte en tiempos de guerra llegó con la Ley Orgánica 11/1995, pero continúa sin plasmarse en la Constitución, donde debería ser, como la de la tortura, «incondicional»⁴; esto exige derogar el inciso aludido del artículo 15 y –en línea con el art. 2.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵, cuyo valor jurídico es equiparado a los tratados por el art. 6.1 del Tratado de Lisboa– elevar a nivel constitucional la irreversibilidad del compromiso asumido a través del Protocolo europeo núm. 13, abolicionario de la pena de muerte en todas las circunstancias, hecho en Vilna el 3 de mayo de 2002 y ratificado por España en 2010 (BOE núm. 77, de 30 de marzo).

II

Naturalmente, no son las asignaturas pendientes de los Estados abolicionistas las que centran los esfuerzos internacionales principales, sino la lucha contra las ejecuciones y contra el mantenimiento de la pena de muerte en el listado de penas: por cierto, para una «variedad de delitos»⁶ que supera ampliamente los hechos «intencionales que tengan consecuencias fatales u otras consecuencias extremadamente gra-

⁴ BERISTAIN IPIÑA, A., *De los delitos y de las penas desde el País Vasco (La Cátedra universitaria en la sociedad mediática)*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 171 ss.

⁵ El cual, tras afirmar el derecho a la vida de «toda persona», dispone: «Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado». BEHRNANN, C., «The European Union and the Abolition of the Death Penalty», *Pace International Law Review. Online companion*, vol.4, 1, 2013, pp. 18 ss. <http://digitalcommons.pace.edu/pilronline/39/>

⁶ HOOD, R./HOYLE, C., *La pena de muerte. Una perspectiva mundial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 277 ss.

ves», a los que –según la Salvaguardia núm. 1 del ECOSOC (Resolución 1984/50)–⁷ ha de entenderse referida la excepción del art. 6 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966.

1. Los informes internacionales ponen de manifiesto cómo, a pesar del relevante retroceso, la abolición universal no se ve, desgraciadamente, próxima.

Según los datos conocidos, a finales de 2019 eran 26.604 las personas internadas en corredores de la muerte. Ese mismo año se impusieron, al menos, 2.307 condenas capitales en 56 países y en 20 de ellos se acabó ejecutando a 657 personas. Esta cifra «oficial» –que concentra en 4 Estados (Arabia Saudí, Egipto, Irak e Irán) el 86% de los casos y no incluye los «miles de ejecuciones» llevadas a cabo en China–⁸ es un 5% menor que la del año anterior, si bien en algunos lugares (Irak, Arabia Saudí, Sudán del Sur y Yemen) el número de ejecuciones se incrementó, llegando a afectar a personas condenadas por delitos cometidos sin cumplir los 18 años, contra lo dispuesto por el art. 37.a) de la Convención de los Derechos del Niño.

Particularmente lamentable es, a su vez, la última deriva del Gobierno federal de los Estados Unidos de América que retomó las ejecuciones en julio de 2020 (¡después de 18 años!), ejecutando a 13 personas hasta el mes de enero de 2021 y rompiendo, igualmente, con 70 años sin ejecución federal de una mujer⁹. La toma de posesión de Biden como nuevo Presidente abre cierto margen a la esperanza: frente a declaraciones anteriores y alegando como justificación la imposibilidad de «garantizar» un correcto abordaje de «los casos de pena de muerte (...) en todo momento», su programa explícitamente recogía el compromiso de promover la eliminación de «la pena de muerte a nivel federal e incentivar a los estados a seguir el ejemplo»...¹⁰

2. La última evolución en el plano internacional sigue, por su parte, presentando claroscuros.

⁷ «Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte», en *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, Nueva York, 2007, p. 150. Como propone, con razón, Arroyo Zapatero, las Salvaguardias del ECOSOC, en cuanto «interpretación más auténtica del artículo 6», deberían «ser consideradas verdadero *ius cogens* internacional». «La metáfora de la crueldad en la cultura y en el Derecho Internacional», en Arroyo Zapatero, L./Estrada Michel, R./Nieto Martín, A. (eds.): *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, p. 18.

⁸ <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/pena-de-muerte/>

⁹ <https://cnnespanol.cnn.com/2021/01/13/el-gobierno-federal-de-ee-uu-ejecuta-a-una-mujer-por-primera-vez-en-casi-70-anos/>

¹⁰ <https://joebiden.com/justice/>

El incremento en el número de votos positivos obtenidos en 2020 por la resolución de 16 de diciembre de 2020 de la Asamblea General de la ONU (A/RES/75/183) –que, por octava ocasión, desde 2007¹¹, se ha pronunciado a favor de una moratoria¹² con 123 votos a favor– puede interpretarse como un reflejo del aumento del compromiso internacional contra la pena de muerte: los votos favorables fueron 104 en 2007 y 121 en 2018.

Además, la nueva resolución incluye por vez primera referencias a subrayar: a la discriminación contra la mujer; al uso de la pena de muerte contra menores, reclamando restringir su aplicación cuando no pueda determinarse la edad; al derecho a conocer la fecha y lugar de la ejecución, permitiendo a familiares y representantes una última visita o comunicación con el condenado, al igual que inhumar el cuerpo (o ser informados de su localización); el papel de las instituciones nacionales de derechos humanos y de la sociedad civil es igualmente objeto de reconocimiento¹³.

Un análisis detenido de los resultados de las votaciones obliga, sin embargo, a rebajar el optimismo: también han aumentado los votos en contra (38 frente a 35 en 2018), consecuencia de la reducción a 24 del número de abstenciones (en 2018 fueron 32).

El texto finalmente aprobado muestra que el debate internacional acerca de la pena de muerte continúa abierto, especialmente en cuanto a su naturaleza de asunto de soberanía nacional o relativo a los derechos humanos. En efecto, fruto de las tensiones habidas en el Tercer Comité se acabó aceptando (por 96 votos a favor, frente a 69 en contra y 17 abstenciones) una enmienda sobre «el derecho soberano de todos los países a establecer su propio ordenamiento jurídico y, en particular, a determinar las sanciones jurídicas que sean apropiadas, con arreglo a las obligaciones que les corresponden en virtud del derecho internacional»: ocupando el primer número de la resolución, su función es reforzar la «visión

¹¹ Con ocasión de la aprobación de la Declaración Universal, en 1947-1948, se dio ya una «primera consideración relevante sobre la pena de muerte en el marco de las Naciones Unidas». SCHABAS, W. A., «Las Naciones Unidas y la abolición de la pena de muerte», en Arroyo, L./Biglino Campos, P./Schabas, W. A. (eds.), *Por la abolición universal de la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 27.

¹² ARROYO ZAPATERO, L., «El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte», en Arroyo, L./Biglino Campos, P./Schabas, W. A. (eds.): *Contra el espanto. Por la abolición de la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 81 ss.

¹³ PILLAY, N./DREIFUSS, R., «Countries Cheer Gains to Ending the Death Penalty Globally, but Foes Harden Their Stance», *Passblue.com*, December 17, 2020 <https://www.passblue.com/2020/12/17/many-countries-cheer-gains-to-ending-the-death-penalty-globally-but-foes-harden-their-stance/>

reduccionista»¹⁴ de la pena de muerte como un mero tema de justicia penal, dependiente de la voluntad soberana de cada Estado.

El punto es fundamental. Como recuerda Mayor Zaragoza, Presidente de la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte (creada en 2010 en Madrid), la historia reciente enseña que, en países tan destacados como Canadá, Francia, Alemania y el Reino Unido, si la abolición acabó teniendo lugar fue «gracias a que las élites jurídicas y parlamentarias de aquellos países decidieron que (...) era una cuestión de derechos humanos, no una herramienta de control del delito»¹⁵.

III

En esta «batalla de ideas»¹⁶ continúa, por ello, siendo clave el papel de la comunidad académica¹⁷ que, con tanta contundencia, defiende y argumenta la estrechísima conexión entre «la abolición universal de la pena capital y el progreso de los derechos humanos en el mundo»¹⁸.

Esto no impide que, especialmente en los Estados Unidos de América, se reanime periódicamente el debate académico en torno a los efectos preventivos de la pena de muerte y su ejecución¹⁹, últimamente con base en análisis econométricos.

Así, frente a la «hipótesis del embrutecimiento» –que defendió que las ejecuciones incidían en un aumento de los asesinatos–²⁰, para ciertos sectores, la evaluación de la experiencia posterior a la moratoria (1967-1976)²¹ en Estados con y sin pena de muerte obligaría a desechar

¹⁴ PILLAY, N./DREIFUSS, R.: *ibidem*.

¹⁵ «La abolición de la pena de muerte: una cuestión de respeto por los derechos humanos», en Arroyo Zapatero, L./Schabas, W./Nieto Martín, A. (eds.), *Pena de muerte y Derechos Humanos: hacia la abolición universal*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, p. 25.

¹⁶ ARROYO ZAPATERO, L., «Una batalla de ideas. La Red académica internacional contra la pena de muerte», en Arroyo Zapatero, L./Schabas, W./Nieto Martín, A. (eds.), *Pena de muerte*, cit., p. 64.

¹⁷ Y sus redes, en particular, la importante Red académica internacional por la abolición de la pena capital (REPECAP) (<http://www.academicsforabolition.net/>) para cuya creación en 2009 y su desarrollo posterior el empeño y energía de nuestro homenajeado fueron y continúan siendo decisivos. ARROYO ZAPATERO, L., *ibidem*, pp. 64 ss.

¹⁸ MAYOR ZARAGOZA, F., «La abolición...», cit., pp. 17 ss.

¹⁹ Por todos, HOOD, R./HOYLE, C., *La pena de muerte*, cit., pp. 683 ss.

²⁰ ALBRECHT, H. J.: «La pena de muerte: Los caminos para su abolición», en Arroyo, L./Biglino Campos, P./Schabas, W. (eds.), *Contra el espanto*, cit., pp. 59 ss.

²¹ MÍNGUEZ ROSIQUE, M., *Penas crueles e inusuales. El debate sobre los límites constitucionales al castigo en los Estados Unidos*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 48 ss.

las conclusiones defendidas por Sellin²² y ampliamente compartidas por la doctrina, según las cuales ni la abolición de la pena de muerte se traduce en un aumento de los crímenes más graves allá donde se produce, ni su existencia y/o aplicación genera diferencias relevantes en los índices de criminalidad de países fronterizos y socioeconómicamente similares. Algunas de esas investigaciones han llegado a cuantificar el efecto preventivo: para las más optimistas²³, cada ejecución evitaría hasta 18 muertes por homicidio/asesinato.

Muchas son las críticas suscitadas por estos estudios, que no dejan de alimentar el debate público y político²⁴: en el plano metodológico²⁵, el cuestionamiento de la «inconsistencia de la verificación empírica»²⁶ lleva al rechazo del supuesto efecto preventivo general negativo de la pena, así como también de aquellas posiciones que, partiendo del mismo (al menos como hipótesis), defienden que entonces la imposición y ejecución de la pena de muerte habría de ser algo éticamente necesario y obligado para los Estados, en defensa de vidas inocentes²⁷.

No es objeto de esta contribución entrar en el bien conocido argumentario de retencionistas y abolicionistas. Conviene, en todo caso, observar, con eminentes criminólogos²⁸, que la pena de muerte funciona en realidad como una reacción, más irracional que racional, a las frustraciones generadas por fenómenos criminales que el sistema no parece capaz de contener, reconduciéndose su verdadero alcance preventivo a una suerte de «prevención simbólica»²⁹, de la mayor utilidad allá donde el elevado sentimiento de inseguridad e incertidumbre sobre el futuro se ve realimentado por la desconfianza hacia el Estado y sus instituciones³⁰.

²² SELLIN, T., *The Death Penalty*, American Law Institute, Philadelphia, 1959.

²³ DEZHBAKASH, H./RUBIN, P. H./SHEPHERD, J. M., «Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data», *American Law and Economics*, 5, 2003, pp. 344 ss.

²⁴ ALBRECHT, H. J., «Pena de muerte, Efecto disuasorio y formulación de políticas», en Arroyo Zapatero, L./Schabas, W./Takayama, K. (eds.), *Death Penalty: A Cruel and Inhuman Punishment*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2013, pp. 37 s.

²⁵ HOOD, R./HOYLE, C., *La pena de muerte*, cit., pp. 731 ss.

²⁶ DEMETRIO CRESPO, E., «Sobre el presunto efecto intimidante de la pena de muerte», en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A./Schabas, W. (eds.), *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, p. 75.

²⁷ SUNSTEIN, C. R./VERMEULE, A., «Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions and Life-Life Tradeoffs», *Stanford Law Review*, 58, 2005, pp. 703 ss.

²⁸ FATTAH, E. A., «The use of the death penalty for drug offences and for economic crime. A discussion and a critique», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 58, 3-4, 1987, p. 729.

²⁹ ALONSO ÁLAMO, M., «La pena de muerte como pena cruel y derecho penal del exceso», en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A./Schabas, W. (Eds.), *Pena de muerte*, cit., p. 51.

³⁰ ALBRECHT, H. J., «Pena de muerte», cit. p. 71.

Por su parte, la práctica de la pena de muerte evidencia la crueldad e inhumanidad³¹ «institucionalizada(s)» de una respuesta punitiva que «no se puede explicar a partir de ninguno de los fines o funciones de la pena», de aplicación selectiva, desigual y discriminatoria, de efectos socialmente desmoralizadores, «irreversible» y, en caso de error judicial, «irremediable»³². Estas notas, que ningún argumento retributivo o preventivo permite ignorar, hacen de la abolición de la pena capital una cuestión no «de opinión», sino «de principio»³³, por su radical injusticia, «que envenena todo el océano de la justicia penal»³⁴, y de imposible aceptación en cualquier sistema penal que incluya entre sus postulados básicos el principio de humanidad³⁵.

IV

Establecido lo anterior, y puesto que la cuestión religiosa —«una de las más delicadas y controvertidas que se presentan al abordar el problema de la pena de muerte»—³⁶ suele ser esgrimida (y no solo en los países islámicos) como «pretexto»³⁷, grande es la importancia que el posicionamiento de iglesias y confesiones puede tener de cara a su abandono pleno y global; de aquí que, entre los desarrollos más recientes, el cambio de redacción del Catecismo por parte del Papa Francisco, dirigido a plasmar de modo inequívoco la inadmisibilidad de la pena de muerte para la Iglesia católica, merezca subrayarse por su relevancia, así como por el atinado apoyo de nuestro homenajeados a este proceso³⁸.

1. Al igual que otras religiones, tampoco la doctrina oficial de la Iglesia Católica cuestionó durante siglos la legitimidad de la pena capi-

³¹ ARROYO ZAPATERO, L., «La pena de muerte como trato cruel, inhumano y degradante», *Revista Brasileira de Direito Penal*, vol.100, 2013, pp. 323 ss.

³² ALONSO ÁLAMO, M., «La pena...», cit., pp. 53, 47 ss. y 39.

³³ HOOD, R./HOYLE, C., *La pena de muerte*, cit., pp. 743 ss.

³⁴ 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. 188.

³⁵ DE LA CUESTA, J. L., «Peine de mort: vers l'abolition globale/Death penalty: towards Global Abolition», *Revue électronique de l'AIDP/Electronic Review of the IAPL/Revista electrónica de la AIDP*, 2013, A-01.

³⁶ BERISTAIN IPIÑA, A., «El catolicismo ante la pena de muerte», en BARBERO SANTOS y OTROS, *La pena de muerte. 6 respuestas*, Universidad de Valladolid, 1975, pp. 157.

³⁷ SCHABAS, W. A., «El Islam y la pena de muerte», en Arroyo, L./Biglino Campos, P./Schabas, W. A. (eds.): *Contra el espanto...*, cit. p. 388.

³⁸ ARROYO ZAPATERO, L., «La pena de muerte es inadmisibles para la Iglesia Católica: La reforma del Catecismo del Papa Francisco y sus consecuencias», en Paredes Castañón, J. M./De Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M. (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. II, Reus, Madrid, 2020, pp. 1219 ss.

tal en la esfera pública o estatal; una pena de la que fue víctima Jesús y que tantos mártires cristianos han sufrido.

A falta de todo posicionamiento explícito en el Nuevo Testamento acerca de su (i)legitimidad³⁹, a partir de Clemente de Alejandría la defensa de la posición favorable se apoyó en las teorías de Platón sobre el castigo: mejora del delincuente o, de no ser posible, aniquilación para disuadir a los demás⁴⁰. Ahora bien, el no cuestionamiento del derecho a imponer la pena de muerte por parte del poder secular no impedía reconocer la superioridad moral de la misericordia (Ambrosio de Milán), siendo habitual desde los primeros tiempos la intervención episcopal en favor de la no ejecución de los condenados a muerte. Esta posición, de algún modo ambivalente, respecto de la pena de muerte en el ámbito secular continuó durante siglos: de este modo, junto al reconocimiento reiterado del derecho a la imposición de la pena de muerte por quienes ocupaban los poderes públicos (frecuentemente, los propios obispos), pervivieron instituciones como el *privilegium fori* (por el que los clérigos eran sometidos no a un tribunal secular, sino a uno espiritual, que no podía dictar penas de muerte) o el asilo para quienes solicitaban refugio en los monasterios huyendo de una sentencia capital⁴¹.

En cuanto al plano eclesial interno, durante los primeros siglos se excluyeron la muerte o penas corporales, en coherencia con el mandato del amor y por entender que sólo a Dios corresponde «el juicio definitivo sobre la vida y la muerte, la salvación y la condenación»⁴². Con todo, el reconocimiento oficial de la religión cristiana produjo a partir del siglo IV un importante cambio, particularmente en el castigo de los herejes, que acabaron siendo entregados a la autoridad secular y ejecutados como criminales «de lesa majestad contra un gobernante sacramentalmente legitimado»⁴³.

2. La ascunción de la legitimidad de la pena de muerte como elemento integrante de la doctrina oficial de la Iglesia –respaldada desde la «teología retencionista» por muchos teólogos escrituristas⁴⁴ con base

³⁹ En contraste con aquellos pasajes bíblicos que la reclaman en ciertos supuestos: magia, violación del descanso del sábado, blasfemia, adulterio, homosexualidad, zoofilia, incesto y violación. SCHABAS, W. A., «El Islam...», cit., p. 385.

⁴⁰ SEEWALD, M.: «La pena de muerte, la doctrina de la Iglesia y la evolución de los dogmas. Reflexiones sobre el cambio en el Catecismo realizado por el papa Francisco», *Concilium: Revista internacional de Teología*, 379, 2019, pp. 146 ss.

⁴¹ SEEWALD, M., *ibidem*, pp. 148 s.

⁴² SEEWALD, M., *ibidem*, pp. 150 s.

⁴³ SEEWALD, M., *ibidem*, pp. 152 s.

⁴⁴ BERISTAIN IPIÑA, A., «La sanción capital en España. Especial referencia la dimensión religiosa Cristiana», en *De leyes penales y de dios legislador (alfa y omega del control penal humano,*

en «motivos intrínsecos de justicia» y por considerarla «necesaria para el orden público (sociedad)»—⁴⁵ llegó hasta el Catecismo de 1992. Este expresaba que «la enseñanza tradicional de la Iglesia ha reconocido el justo fundamento del derecho y deber de la legítima autoridad pública para aplicar penas proporcionadas a la gravedad del delito, sin excluir, en casos de extrema gravedad, el recurso a la pena de muerte» (núm.2266); bien es cierto que —se añadía— solo si «los medios incruentosos», que «corresponden mejor a las condiciones concretas del bien común y son más conformes con la dignidad de la persona humana», no «bastan para defender las vidas humanas contra el agresor y para proteger de él el orden público y la seguridad de las personas» (núm. 2267)⁴⁶.

Pero, ya en 1995 el propio Juan Pablo II reconocía en el núm.27 de su Encíclica *Evangelium Vitae*⁴⁷ la evolución social y en el seno de la Iglesia hacia la restricción de la pena de muerte y su abolición, que le llevaba a enmendar el texto del Catecismo, limitando la admisión de la pena de muerte a los casos en que fuera «el único camino posible para defender eficazmente del agresor injusto las vidas humanas»: algo absolutamente excepcional, dadas «las posibilidades que tiene el Estado para reprimir eficazmente el crimen, haciendo inofensivo a aquél que lo ha cometido sin quitarle definitivamente la posibilidad de redimirse» (núm. 2267). Asimismo, en diversas alocuciones se manifestó públicamente contra la pena de muerte. También lo hizo su sucesor, Benedicto XVI⁴⁸.

3. La eliminación del Catecismo de toda referencia a la posibilidad de aplicación excepcional de la pena capital ha llegado con el Papa Francisco, el cual (por *Rescriptum* «*ex Audentia SS.mi*», 2 de agosto de 2018)⁴⁹ ha dado una nueva redacción al núm. 2267 que, en la actualidad, dispone:

2267. *Durante mucho tiempo el recurso a la pena de muerte por parte de la autoridad legítima, después de un debido proceso, fue considerado una*

Edersa, 1990, pp. 196 ss.

⁴⁵ BERISTAIN IPIÑA, A., «El catolicismo...», cit., pp. 170 s.

⁴⁶ *Catecismo de la Iglesia Católica*, Asociación de Editores del Catecismo, Madrid, 1992, p. 498.

⁴⁷ *Carta Encíclica Evangelium Vitae del Sumo Pontífice Juan Pablo II a los obispos, a los sacerdotes y diáconos, a los religiosos y religiosas, a los fieles laicos y a todas las personas de buena voluntad sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana*, 1995, núm.27). http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html

⁴⁸ ARROYO ZAPATERO, L., «La pena de muerte es...», cit., pp. 1228 s.

⁴⁹ http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20180801_catechismo-penadimorte_sp.html

respuesta apropiada a la gravedad de algunos delitos y un medio admisible, aunque extremo, para la tutela del bien común.

Hoy está cada vez más viva la conciencia de que la dignidad de la persona no se pierde ni siquiera después de haber cometido crímenes muy graves. Además, se ha extendido una nueva comprensión acerca del sentido de las sanciones penales por parte del Estado. En fin, se han implementado sistemas de detención más eficaces, que garantizan la necesaria defensa de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, no le quitan al reo la posibilidad de redimirse definitivamente.

Por tanto, la Iglesia enseña, a la luz del Evangelio, que «la pena de muerte es inadmisibles, porque atenta contra la inviolabilidad y la dignidad de la persona, y se compromete con determinación a su abolición en todo el mundo».

4. La decisión papal se vio precedida de importantes pronunciamientos que la anunciaban⁵⁰, al tiempo que explicaban el posicionamiento de Francisco en relación con aspectos claves del sistema penal y su absoluto convencimiento de la imposibilidad de una justicia realmente humana con pena de muerte⁵¹.

Para Francisco, partiendo de la «asimetría necesaria» entre delito y pena, el acento de la intervención penal humanizadora en nuestros días no puede ser «ajusticiar al agresor», sino «hacer justicia a la víctima», algo imposible de conseguir desde el retribucionismo y que obliga a mirar al futuro y centrar los esfuerzos en «la reconstrucción de las relaciones interpersonales y sociales dañadas o rotas», con una perspectiva «genuinamente reconciliadora»⁵². Coherente con lo anterior es el reconocimiento, como «principios directores de esta justicia realmente humana», del postulado *pro homine* y la *cautela in poenam*. Estos reclaman el aseguramiento activo del respeto de la primacía de la vida y «dignidad de la persona humana sobre todas las cosas», al igual que contener esos «impulsos de venganza» suscitados en la sociedad por los hechos criminales y que tantas veces se traducen en demandas puniti-

⁵⁰ Ver las contribuciones de Arroyo Zapatero («Actores, factores y procesos en el camino de la abolición universal de la pena de muerte») y Carles («La Iglesia Católica frente a la pena de muerte») al volumen editado por el primero *La pasión de la crueldad, el Papa Francisco contra la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 85 ss. y pp. 110 ss., respectivamente.

⁵¹ DE LA CUESTA, J. L., «¿Una justicia realmente humana con pena de muerte? Inadmisibilidad de la pena de muerte a la luz del principio de humanidad», en Arroyo Zapatero, L. (ed.), *ibidem*, pp. 33 ss.

⁵² «Carta del Santo Padre Francisco a los participantes del XIX Congreso Internacional de la AIDP y del III Congreso de la ALPEC», en *For a real human justice/Por una justicia realmente humana*, Villematier, 2015, pp. 80 s.

vas desproporcionadas y defendidas por necesidades preventivas y de disuasión nada o no suficientemente acreditadas. Múltiples son las consecuencias de todo lo anterior; el Papa Francisco destaca, entre ellas:

– El rechazo del derecho estatal a quitar la vida, tanto por medio de ejecuciones extrajudiciales o extralegales, como a través de la pena de muerte, sea cual sea la gravedad del crimen cometido, un rechazo que debería arrastrar al de la cadena perpetua y demás «penas de muerte encubiertas»⁵³.

– La demanda de mejora de las condiciones carcelarias, de abolición de la tortura y otras medidas y penas crueles, inhumanas y degradantes, así como la restricción del empleo de sanciones penales en el caso de niños, ancianos y personas de mayor vulnerabilidad.

– La exigencia de una atención singular a la prevención de los fenómenos criminales gravemente atentatorios de la dignidad de la persona y del bien común, en particular, la trata de seres humanos y la corrupción⁵⁴.

5. El paso decisivo de Francisco –que constituye un hito principal en el «largo camino» de esta pena que «se resiste al ocaso»–⁵⁵ no ha dejado de suscitar resistencias por parte de sectores que, como critica la «teología abolicionista»⁵⁶, defienden la prevalencia de la literalidad de ciertos pasajes veterotestamentarios sobre «las líneas de fuerza del Evangelio» y la tradición apostólica⁵⁷.

Mucha es la esperanza que suscitan, por sus indudables efectos (en Europa, América Latina, los EEUU...) ⁵⁸, las afirmaciones rotundas del Papa, como cabeza visible de la Iglesia católica, en torno a la imposible conciliación de la pena capital con el «sentido de *humanitas* y (a) la misericordia divina», en cuanto «ofensa a la inviolabilidad de la vida y a la dignidad de la persona humana que contradice el designio de Dios

⁵³ «Carta del Santo Padre Francisco al Presidente de la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte», en ARROYO ZAPATERO, L., *La pasión...*, cit., p. 16.

⁵⁴ «Discurso del Santo Padre Francisco. Sala de los Papas. Jueves 23 de octubre de 2014», en *For...*, cit., pp. 27 ss.

⁵⁵ GARCÍA RAMÍREZ, S., «Sobre la pena de muerte: un largo camino», en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A./Schabas, W. (eds.): *Pena de muerte*, cit., p. 206.

⁵⁶ BERISTAIN IPIÑA, A.: «La sanción capital...», cit., pp. 201 ss.

⁵⁷ BERISTAIN IPIÑA, A., «El catolicismo...», cit., p. 178.

⁵⁸ ARROYO ZAPATERO, L., «La pena de muerte es...», cit., pp. 1222 ss. Para los problemas de la abolición en Asia, MUÑOZ UNIÓN, A.: «El incierto camino de la pena de muerte en Asia. La necesidad de diseñar nuevas estrategias para su abolición», en Arroyo Zapatero, L./Estrada Michel, R./Nieto Martín, A. (eds.), *Metáfora...*, cit., pp. 337 ss.

sobre el hombre y la sociedad y su justicia misericordiosa e impide cumplir con cualquier finalidad justa de las penas», al igual que por el «fracaso» que supone en un Estado de derecho, al «obligar a matar en nombre de la justicia»; unas afirmaciones que se añaden a sus jugosas reflexiones acerca de la realidad de los sistemas penales, imperfectos, falibles y que con tan «defectiva selectividad» operan, y en relación con el abuso de la pena de muerte frente a disidentes políticos y minorías...⁵⁹.

De aquí que desde los movimientos abolicionistas se salude con entusiasmo su incorporación comprometida «con fuerza y convicción al proceso de impulsar la abolición universal»⁶⁰ de una pena que, por su crueldad e inhumanidad⁶¹, merece quedar excluida del elenco de penas legítimas⁶² y ser objeto de proscripción internacional plena a través de nuevos instrumentos que, superando lo dispuesto por el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (y el Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), no solo apunten a su abolición como algo deseable y/o facultativo, sino que impongan mundialmente su rechazo incondicional.

⁵⁹ «Carta del Santo Padre Francisco al Presidente...», cit., *passim*.

⁶⁰ ARROYO ZAPATERO, L., «Actores...», cit., p. 94.

⁶¹ Particularmente, aunque no solo, en lo que se refiere al corredor de la muerte y métodos de ejecución ARROYO ZAPATERO, L., «La prohibición de las penas crueles e inhumanas y la abolición universal de la pena de muerte», *Revista de Occidente*, núm. 385, 2013, pp. 15 ss.

⁶² Como ya lo han hecho las jurisdicciones penales internacionales, que no cuentan con ella ni para los crímenes internacionales más graves, SCHABAS, W. A., «Life, Death and the Crime of Crimes. Supreme Penalties and the ICC Statute», *Punishment and Society*, 2, 2000, pp. 263 ss.

PENA DE MUERTE Y PRISIÓN EN LA ESPAÑA DE PRINCIPIOS DEL SIGLO XX¹

FRANCISCO JAVIER DE LEÓN VILLALBA

Profesor de Derecho Penal. Universidad de Castilla la Mancha

Ninguno llame al verdugo,
aunque por verdugo esté,
que á veces al que le llama
le cae la sopa en la miel².

Hace ahora 30 años que, en una mañana de primavera, el por aquel entonces joven Rector de la Universidad de Castilla la Mancha, D. Luis Arroyo Zapatero, me recibió en su despacho del antiguo Convento de las Carmelitas, sede del Vicerrectorado de Extensión Universitaria, para explicarme en una reunión, de apenas quince minutos, cuales eran los beneplácitos de la vida académica, pero también cuales iban a ser mis sufrimientos y penalidades, que a fe mía he podido ratificar con el paso de los años.

Pasados estos tres lustros bajo su magisterio y halo de Rector Magnífico, y siendo el ilustre personaje a quien quiero rendir con estas palabras cortesía y agradecimiento, protagonista en la persecución y auténtico experto en una de las mayores tragedias que ha inventado y aplicado el ser humano, la pena de muerte y sus formas, no podía por menos que dedicarle este homenaje a un tema que sé le ha de agradar.

I. La pena de muerte y el inicio del siglo xx

En efecto, especial y avezado debate, es el del último tormento, y en función del cómo y del quién, quizás el de mayor envidia, la pena

¹ El presente texto se enmarca en el desarrollo del Proyecto Regional «La Crueldad en el Derecho Penal Contemporáneo: pena de muerte, ejecuciones extrajudiciales y cadena perpetua» (ref. SBPLY/19/180501/000292), codirigido por el Profesor Arroyo Zapatero y la profesora Rodríguez Yagüe.

² FRAY GERUNDIO, *Pena de garrote. Capillada 311*, T. XII, Imprenta de Mellado, 18 de diciembre de 1840.

de muerte. Me refiero al cómo, porque no pudiera compararse la guillotina bien ejecutada con un descuartizamiento finamente perpetrado. Y puestos a especificar, que la maña del verdugo podía ser gloria bendita para el reo, o el peor demonio de todos los infiernos. Reducido en número de once, comienza la España del siglo xx con cinco verdugos, a saber, el de Cáceres, Sevilla, Madrid, Barcelona y Burgos, cada uno de ellos con diez o doce mil reales de sueldo, que no los ganaba entonces un maestro de escuela, para lo que hacía falta llevar puñetas de catedrático³. La muerte estaba dividida en gobierno de ejecutores, como si fueran capitanías generales⁴.

Y he de nombrar el quién, porque aun siendo la pena consecuencia de los actos individuales, no llegaba a todos de la misma forma, ni en los mismos términos, que siempre ha habido clases. La discusión llevaba un siglo, y apenas habían conseguido aquellos ilustres humanistas, además de penalistas, evolucionar en su abolición⁵.

Muchos ingenios se habían ocupado ya del tema, Luis Vives, Beccaria, Castegna, Mancini, Lavingston, etc., y muchos eran los trabajos elaborados al respecto, pero la política andaba sus caminos sin mucha atención a la dogmática. Republicanos y socialistas habían quedado solos en el empeño de abolir tan tremenda catástrofe para el ser humano por ser muestra de garantía de los sagrados derechos individuales.

Lo contrario, mantenerse en la conservación de antiguas inhumanidades de las leyes bárbaras, propia de Estados retrógrados y reaccionarios. España estaba entre los agraciados. Y la razón más fogosa de su mantenimiento, el crecimiento de los crímenes horribles sea cuales fueren. ¡La ejemplaridad! ¿Hasta qué límite llegaría el desbordamiento de la perversidad humana si no hubiera castigos ejemplares?

Ejemplo de ese proceso de aprendizaje imprescindible para mantener la paz social y para el sostenimiento del mundo lo publicó *El Motín*

³ Sevilla relata en un breve escrito los antecedentes cercanos sobre los salarios de los verdugos, concretamente nos pone en antecedentes de los documentos de 15 de abril de 1653 y 22 de julio de 1807. *vid.* en *Vida Penitenciaria*, núm. 36-37, 1933, pp. 7 ss.

⁴ La Orden de 29 de septiembre de 1948 (BOE núm. 281, de 7 de octubre) reorganiza el Servicio de Ejecución de Sentencias, en orden a establecer una más racional distribución de este servicio prestados por estos Auxiliares de la Administración de la Justicia. Concreta su número en cinco, que tendrán su residencia en las Audiencias Territoriales de Madrid, Barcelona, Sevilla, La Coruña y Valladolid, pudiendo desplazarse donde sean necesarios y con un sueldo de 6.000 pesetas anuales.

⁵ A los efectos, *vid.* las interesantes notas de CALLEJO HERNANZ, G. M., en «El pensamiento punitivo reaccionario español: pervivencia en el siglo XIX y principios del XX y su influencia en el primer franquismo». En ARROYO ZAPATERO, L.-ESTRADA MICHEL, R. y NIETO MARTÍN, A., *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*. Edt. Univ. de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 82 ss.

de 3 de junio de 1905: la ejecución de un niño por otro, la familiarización con el dolor, la sangre a la fuerza hasta engendrar imaginaciones de niños verdugos. Ocurrió en Guernica. Varios niños de la escuela idearon, para divertirse, representar la ejecución de Aznar y Cirujeda, ejecutados por robo y homicidio, repartiéndose por medio de un sorteo los papeles de la parodia, y decidieron primero ahorcar a Cirujeda. El pequeño verdugo cogió al hijo de un zapatero, que hacía de tal papel, le anudó un pañuelo al cuello apretando las puntas, de manera que cayó desvanecido. Vuelto en sí, marchó a casa, con agudos dolores de garganta. La visita del médico confirmó la gravedad de las lesiones que le llevaron a la muerte tres días después.

Si esa es la enseñanza que nos da la pena, quíteme Dios estas cargas más pesadas que el acero, que muero porque no puedo. No quiero esas penas, que no restan número a los crímenes, incluso aumentan el de los criminales, haciéndonos a todos verdugos y cómplices de tan tamañas atrocidades.

Pero como al igual que no hay mal que cien años dure, aunque solo sea por sanidad de pensamiento, tampoco todos los que ejercían el noble arte de engendrar razones para dirimir cuitas y delitos de mejor forma, es decir, los penalistas, se sometían al clamor de los tiempos, y, arremolinados en recuerdos y añoranzas del pasado, vindicaban quitar la vida por el bien de los condenados⁶.

¿Sorprendente? No, obtuso. Veamos lo razonado. Fue Alfonso de Castro, allá por 1550, en su obra *De potestate legis poenalis*, el que mantuviera que nace del mismo Dios la potestad de la autoridad pública de imponer la pena de muerte, cercenando así el miembro enfermo y podrido del organismo social. Conviene, según este autor, aplicar al reo la pena de muerte si no se quiere someter a sufrimiento al reo, porque lo inhumano es no matarlo, ya que se le pone al pobre en ocasión de amontonar delitos; de que pierda toda noción de moralidad; de que viva a solas con sus pensamientos aciagos, y de una vida al margen del resto de sus congéneres. Pues bien, no eran pocos los seguidores de esta escuela, y alguno de ellos ilustrado, como el Marqués de Lardizábal, que admitía la pena de muerte porque, en justo derecho de defensa, la sociedad podía pactar y transmitir a la autoridad pública tan indiscutible facultad. Si bien rechazaba aquellas consideradas crueles e inhumanas, ya que la pena tiene que corregir, no atormentar y «por esta razón creo

⁶ En la línea opuesta, también estaban los que la rechazaban. Así PÉREZ DE MOLINA, M., *La Sociedad y el Patíbulo, ó La pena de muerte histórica y filosóficamente considerada*. Madrid, Imp. De la Esperanza, 1854, pp. 89.

que entre las penas capitales, cuando sea necesario imponerlas, deben preferirse con exclusión de las demás las que actualmente se usan entre nosotros, cuales son el garrote, la horca y el arcabuceo en los soldados, en las cuales concurren las circunstancias expresadas»⁷.

En esta línea, decía Enrique de Benito, catedrático penalista que ¡Tantas cosas hay que hacer antes de que el legislador pueda dedicarse a suavizar las penas! Hay que reorganizar la policía, el enjuiciamiento y las cárceles, que dejan muchísimo que desear. Hay que luchar con método y con constancia contra la infancia abandonada y la juventud viciosa, contra el alcoholismo, contra la vagancia y contra la prostitución. Hay que apretar muchos lazos morales, harto flojos por consecuencia de la obra de ciertos políticos y de ciertos escritores. ¡Particularmente en Francia, hay tanta flor marchita en el campo de la conciencia social y nacional! Después de que hagamos todas esas cosas, podremos permitirnos discutir la legitimidad de la pena de muerte y decretar la abolición del cadalso. Lejana está, pues, la aurora de ese nuevo día. Y entre tanto, *agarrotando al prójimo, que como decía Laccasagne no hay que posponer el orden social y la tranquilidad de los ciudadanos a razones de índole sentimental e individual de conmiseración hacia el delincuente; que es inoportuno menudear el indulto; que el criminal bien podrá ser un enfermo, pero es, ante todo, un ser antisocial que hay que eliminar (...)*⁸.

No debía extrañar esta postura, que al fin y al cabo, era la oficial del Estado. Leyendo la circular de Gracia y Justicia de 9 de febrero de 1874, que daba las instrucciones relativas a la ejecución de la pena capital. En sus líneas, me parece recordar el ideario político de algún partido popular en un tiempo cercano, que para mantener la prisión de por vida,

⁷ DE LARDIZABAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas contraído a las leyes de España para procurar su reforma*. Cap. V, §. II, De la pena capital, núm. 23.

⁸ Cfr. «El problema de la pena de muerte». En *Gaceta Jurídica de Guerra y Marina*, núm. 213, 1922, p. 16. La cita del autor francés, se debe a su obra *Peine du mort et criminalité*, Paris, 1908. Sintéticamente, algunas de las ideas que expone en el mismo: «que la criminalidad aumenta en Francia, no solo en número, sino en calidad; que en Inglaterra, Dinamarca y Japón, es donde la pena de muerte no es un mito, y en donde se aplica el *hard labour* (trabajo penoso), y el gato de nueve colas (curioso mecanismo para propinar azotes), la criminalidad disminuye; que no hay que posponer el orden social y la tranquilidad de los ciudadanos á razones de índole sentimental é individual de conmiseración hacia el delincuente; que es inoportuno menudear el indulto; que el criminal bien podrá ser un enfermo, pero es, ante todo, un ser antisocial que hay que eliminar; que la guillotina francesa, como la electrocución *yankee*, como el fusilamiento que estilan Servia y las Repúblicas americanas, son procedimientos inhumanos que deben ser desterrados; que el medio mejor de aplicar la pena de muerte es el de la horca á puertas cerradas anestesiando al reo para cortarle sufrimientos, y que, ante todo, hay que luchar contra la infancia abandonada y viciosa, y evitar la propaganda del crimen á que tanto contribuyen los relatos y fotografías de los periódicos». Cfr. DE BENITO, E., «La cuestión de la pena de muerte en Francia». En *Gaceta Jurídica de Guerra y Marina*, núm. 30, 1909, p. 83.

como si fuera un arcano, tiró de la historia para justificarse en sus actos y en sus decisiones.

Comienza la circular apelando al sentimiento de humanidad⁹ y a la abolición de la pena de muerte en países civilizados, pero enseguida tuerce el camino y nos lleva a la gravedad de los delitos castigados: (...) *forzoso es declarar con sinceridad y entereza que no está la sociedad española preparada al beneficio de esa reforma; que faltan en nuestro sistema penitenciario estímulos eficaces de arrepentimiento, y quizás medios suficientes y análogos de corrección y de castigo; que no han permitido los tiempos ni han querido nuestras desdichas que adelante la educación de nuestro pueblo en proporción a los estímulos empleados para impulsarla, ni logre el punto de madurez que ya otros pueblos alcanzaron, ni marcha a compas del progreso de las ideas, ni siga de tan cerca como fuera preciso el movimiento de los hechos sociales. Y como el derecho penal se funda en la ciencia, pero también se modifica y se ha modificado siempre por el poder de las circunstancias, jamás toman forma sus esencias, ni realidad sus abstracciones, ni encarnación el a ley positiva sus principios sino en el grado y por la medida que las públicas necesidades exigen y que en cada lugar y tiempo permiten y aconsejan las condiciones de vida social a todo legislador previsor y discreto. Por eso no tiene todavía aplicación posible en la vida legal de la sociedad española la más pura y elevada noción de la pena; ni la tendrá mientras el sentido moral no se levante, y el respeto al principio de autoridad no se afirme, y el amor a la ley y la veneración a la justicia no penetren en el alma del hombre iluminada por el sentimiento religioso, entibiado en España por la intolerancia, y que, así como ha sucedido en otros pueblos cultos, ha de vivificarse y exaltarse en nosotros al calor de la libertad de conciencia.*

Por eso los legisladores y los Gobiernos, en la materia penal más que en otra alguna, han de consultar la opinión y someterse a las circunstancias; y en estos momentos cualquier aspiración a la lenidad directa o indirecta, llevaría la más profunda alarma a todas las clases sociales sin distinción de escuelas ni de

⁹ Recojo aquí las palabras de ÁLAMO ALONSO sobre la crueldad intrínseca que acompaña a toda pena capital y la aleja, mares por medio, de cualquier valor de humanidad ni sentimiento de conmiseración: «La pena de muerte participa de la crueldad, es intrínsecamente cruel, con independencia de que no vaya acompañada de suplicios adicionales y de que no coincida plenamente con la noción jurídica de ensañamiento (...). En ella concurren siempre males de lujo, aunque no sean «deliberadamente» ni presenten la exuberancia de los suplicios adicionales. Hoy podemos ir más lejos que Pacheco y decir que no solo hay crueldad en los suplicios sino que toda pena de muerte sigue siendo cruel incluso allí donde se pretende presentar con rostro humano y que el pretendido humanismo de la pena de muerte en el marco del Estado democrático y de Derecho no es más que crueldad encubierta y una oculta falta de sensibilidad hacia la vida genuinamente humana». En «La pena de muerte como pena cruel y derecho penal del exceso», ARROYO, L./ NIETO, A./SCHABAS, W., *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*. Edit. Universidad Castilla-La Mancha, 2015, p. 41.

partidos: que tales y tan costosas han sido las experiencias recientes, tantos y tan profundos los sacudimientos que ha sufrido esta sociedad, y han sido tan frecuentes y tan graves y tan terribles las manifestaciones del crimen, que la opinión pública, presa del sobresalto y sobrecogida del espanto, sólo vislumbra remedio a tamaños males en la aplicación severa de las leyes, cuya autoridad ha de restablecerse enérgicamente para refrenar de una vez los actos de rebeldía contra ellas, y extirpar los hábitos de desobediencia hasta reemplazarlos con el de la más perfecta sumisión a la autoridad y a las leyes (...). Penas horribles, crímenes horribles, opinión pública, la necesidad de dar pábulo a la vindicación de las vísceras, la imperante necesidad de garantizar la seguridad colectiva por el peligro que los infractores generan... Elementos de gran actualidad que ya fueron utilizados para justificar lo que nunca se debió aplicar por gobierno alguno, ni siquiera en tiempos de oscuridad.

II. De la horca al garrote

A principios del siglo XIX, la pena de muerte se mantenía, en sus diversas formas, en los países más civilizados mediante la aplicación de la horca, la guillotina, la electrocución, el garrote y el fusilamiento. Habían sido rechazadas, por inútiles, la asfixia, el rayo o electrocución y otros medios con los que se buscaba evitar la ominosa visión de la sangre. La necesaria humanización de las penas, en especial la última, constituía un principio básico de movimiento ilustrado que, en materia penal, vindicaba por una justicia menos cruenta.

En esta línea, en España, el Decreto de 24 de enero de 1812 derogó el ahorcamiento¹⁰, en la jurisdicción ordinaria¹¹, ya que se mantendría vigente en la militar hasta 1880¹², cambiando el poco estético ahogamiento realizado de pie por uno sentado, considerado más refinado.

¹⁰ Sobre las razones, etapas y proceso *vid.* PUYOL MONTERO, J. M., «La abolición de la pena de horca», Cuadernos de Historia del Derecho núm. 4, 1997, pp. 91 y ss.

¹¹ En supuestos de imposibilidad de ejecución, el fusilamiento recomponía rápidamente el orden quebrado. Un buen ejemplo en *El Espectador* del miércoles 6 de diciembre de 1848. Ante la imposibilidad de desplazamiento del verdugo de Barcelona a la localidad de Gerona, el Excmo. Capital General dio orden de que fuesen fusilados dos de los reos en la propia Gerona y otros dos en Palamós.

¹² Se mantendrá vigente hasta esa fecha por la aplicación de la normativa vigente al efecto, las Ordenanzas de Carlos III, que contemplaban como formas de ejecución de la pena capital y el fusilamiento y la horca. No obstante, existe constancia de la aplicación de la pena de garrote igualmente para militares. Así la Sentencia de 28 de mayo de 1821, en la que se condena a tal pena al teniente general Francisco Javier Elio por destrucción del sistema constitucional (*El Espectador* núm. 48, de 1 de junio de 1821). Y será la aprobación del Código de Justicia Militar la que la derogará definitivamente. Concretamente, el art. 77 establecía que: «La pena de muerte

Según este breve pero importante precepto, *ninguna pena ha de ser trascendente a la familia del que la sufre; y queriendo al mismo tiempo que el suplicio de los delincuentes no ofrezca un espectáculo demasiado repugnante a la humanidad y al carácter generoso de la Nación española, han venido en decretar (...)*, y en su lugar, se impuso el garrote o corbatín de metal¹³, inicialmente una cuerda, en forma de círculo y unido a un poste en el que se ataba al reo¹⁴. Mediante una palanca el verdugo iba estrechando el corbatín hasta producir la estrangulación del condenado que se encontraba sentado, a los efectos de producir una muerte más digna¹⁵. En términos más exactos, la muerte, teóricamente, instantánea, se producía por «una dislocación de la apófisis de la vertebra axis. Una fractura que provocaba el inmediato coma cerebral, y consecuentemente el rápido fallecimiento. Al collar metálico se le añadiría con el tiempo una pieza posterior de hierro que, al incrustarse por atrás en el cuello del condenado, remataba la rotura de vértebras y del bulbo raquídeo y hacía, siempre de forma teórica, todavía más rápida la muerte (aunque, al parecer, sucedía todo lo contrario)»¹⁶. Con un breve repaso de la prensa de la época puede comprobarse que la pena de garrote se practicó a diestro y siniestro durante el tiempo de su vigencia, en especial durante la segunda mitad del siglo xix.

Años más tarde, por Real Cédula de 28 de abril de 1832, Fernando VII vuelve sobre el tema y se sirve abolir para siempre el suplicio de la horca, mandando que, en adelante, se ejecute a garrote la pena muer-

impuesta a un militar se ejecutará pasando al reo por las armas. Los reos no militares y las mujeres serán ejecutados en la forma establecida por la ley común, si hay medios de emplearla a juicio de la autoridad militar». En todo caso, la consideración de los oficiales y de los generales como nobles les eximía de la horca y requería la ejecución mediante garrote. *vid.* El interesante artículo al respecto publicado en *El Archivo Militar* núm. 88, 1842, pp. 1 a 6.

¹³ Como precedente inmediato a esta derogación cita PUYOL MONTERO el decreto de José Bonaparte de 16 de febrero de 1809. *vid.* «La pena de garrote durante la Guerra de la Independencia: los decretos de José Bonaparte y de las Cortes de Cádiz», *Cuadernos de Historia del Derecho*, vol. Extra. 569-581, 2010, pp. 573 ss. Lo publica el diario de Madrid de 27 de octubre de 1809: Artículo I. La pena de horca queda abolida en todos nuestros reinos; artículo II. En su lugar se substituirá y usará la de garrote para todo reo de muerte, sin distinción alguna de clase, estado, calidad, sexo ni delito; art. III. Los reos no permanecerán en la capilla mas que por el término preciso de 24 horas; art. IV. Si el reo condenado a la pena capital tuviese algún carácter o distinción eclesiástica, civil o militar, de cualquiera género que sea, se entenderá degradado por sola la declaración de la sentencia; art. V. Nuestro Ministro de Justicia queda encargado de la ejecución del presente decreto.

¹⁴ Un buen ejemplo el que describe GÓMEZ FERNÁNDEZ, J., «Morir en el puerto. Dos ejecuciones con garrote» (1844), *Trocadero* núm. 17, 2005.

¹⁵ Como bien señala ROMERO GARCÍA, si bien no podemos decir cuando comenzó su uso, si podemos señalar las dos últimas muertes por este procedimiento, la del anarquista catalán Salvador Puig Antich y el alemán Georg Michael Welzel, el 2 de marzo de 1974. *vid.* *Garrote Vil. Rituales de ejecución, verdugos y reos en la España contemporánea*. Nowtilus, 2014, p. 13.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

te que se imponga¹⁷. En lo sucesivo y en todos los dominios reales, se aplicaría el garrote ordinario a personas de estado llano; el garrote vil para los delitos infamantes sin distinción de clase; subsistiendo el garrote noble para los hijosdalgo. La diferencia entre unos y otros garrotes se marcaba en la forma en la que debían ser conducidos los reos hasta el patíbulo; los últimos, a caballo; los de garrote ordinario, en mula; y los de garrote vil, en burro, sentados, o arrastrados en un serón. ¡Hasta para alcanzar la muerte había que nacer de pie! La ejecución de la pena se igualaría, unificando en modo y forma la ejecución para todo sentenciado, con la regulación del Código Penal de 1848¹⁸:

Art. 89. La pena de muerte se ejecutará en garrote sobre un tablado. La ejecución se verificará de día y con publicidad en el lugar generalmente destinado para este efecto, ò en el que el tribunal determina cuando haya causas especiales para ello.

Esta pena no se ejecutará en días de fiesta religiosa o nacional.

Art. 90. El sentenciado a la pena de muerte será conducido al patíbulo con hopa negra¹⁹, en caballería o carro.

El pregonero publicará en alta voz la sentencia en los parages del transito que el juez señale.

Art. 91. El regicida y el parricida serán conducidos al patíbulo con hopa amarilla y un birrete del mismo color; una y otro con manchas encarnadas.

Art. 92. El cadáver del ejecutado quedará espuesto en el patíbulo hasta una hora antes de oscurecer, en la que será sepultado, entregándolo á sus parientes ó amigos para este efecto, si lo solicitaren. El entierro no podrá hacerse con pompa.

Art. 93. No se ejecutará la pena de muerte en la muger que se halle en cinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga, hasta que hayan pasado cuarenta dias despues del alumbramiento²⁰.

¹⁷ La pena de garrote, no obstante, formaba parte de los sistemas para aplicar la condena máxima desde la edad media. También lo aplicó la Inquisición en supuestos de sujetos que, tras ser condenados a la hoguera, sufrían un arrepentimiento posterior. Así Puyol Montero señala las alabanzas que recibía como medio de ejecución de la pena capital en el siglo XVI, citando la Crónica de los Reyes de Castilla, tomo I, capítulo LXVIII; así como la obra de Pedro Mexía en su Historia del Emperador Carlos V, Los verdugos españoles, Barcelona 1971, p. 267. En «La pena de garrote durante la Guerra de la Independencia: los decretos de José Bonaparte y de las Cortes de Cádiz», pp. 570 ss.

¹⁸ Regulación que trae referencia de los artículos 31 a 47 del Código Penal de 1822 y que se mantendría vigente durante la época franquista.

¹⁹ La hopa es una vestidura a manera de túnica. Se acompañaba de un gorro de bayeta del mismo color.

²⁰ Justicia y humanidad son los valores que subyacen a este artículo, que reproduce la Ley 11, Título 31 de la Partida 7.

A los efectos, y para evitar convertir en romería el acto de la ejecución capital, mostrando los concurrentes, las más de las veces, la alegría salvaje de una fiesta sazónada con los alicientes y estímulos de la especulación más grosera, la Circular de 1874 recomendaba una serie de cautelas, sobre todo si habían de verificarse las ejecuciones a gran distancia del lugar en que el reo estaba recluido: *Ante todo cuidará V. S. I. de disponer que la ejecución se lleve a cabo en el punto más próximo posible al que ocupe el reo en capilla; en segundo lugar, reclamará la intervención de la Autoridad civil a fin de que por todos los medios que estén a su alcance impida que en el sitio de la ejecución ni en el trayecto que ha de recorrer el reo se dispongan puestos de bebidas o de comestibles, ni circulen los vendedores de unos y otros efectos, procurando evitar por estos medios y por lo demás que le sugiera su prudencia que infundan en la muchedumbre que concurre a estos actos sentimientos ajenos a la dignidad de un pueblo culto, contrarios a la majestad de la justicia e incompatibles con el recogimiento y el respeto que debe inspirar el espectáculo de la muerte.*

Se criticaron las veinticuatro horas de espera para el reo, antes cuarenta y ocho, pero quizás no por el sufrimiento de espíritu que podía malgastar el ya espíritu errante durante el trámite, sino porque era tiempo suficiente para ocultar los instintos de hiena con máscara de hipocresía y dar tregua a que llegara el perdón, que con jeremiadas y sentimentalismos solían pedirse.

Se criticó que se hiciera de día, pero sobre todo la publicidad que había de darse a la ejecución por ser actos de sonrojo y barbarie. Y poco más, sobre todo teniendo en cuenta que el reo era humano y que el trago era largo. Muchos fueron los sentenciados que intentaron acortar el plazo del verdugo. Y tantos fueron los que se arrojaron por galerías, o aprovecharon sus últimas comunicaciones para intentarlo, que la reina regente tuvo que disponer la Real Orden de 21 de septiembre de 1900 imponiendo una serie de cauciones para tales reos y postreros momentos. La Ley de 9 de abril de 1900, llamada la Ley Pulido, acabó con el espectáculo reduciendo la ejecución a los espacios reservados de cárceles u prisiones, y a un público seleccionado ²¹.

²¹ Unos años este diputado presentó en la mesa del Congreso una propuesta para la reforma de los artículos 102, 103 y 104 del CP: Art. 102. La pena de muerte se ejecutará en garrote. La ejecución se verificará de día, a las doce horas de notificada la sentencia, dentro de la cárcel, y en lugar cerrado. No se ejecutará en día de fiesta; art. 103. Durante las horas de capilla, sólo podrán visitar al reo los empleados del establecimiento y los de la administración de justicia, el sacerdote y el médico del establecimiento, personas de la familia del reo que obtengan licencia y los hermanos de la congregación religiosa que cumple tan humanitario fin; art. 104. Asistirán a la ejecución el juez, el Inspector de policía o el alcalde, directores de la prensa, sacerdote, medico, los concejales,

Vistiendo uniforme, y en adenda de lo ya apuntado, la forma de acabar con la vida del sujeto condenado era mediante el tradicional método del fusilamiento, o sea, lo que se denominaba pasar por armas, y, para rematar, un disparo en el oído, por si las moscas. Acto seguido, tocaba a marcha la banda, y desfilaba la tropa por delante del cadáver. En la práctica, y tratándose de delito común no había norma, unas veces tiraban de sogas, otras, de bala. Aunque no faltan casos, donde se aplicaba también el ahogamiento sentado, como se ha señalado.

No habrá más disposiciones que completen o corrijan estas normas hasta el Real Decreto, aprobado por el Ministro de Justicia y Culto, de diciembre de 1928, que aprueba el Reglamento para la ejecución de la pena de muerte, donde se relata con detalle el procedimiento desde que le es notificada al reo su suerte.

No estaría completa la alocución a la pena capital si no hiciera mención de la gracia del indulto, que en buen número se daban año tras año, en especial, en el primer decenio del siglo, cuando su frecuencia hacía levantar críticas a los más duros del reino. Eran tantos y tan a menudo, que a juicio de esos *seis pesetas*, bien podía decirse que la pena de muerte quedó en gran medida abolida y modificado el Código criminal por la gracia del Jefe del Estado²².

III. La otra pena de muerte: la prisión de por vida o, simplemente, la prisión

Y ¿qué me dicen de la prisión de por vida? Por aquella época, pena de muerte lenta²³. Lo primero que debe ser contado es que, a pesar del

el escribano de la causa y las personas que el tribunal autorice. Se levantará el acta de la ejecución firmada por los presentes. Se hará pública en términos breves, prohibiendo relatar episodios acerca de ella (El correo militar, viernes 7 de agosto de 1896). Sobre la justificación de esta *vid.* CALDALSO, F., «La pena de muerte», *Revista de las prisiones*, núm. 17, 1896, pp. 233 a 236.

²² A los efectos de confirmar tan severa afirmación baste con hacer somera lectura de las *Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo* del primer tercio de siglo XX; todas ellas contienen referencia al abuso generalizado de su uso por el gobierno y de cómo repercutía tal práctica en el ejercicio de la Justicia, especialmente la popular.

²³ Sabiamente Barbero Santos señala que no hay inconveniente alguno en que la prisión sustituya a la pena final, siempre que se cumplan una serie de requisitos. A los efectos: «La acogida de un fin correccional o de reeducación en la pena y el saber que ningún hombre soporta durante largo tiempo un estado de desesperanza (*Hoffnungslosigkeit*) como diría Liepmann, sin caer en el hundimiento –apatía o degeneración– conduce, por otro lado, a no admitir la privación de libertad perpetua; salvo en los casos de anormales peligrosos, en los que ya no se trataría de una pena. Es en todo caso necesario, para el cumplimiento de los fines de retribución jurídica, la reclusión de los que se consideren responsables durante un período mínimo largo, a determinar. Acaso, el de 12 ó 15 años, ya que entonces parece que empieza el deterioro mental. La palabra para decidirlo

nombre, llegado el artículo 29 del Código Penal de 1870 establecía que el penado podía ser indultado a los treinta años de cumplimiento, a no ser que por su conducta u otras circunstancias no fuesen dignos de indulto a juicio del Gobierno.

Las condiciones de ejecución venían establecidas en las Ordenanzas Reales de 1834 y 1873, que establecían, entre otras prebendas, el traslado de estos reclusos a las prisiones de Alhucemas, Guinea, Ceuta, Islas Chafarinas, Melilla y Peñón de la Gomera. Los condenados a cadena debían trabajar a beneficio del Estado con una cadena adherida al pie o a la cintura, y dedicados a los trabajos más penosos en el interior del presidio, y sin poder recibir socorros del exterior. Para que se hagan una idea, a principios de siglo los establecimientos ubicados en el continente africano conservaban la mayor parte de las disposiciones del Reglamento de 1743. En la práctica, todos cumplían por igual, y, las condiciones, las mismas, con independencia de la pena impuesta.

Con las ideas humanistas envolviendo jurados y tribunales, iban descendiendo las penas de muerte y aumentando las cadenas perpetuas, cuando no se aplicaban por sí solas tras la realización de algún delito grave. Como no es amor de patria, me permito ilustrar el régimen de vida al que sometían las leyes italianas de principio de siglo, una vez abolida la pena de muerte, a los condenados a prisión perpetua. Y, para ello, me valgo de los conocimientos obtenidos en relación con el caso de Gaetano Bresci, que tras el asesinato del rey Humberto I, fue encarcelado para los restos en la prisión de Santo Stefano.

El sistema de cumplimiento, en líneas generales, significaba tener por habitáculo una celda de metro de ancho por dos y medio de largo, en la que apenas entraba la luz. Pasado un tiempo, sería trasladado a otra de mayor extensión y con mayor iluminación. Por menaje, un tablado de cincuenta centímetros de ancho, que al inclinarlo le servía de cama, de mesa y de silla, en ausencia de otros muebles. La comida, pan y agua, una vez al día, suministradas por una ventana cubierta con cristal oscuro, que permitía ver al preso desde fuera. La regla, el silencio absoluto y la soledad extrema. Rota esta regla, los castigos previstos eran diversos y refinados: la camisa de fuerza; la imposición de grillos, que sujetaban las manos a los pies; el llamado lecho de fuerza o caja de madera, asemejado a un ataúd, con dos agujeros en un extremo por

la tienen los psiquiatras, no los juristas». En «La pena de muerte, problema actual», en *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Librosmundi, 2013, p. 154.

donde quedaban inmovilizados los pies, más la camisa de fuerza. ¿Se imaginan?

Pasados diez años se concedía un aflojamiento del sistema, pues se permitía al preso trabajar por el día, conservando el aislamiento nocturno. En ningún caso podía recibir visitas ni cartas, y la relación con los carceleros, la mirada. ¿Tormento? El resultado para Bresci fue funesto, pues tras meses, eligió la muerte, o eso dicen. Según unos se quitó la vida colgándose de una toalla, que no tenía; otros, con su propio pantalón rasgado; otros que se envenenó; otros, que si con una navaja

En estas condiciones, no ha de extrañar que el que no alberga la esperanza de vivir en libertad, elija vivir la oscuridad del calabozo según sus reglas. En estos casos, el guapo, el baratero, el matón del presidio, optaba por vivir a su modo lo que le dejaran entre los barrotes. No conociendo otra ley que la del instintivo uso de la supervivencia, hacía gala de todas sus violencias; porque donde no hay luz difícil es usar la inteligencia. Pronto se hacía el jefe de los presos y ejercía su virreinato cuanto le dejaban.

El coronel Osuna Pineda nos cuenta un caso en la prisión de Melilla, que relampagueo brevemente por lo expositivo de la situación:

Visitaba yo las celdas de castigo, ¡qué horror!, de un presidio a la antigua usanza, cuando vi sacar de una de ellas a un criminal incorregible, para el cual, los palos que le administraban los cabos de vara, las celdas húmedas, sombrías y espantables, sin otro menaje que un cántaro pequeño; las exhortaciones del capellán, el castigo en blanca, cuyo recuerdo horroriza, los grilletes de veinte libras, las amenazas de los empleados y las cadenas de cien eslabones, eran poco menos que un refresco de naranja con paja.

Sólo había una cosa que le asustaba algo: el castigo de pan y agua, combinando con la celda del sótano y con una veintena de palos a modo de preludio.

Había que verlo salir de aquel antro dantesco en un día cruel de invierno, en que reinaba el levante, desarrapado, sin camisa, envuelto en una manta hecha girones y con la cabeza cubierta de miseria. Yo, que me lo había figurado taciturno, huraño, reconcentrado, silenciosos, sombrío y devorado por los remordimientos, quedé sorprendido al verlo llegar a mi, jovial, con un humor magnífico y hasta su poquito de buena sombra, diciéndome:

-¿Tiene osté un sigarrito pa un valiente, güen amigo?

— No juma osté o no merca tabaco. ¡Hay que distinguír!

— Ni fumo, ni compro tabaco, ni aunque lo comprase se lo daría a usted, pidiéndomelo en plan de valiente— le contesté algo abroncado.

— Eso no me lo diría osté en metá un camino.

— ¡¡Perico!!— le gritó el cabo de vara que lo sacaba de la celda, al propio tiempo que levantaba una de fresno anudada, como para administrarle un estacazo.

— ¡No le pegue usted! —exclamé imperiosamente—, este desventurado no sabe lo que dice, y habla así, porque no puede prescindir de ese plan matonismo que constituye su segundo ser.

— Mi segundo y mi primero, porque pa guapo... yo — contestó con arrogancia.

— Es el baratero-matón de este presidio —me dijo el funcionario que me acompañaba—, y tengo la seguridad de que lo que usted le ha dicho al negarle el tabaco, no se lo habrá dicho ningún penado en los cinco años que lleva en esta casa.

— ¡Ay que gracia! ¿Casa llama osté a este presillo, mi jefe? ¡Si esto es el Sahara!

— Ya me lo dirás cuando vayas al Peñón de la Gomera.

— ¿Pero voy a ir yo a la Gomera? —preguntó impaciente.

— Hoy sales en conducción especial para allí, con órdenes e indicaciones muy severas.

— Me jaré el amo en el Peñón como me lo jise aquí, el primer día. Ya sabe osté que lo llevo escrito en er pecho, mu cerca der corazón. (Al decir esto nos enseñó un tatuaje azulado, que decía: EL AMO, YO).

-Cuan to que hagas lo más mínimo, «te meten en blanca» y vas a palmar, Perico ¡mira lo que haces!

— ¡No será tanto! —contestó con sonrisa burlona y jactanciosa.

— ¿Qué es eso de ponerlo en blanca? —pregunté con curiosidad.

— Yo se lo diré con pelos y señales, pues soy abonao a ella. ¡Mejor que yo, nadie!

— Si. Que se lo cuente a usted Perico, ya que este pájaro, ayuno en remordimientos siente un placer especial contando sus delitos y sus hazañas —me dijo mi acompañante.

— ¡¡ No hay que fartar a nadie ni a denguno, que ca uno, es ca uno, y vaya con Dios la caramba!! ¡Esas cosas, de igual a igual y sin ventaja! ¡¡¡Estamos!!!

— Ya ve usted, me está desafiando, y soy el segundo jefe del penal. ¿No es para matarlo?

— ¡Déjelo usted! Este hombre, cegado por su fama de valiente, no sabe lo qué dice ni lo qué hace. (Dirigiéndome al penado): Vaya, Perico, cuéntame lo que es una blanca.

— Pos una blanca, sabe osté, es una argolla mu gorda empotrará en la paré de una mazmorra fría y oscura, donde parma jasta er gallo. ¡¡Na!! Jase uno argo que no gusta a la reunión, lo entriegan a uno de los cabos de vara, que lo mondan a uno; endispués, cuando tiene uno los lomos adobaos, lo bajan a una selda der sótano, le ponen los grillos de veinte libras y con una caena de un eslabón, unen los grillos a la argolla. Endispués... ya pué uno darse los paseos que quiera. (Esto último lo decía a carcajadas). Por si argo farta, el suelo por cama y el pan negro por comía. ¡Vaya calor, caracol!

— ¿Eso es la blanca? —exclamé horrorizado.

— Así, poco más o menos —contestó el empleado— pero tenga usted en cuenta que, en estos presidios, caen de vez en cuando algunos hombres que, mas que tales, son fieras. De alguna manera hay que reducirlos. Sírvale de ejemplo este pájaro, que sale de ella, donde ha estado dos meses y ya nos ha desafiado a los dos por un quítame allá esas pajas, tomándolo todo a chungu, hasta la blanca, que tanto horroriza a las almas nobles (...) ²⁴.

Respuestas extremas para casos extremos, pero ¿legítimas? ¿ajustadas a Derecho? ¿humanas?

Lo cierto es que ese mismo año el Perico fue trasladado a la prisión modelo de Madrid donde llamó la atención hasta el punto de ser objeto de estudio pormenorizado por el antropómetra de la prisión, que apreció en él estigmas degenerativos de animalidad y primitivismo, asimetría craneana y facial, frente exigua, bóveda palatina desigual, orejas de simio (lóbulo hundido), ángulo facial agudo, maxilar inferior muy desarrollado, últimos molares enormes, arrugas profundas que surcan el rostro y el cuello, boca grande, labios carnosos y pelo de zorro. Su rostro denota a primera vista ferocidad, predominio de instintos animales y sensualidad grosera. Estudiado psíquicamente, apreciaron las siguientes anomalías: carece en absoluto de remordimientos; apenas cree en Dios y no obstante lleva una medalla de la Virgen; no tiene ideas políticas ni sociales; predomina en él, como idea obsesiva, el matonismo. Duerme mucho aunque, a intervalos cortos; su sueño es tranquilo pero con muchos ensueños, en los que se mezclan la imagen de su madre, los recuerdos de su infancia y las cosas de comer. Jamás soñó con sus víctimas ni las recordó para nada. No conoció a su madre ni fue a la escuela. Con esta suerte de privilegios, no es de extrañar que el antropómetra lo acercara más a la raza de la bestia que a la del hombre y lo considerara brutal, sanguinario, impulsivo... En fin. Pero en cambio, su estudio no pudo satisfacer mi curiosidad, y habré de guardarme la duda

²⁴ Revista Técnica de la Guardia Civil, 1930.

sobre si la bestia nació así o la parió la sociedad injusta y desigual donde vivía. Lo que no dudo es de que en prisión lo trataron como el animal que parecía, y que le cincelaron la figura a base de vergajo y buenas varas.

El uso de la prisión y, en especial, las penas largas, no ha sido ni es un remanso de paz, que ha enfrentado y enfrenta, hasta a las más insignes de las inteligencias. En el siguiente texto, breve, pero conciso, muestra Cadalso, el ilustre penitenciario, en la *Revista de las prisiones* de 1893, la opinión que le merece eso de juntar filantropía y criminalidad, y, de paso, le da un repaso a la que sin duda ha sido una de las personas más trascendentes en la historia del sistema penal de este país, y no por ser mujer, sino por serlo en adelanto de los tiempos y hacer galas de humanidades sin límites en su época, en sus creencias, pero sin cuitas ni morales adversas: Concepción Arenal.

Nada más humanitario, nada más caritativo, nada más noble y cristiano, que dolerse de las desgracias ajenas y tender una mano de protección al caído. Nada más justo, nada más social, nada más necesario y conforme a la razón, que castigar al delincuente y reprimir al criminal. Tales principios, que en un discreto sistema punitivo y en un acertado tratamiento penitenciario se hermanan, se armonizan y completan cuando entre ellos existe la relación conveniente y el natural contrapeso, pugnan y se destruyen siempre que por atender a los unos, los otros se olvidan, se desprecian y rechazan. Algo de esto, ocurre en España con el Derecho penal, ya al sentenciar al culpable, ya, principalmente, al ejecutar la pena.

Corriente tan perniciosa, iniciada allende nuestras fronteras, tomó cuerpo en el suelo al comenzar el último tercio de la presente centuria. Una insigne dama, la Señora Arenal, de talento conspicuo y de vigorosa dialéctica, recogió en su pensamiento las ideas importadas, las fundió en su inteligencia, cual siglos atrás se fundieran en el crisol de la Alquimia las sustancias minerales en busca y requerimiento de la piedra filosofal con que los alquimistas soñaban, y las dio sólida forma en Revistas y libros, leídos y releídos por muchos, y por muchos tomados como artículos de fe y credo penitenciario.

Pero en tales libros meritísimos, que respiran en todos sus capítulos filantropía y caridad, se observa también en cada página una saturación de sentimentalismo, muy propio y concordante con el sexo y la complejión de la autora, aunque poco favorable para la nota represiva que la pena lleva en si y para la defensa social que el castigo se propone.

Acaramente censura Doña Concepción Arenal el que los penados trabajen al aire libre, porque, a juicio de la escritora, rebaja su dignidad el que el públi-

co les vea, como si porque el público no les viera, ignorase su existencia en los inmundos Presidios, y como si, una vez extinguida su condena, no hubieran de volver a vivir en sociedad.

Teorías tales fueron recibidas con agrado por los reformistas de entonces, y los presidiarios, que antes se ejercitaban en obras de gran utilidad, como la carretera de Valencia, los canales de Castilla, Urgel e Isabel II, el puerto de Tarragona y otros, fueron recludos y hacinados en los ruinosos Penales (...).

Sin más, he de decir que ubicada en el tiempo la reflexión, y hasta en las circunstancias, no merece mayor atención, aunque parece que si fuera fuente de inspiración para futuros trabajos y futuras condenas; que se lo digan a los presos que por voluntad ajena construyeron el gran panteón en honor de Franco y de sus fieras.

Para ser justo, habré de terminar el aserto con los tres últimos párrafos del escrito, que desprenden una ampliación de lo hasta ahora descrito y guardan algo de caridad cristiana, atendiendo a las causas y no al crimen abyecto, pero perdiendo de vista que para esos casos no sirve el Derecho penal, sino los medios sociales que el Estado tiene para reparar y prevenir conductas por otra vía irremediables; y que el criminal, sea cual fuera su yerro, en mayoría esconde tras de sí una partitura de hechos y experiencias que, compuesta en armonía, nunca debiera desafinar; y si lo hace es por que el intérprete y hasta el director con su batuta, probablemente no se supieron inspirar. Y cuidado que sienta las bases de una idea funesta, al tratar al criminal como plaga contra la especie humana; que de esos fueros nacen muchos de nuestros actuales yerros. Decía así:

En la misma actualidad, un día y otro se llenan columnas y páginas de periódicos con descripciones que manan y chorrean sangre, que demuestran la existencia de una criminalidad que por lo intensa anonada, y por lo feroz aterra.

En presencia de males tan profundos, se impone la necesidad de aplicar remedios heroicos y tratamientos enérgicos. La cristina filantropía que tanto se pregona, debe guardarse más bien para el desvalido, para aquellos a quienes las enfermedades azotan, la miseria extenua, la desgracia persigue y continúan siendo honrados. Muy bien que a éstos se les dé de comer si el hambre les acosa, se les vista si están desnudos, se les visite si se hallan enfermos y se les consuele en sus tristezas, ejerciendo así el bien que el deber moral impone. Pero no confundamos la pobreza y la desgracia con la delincuencia y la criminalidad, y, exagerando el sentimiento filantrópico, se considere y quiera tra-

tarse de igual modo al pobre y al enfermo que al criminal y al delincuente. Para aquellos, la misericordia; para éstos, la justicia.

La justicia manda dar a cada uno su derecho, y es indiscutible que la sociedad le tiene a defenderse. Por esto, si su defensa exige leyes vigorosas y la justicia aconseja un saludable rigor con todo individuo hostil a la conservación de la especie, tales leyes deben darse y tal rigor debe existir en la aplicación de las mismas. Menos filantropía y más sentido práctico es lo que se necesita para reprimir la criminalidad y mejorar nuestro sistema.

Sobre la cuantía y habitualidad de esos ríos de sangre entre las aceñas de las ciudades y los barbechos de los campos nada sabemos, pues no existían estadísticas fieles que nos dieran la magnitud de tal desastre, pero si sobre el uso y el abuso de la prensa, tanto de una como de la otra, de los desgraciados sucesos que salpicaban el día a día de un período ciertamente complejo de nuestra historia.

IV. Dónde y cómo se ejecutaban las penas de prisión

Nos resta tratar el tema de la ejecución de la condena de por vida, que por ser lo último que acontece en el camino de la redención, no es el menos importante, en el largo pasaje hacia una muerte cierta.

Establecida la pena, allí donde habite un ser humano, debiera campar por sus fueros toda clase de derechos naturales y los propios de un pueblo culto que en ningún caso desconozca su dignidad de hombre ni en su persona se vulneren los derechos de humanidad. ¿De qué sirve el sumario y el juicio, con todos sus trámites y recursos, sin una pena reintegradora del orden roto y apaciguadora de los fines buscados con su aplicación?

Que se aplicara el castigo en su justa medida, que se afligiera el dolor medido a sus seres más cercanos y que se garantizaran sus derechos de ser humano, era especial objeto de toda la legislación penitenciaria y de los llamados a su vigilancia. Y hasta ahí.

El cumplimiento de una pena que privara de libertad, en cualquiera de sus formas, se hacía, sí, pero se hacía mal, muy mal y no digamos, si la condena era de por vida. Y no se hacía bien por error, sino por omisión. Era el sistema penitenciario español anticuado, atávico, defectuosísimo, irrisorio, irritante, pobre; y, si hablamos del régimen penitenciario, podemos decir tres cuartos de lo mismo, que al carecer de orientación razonable, no llevaba a ningún sitio; y, por carecer de locales apropia-

dos, generaba lamentables situaciones para sus inquilinos; y, si unimos el efecto desmoralizante que causaba a los ciudadanos, el resultado era malo, muy malo.

¿Qué podemos decir de las cárceles, ese lugar de recreo donde mandamos a revoltosos con pan, cama y manta asegurada? Cuánto nostálgico añora los oscuros años del medioevo cuando la Justicia se administraba y no hacían falta ni pan, ni suelo, ni lecho. Pues vean ustedes cómo era por aquel entonces el final de la Justicia, que es donde se impone la pena y la pena se cumplía; era, digo, algo más que castigo por el delito, era un castigo por delinquir pero también por ser humano y tener carne, y sentimientos, y pensamientos; en definitiva, por pensar y sentir.

Los calificativos podrían ser de triste y bochornoso, como establos para ganado humano, sin reformas, que el pobre erario de Gracia y Justicia no permitía créditos extraordinarios que acabaran con aquella sonroja. Accidental, inconsistente, provisional e inorgánico, con todo por hacer. Así estaban las prisiones que dependían del Estado, las dedicadas al cumplimiento de las penas afflictivas (presidios o penales), y no me entretendré en distinguir entre prisiones y penales, cárceles y correccionales; así se encontraban las que dependían de Diputaciones, que eran las correccionales; y, el resto, para los Ayuntamientos. Que, de cárceles, solo tenían el nombre.

Lo cierto es que todas las poblaciones donde existían pedían su traslado a otro lado. Se demandaban academias militares, juzgados, audiencias, y otras gangas, que hasta el último villorrio quería tener Arzobispado, pero en lo tocante a prisiones, cuanto más lejos mayores ganas. Las razones estaban claras: el presidio es un elemento de perturbación de la paz de las buenas gentes y no solo por las sublevaciones y algaradas de los residentes del penal, sino también a causa del mayor número de delitos contra la propiedad que decían generaba, pues era inevitable consecuencia de la inmigración de gentes de mal vivir que acompañaban a los penados.

A principio de siglo xx había en España cuatrocientas cincuenta y cuatro prisiones; de verdad, no más de siete u ocho, y se decía que para cumplir con las reglas impuestas hacían falta unas 2.144. Las había de varias clases: en un edificio cárcel y escuela cuartel de la Guardia civil; otros con cárcel y teatro, otros con cárcel y hospital. En otros había almacenes, tiendas, casas de vecinos, etc. El resultado, mezcolanza y abigarramiento infinitos. Condenados a cadena y los que estaban a correccionales, adultos y jóvenes, militares y civiles, reincidentes y prima-

rios, todos juntos en edificios que, en su mayoría, procedían de la secularización de monasterios afectos a servicios públicos.

¿Y las celdas? Estas *suïtes* de la reflexión se convirtieron en dormitorios de tormento. Dotadas de una puerta angosta y baja, remendada y arreglada veinte veces, se les incorporaba una pequeña ventana para el rondar de los vigilantes. En aquellas más lujosas, al lado de la puerta se situaba el retrete, donde lo hubiera, el recipiente del agua y el sitio para las esteras que les servían de colchones, sobre un suelo húmedo hasta pudrir los huesos, que los enmohecimientos cubrían paredes y suelos compitiendo con las mejores pinturas negras del gran maestro Goya. Las baldosas y los ladrillos desprendidos; cuando no hacían de decoración *vintage*, servían para la elaboración de toda clase de armas. Las ventanas, verdaderos urdidores de enfermedades, ya que no contaban ni con cristales ni con planchas, y muchas, tampoco con barrotes. Y esas esteras húmedas, cobijo de todo tipo de parásitos y de miserias, que servían de pódium para un colchón de saco mediado de paja podrida, que también hacía las veces de almohada, y una manta que corría sola las cuatro esquinas de la celda en un penar que, al menos, se extendía durante seis años.

Llegaba el frío y para el solitario la única solución era padecer; para los que convivían en la celda, una concupiscente comuna, donde la carne arrejuntada robaba al vecino algo de calor y, de paso, de miseria, de hedor, de enfermedad. Y de ahí a la corrupción moral, apenas un invierno; que nunca ha sido recto el hacinamiento de seres viciosos y malsanos. Y en el verano, los efluvios componían armonías que entretenían con su musicalidad hasta al más ufano. Esteras en fila en tan estrechos cubículos que no evitaban el encuentro de las cabezas de unos con los pinreles del otro y, con ello, el juego del balón aderezado de aromas varios. Y ¿qué decir de las respiraciones, cuescos y aires malsanos, de las infecciones, de los insectos que acampaban en sus harapientos *ropajos* y sus húmedas pajas? Por toda luz petróleo y aceite y, cuando se acababa, las sensaciones digitales por toda guía. Insuficiente el jabón donde estuviera y las medicinas en las enfermerías; la higiene y la salud también se resentían; que poco aire en los pulmones y menos alimentación sumaban números para ganar todas las loterías del sorteo a muerte o enfermedad liberadora.

Generalizado estaba el uso de artefactos de represión material, que venían de otras épocas, más bien continuaban desde entonces, y planteaban un dilema, fácilmente resuelto, sobre lo oportuno de su uso en el estado de civilización de aquel pueblo, y en aquel entonces. Incluso

costumbres indiscretas de siglos anteriores, como aquella práctica administrativa, viciosa, de la tarifa y la patente, que sometía a lenocinio a los reclusos. O el uso del capuchón, para indigna deshonra de quien se veía obligado a llevarlo, como si de capuz *semanasantero* se tratara, sin objeto ni beneficio alguno al margen de la humillación, siquiera penitencia mal entendida.

En palabras del inspector Cadalso, todas las cárceles se encontraban en un estado cifrado en 1834, habiendo empeorado los locales viejos, reducido el número de edificios de penas afflictivas de veintinueve a doce, todos ellos edificios del siglo xvii o anteriores, que fueron conventos, posadas, cuarteles o castillos feudales: *De las 482 cárceles, 26 del sistema celular y las demás de estructura aglomerada, sólo 119 fueron construidas para su objeto; las demás son conventos de tres, cuatro o más siglos de existencia. Pósitos o antiguos edificios municipales, verdaderos antros del mal, focos de inmundicia, perversión y enfermedades. El trabajo no existe en la mayoría de ellos, pues carecen hasta de espacio para establecer talleres; la escuela sólo existe de nombre y para cubrir el expediente; para descansar no se dá a los penados más que el pavimento; van cubiertos de harapos porque tiene señalada una duración excesiva el vestido que les facilita el Estado; se les entrega para administración de treinta y cinco a sesenta y cinco céntimos diarios, y como no hay cocina en la mayoría de los establecimientos, se habilitan hornillo en un local ó en los patios, y cada cual prepara su rancho cuando le parece teniendo en su poder los útiles necesarios, como instrumentos cortantes, sartenes, trébedes, etc., utensilios peligrosos que se convierten en armas ofensivas en casos de alboroto*²⁵. Edificios ruinosos, que, para quicio de males, acumulaban dependencias judiciales y municipales, cuando no teatros, escuelas, cuarteles, y según dicen ¡hasta parada de sementales! No comento los *devientes*; ni los orines; ni las vomiteras, que en la mayoría de ellas no había retrete ni pozo ciego; un zambullo y mucho tiento. Ni la escandalosa cifra de fugas que bien pudieran haber servido a Dumas para multiplicar las secuelas del Conde de Montecristo. En fin, un lugar de ensueño para los románticos del castigo.

Y que sepa el mundo que no comían lechazo ni un estofado en su salsa. Y aunque se dice que a buena hambre no hay pan duro, no es menos cierto que la comida era mala, insuficiente y, a veces rancia, porque con cuarenta y cuatro céntimos por ración, incluyendo el combustible, y quinientos setenta y cinco gramos de pan, sin contar la parte

²⁵ CADALSO, F., *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, José Góngora impresor, Madrid, 1922, pp. 385 ss.

de ganancia para el contratista, era imposible alimentar al preso. Se decía que el régimen consistía en el rancho, pan de salvado, agua clara y, cuando se podía, una ración de carne, es decir, nunca. Lo que en términos generales o de la Administración penitenciaria consistía en las sustancias estrictamente necesarias para mantener las fuerzas vitales, debiendo reponerse las fuerzas gastadas en el trabajo con alimentos pagados del bolsillo del recluso que los tuviera.

En definitiva, se trataba de conciliar el régimen de los presos con las leyes de la humanidad y no establecer un régimen atractivo, capaz de tentar a los mal intencionados y a gentes vagabundas, recordando a los condenados que se encontraban en un santuario de expiación, ¡qué mentes tan obtusas!

La maldad del presidio no tiene patria conocida, ni bandera, y habita allá donde se ubique y ejerce sus fueros allí donde fuera. Si son importantes las causas del delito y los porqués del delincuente, si concurren estas o aquellas circunstancias, al traspasar el rastrillo de la prisión la mente nace de nuevo y adquiere patrones propios de un mundo de subsistencia. Lo importante dentro era ser un macho, o un guapo y revestirse de aureola propia de aquel que todo lo puede, con arrojo y gran chulería se enfrenta al que quiera y las normas las deja para el resto, que no están a su altura, el matonismo de fuera, rey dentro de los barrotes.

Y aquí ceso, aunque son muchos los episodios de nuestras penas que debieran ser contados para el buen entendimiento y reflexión de los que siguen clamando por la aplicación de penas inhumanas, crueles y carentes de cualquier esperanza de conseguir el objetivo, una vida en sociedad sin delitos y un sistema penal regido por criterios de humanidad.

¿SI QUERÉIS PENAS LARGAS, QUEREMOS GARANTÍAS DE REVISIÓN! LA COMISIÓN DE REVISIÓN DE CASOS PENALES INGLESA (CRIMINAL CASES REVIEW COMMISSION)

ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO

Profesor Ayudante Doctor. Derecho Penal. Universidad de Valladolid¹

«Better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer»
William Blackstone

I. Introducción: errores judiciales, condenas injustas e inocentes

Los catálogos de sanciones penales son, por desgracia, cada vez más severos. Una sombra preocupante recorre los códigos penales contemporáneos: el punitivismo, la venganza. Las penas de larga duración representan un golpe definitivo contra el humanismo de nuestros sistemas penales tanto si el condenado lo ha sido justamente, como si, con más razón aún, se trata de un inocente. Por ello, junto a la denuncia incansable y persistente de las penas de larga duración, debemos recorrer paralelamente otro camino: perfeccionar nuestro modelo de justicia penal, basado en la sacrosanta garantía del debido proceso desde la perspectiva de los derechos humanos, y prevenir al máximo los *errores judiciales* que

¹ Profesor Contratado Doctor acreditado por la ANECA. alejandro.pablo@uva.es

Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación «La crueldad en el Derecho Penal contemporáneo: pena de muerte, ejecuciones extrajudiciales y cadena perpetua» (SBPLY/19/180501/000292), dirigido por los Profs. Arroyo Zapatero, L. A., y Rodríguez Yagüe, C., y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional y por la Junta de Castilla-La Mancha. Además, se enmarca en la «RED Para la Abolición de la Pena de muerte y las Penas Crueles (RED2018-102823-T)», de la que es Investigador Principal el Prof. Arroyo Zapatero, L. A., y está financiada por las ayudas correspondientes a las acciones de dinamización «Redes de Investigación», del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i.

pueden llevar a un *inocente* a la cárcel a cumplir esas largas penas fruto de una *condena injusta*. Un sistema basado en el debido proceso, lo que Greer llama *due process/human rights model*², privilegia precisamente el derecho absoluto del inocente a su exoneración por encima del derecho de la sociedad a condenar a los culpables si no se hace siguiendo unas exigencias procesales (respeto a su presunción de inocencia como límite a las facultades de investigación del poder judicial y de la policía) y unos mínimos estándares éticos (derechos humanos del acusado).

El trinomio antes apuntado: *errores judiciales (miscarriages of justice)*, *condenas injustas (wrongful convictions)* e *inocencia (innocence)*, ha recibido una destacada atención en la literatura angloamericana³, pero no tanta en nuestro país. Sin embargo, el estudio de esta cuestión dentro de nuestras fronteras debería ser también una obsesión. La condena de un inocente representa una violación de la prohibición internacional de los castigos crueles, inhumanos y degradantes, constitucionalizada en el art. 15 de nuestra norma fundamental. Este mandato prohibitivo debe orientar la «elevación de los estándares de decencia que caracterizan el progreso de una sociedad madura»⁴. Por todo ello, en

² GREER, S., «Miscarriages of Criminal Justice Reconsidered Steven Greer», *The Modern Law Review*, volume 57, Issue 1, January 1994, pp. 59-62 y 74.

³ Sería imposible citar siquiera una selección de las publicaciones más destacadas en monografías y artículos científicos sobre la temática de errores judiciales y condenas injustas. Tan solo en términos generales y en coherencia con nuestro posicionamiento a favor de un modelo de proceso debido, en el marco de los derechos humanos, podemos distinguir, siguiendo a ROBERTS, S./ MCCARTNEY, C., «Building institutions to address miscarriages of justice in England and Wales: mission accomplished?», *80 University of Cincinnati Law Review*, 2011-2012, p. 1335, nota al pie 1, entre la especie «condenas injustas», concepto utilizado para referirnos a casos de sentencias condenatorias contra inocentes, y el género «errores judiciales», más amplio y que abarca cualquier situación en que, aun habiéndose condenado a la persona responsable y culpable, la sentencia ha recaído tras un proceso donde se han quebrantado las garantías y los principios básicos de justicia.

No obstante, los matices en torno a estos conceptos también son muy variados en la doctrina científica y no puede hablarse de un acuerdo unánime para definir error judicial. Así, uno de los principales expertos en la materia, NAUGHTON, M., *The innocent and the criminal justice system. A sociological analysis to miscarriages of justice*, Palgrave MacMillan, Londres, 2009, pp. 23-27, cuestiona incluso el punto de partida que hemos adoptado al definir error judicial en el marco de un debido proceso, pues –afirma– conduce a subordinar el concepto de error judicial al marco legal vigente de tal modo que los errores judiciales dependerían de las reformas legales que se aprueben sobre las garantías del proceso o sobre los derechos del acusado, sin que podamos delimitar entonces un núcleo invariable para el término error judicial. Además, Naughton (*op. cit.*, pp. 27-29) también extrae algunos casos considerados generalmente como errores judiciales (abusos policiales, persecuciones de mala fe por la fiscalía, mentiras de testigos) del concepto de error judicial, y los califica como *abortions of justice* (en traducción literal, abortos del derecho): no son casos de errores inevitables del sistema que derivan de la condición falible del ser humano y de sus creaciones legales, sino transgresiones a sabiendas e intencionadas de las normas del proceso penal, destinadas a lograr una condena injusta.

⁴ GODSEY, M. A./PULLEY, T., «The Innocence Revolution and our «Evolving Standards of Decency»», en *Death Penalty Jurisprudence*, *29 University of Dayton Law Review*, 2003-2004, p. 265.

este trabajo queremos iniciar una línea de investigación centrada en los mecanismos que se han implantado en otros Estados para afrontar el problema de los errores judiciales y las condenas injustas de los inocentes. Concretamente, estudiaremos la Comisión de Revisión de Casos Penales (*Criminal Cases Review Commission*) establecida en 1995 en Reino Unido, que representa una institución pionera en las democracias occidentales⁵ encargada de revisar casos que concluyeron con sentencias condenatorias de larga duración y en los que hubo sospecha de error judicial.

La elección de este tema no puede ser más adecuada para homenajear al Profesor Arroyo Zapatero. Durante años Presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social, el lema de esta institución científica dice así: «por una política criminal humanista». El Profesor Arroyo Zapatero ha dedicado su vida a la modernización, democratización y humanización del Derecho penal español y, por ello, la ciencia penal española e internacional le debe este merecido homenaje. Maestro entre los maestros y referente para las jóvenes generaciones de penalistas, en mi caso el Prof. Arroyo Zapatero tuvo además la generosidad de apostar por mí e incluirme en su extraordinario equipo del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla La Mancha cuando el sistema universitario español se desangraba, fruto de unos recortes presupuestarios ideológicos y cortoplacistas. Por todo ello, el agradecimiento personal y la admiración intelectual hacia el Prof. Arroyo Zapatero me reclaman que yo también continúe, humildemente, con su *lucha humanista*.

II. Los errores judiciales que lo cambiaron todo en el Reino Unido

Como cualquier país, Reino Unido cuenta en su historia judicial penal con algunos monumentales errores que, afortunadamente, enfrentaron al sistema judicial al reto de perfeccionarse para evitar nuevos episodios de condenas injustas. Como se acepta unánimemente en la literatura inglesa, el nacimiento de la *Criminal Cases Review Commission* que nos ocupa en este trabajo, tuvo su origen en las condenas injustas dictadas en tres célebres casos relacionados: *los 4 de Gildford* (co-

⁵ ROTH, J. A., «The Institutions of Innocence Review: A Comparative Sociological Perspective», *70 Rutgers Law Review*, vol. 70, 2018, pp. 1146 y 1151-1154.

nocido como *Gildford Four*), los 6 de Birmingham (*Birmingham Six*) y los 7 Maguire (*Maguire Seven*). Estos casos y otros de menor repercusión, tuvieron lugar en una época de enfrentamiento brutal por el terrorismo del IRA (*Irish Republican Army*), de modo que la sociedad británica y su sistema judicial decidieron luchar contra el terrorismo con todas sus fuerzas, incluso desmedidamente, hasta el punto de que en 1974 se aprobó la *Prevention Terrorism Act* de 1974 que permitía extender de 2 a 7 días el tiempo máximo de detención inicial en caso de sospecha de actividad terrorista, aún sin cargos en contra del detenido. La guerra contra el IRA nubló la razón jurídica y es una de las causas de los procesos judiciales injustamente seguidos contra inocentes.

El 21 de noviembre de 1974 murieron veintiuna personas en dos pubs de Birmingham después de la explosión, sin previo aviso, de una bomba, causando también lesiones a casi doscientas personas, en lo que constituyó el ataque más grave en número de víctimas mortales desde la Segunda Guerra Mundial. Seis ciudadanos de Birmingham (Hugh Callaghan, Patrick Joseph Hill, Gerard Hunter, Richard McKenny, William Power y John Walke), considerados próximos al grupo terrorista IRA, fueron arrestados esa misma noche y después de extensos y (como más tarde se supo) violentos interrogatorios, en los que llegaron a declararse culpables, fueron acusados de asesinato y condenados a cadena perpetua.

Tras diversos intentos fallidos de recurso (en 1976 y 1988) y ante las intensas campañas civiles que reclamaban la inocencia de los condenados por las dudas sobre ciertos elementos probatorios, el Ministro del Interior británico hizo uso de sus prerrogativas⁶ y remitió el caso a la Corte de Apelaciones en 1989, que revocó la sentencia en 1991, después de que hubieran cumplido ya 16 años de privación de libertad. La Corte señaló que «las pruebas químicas forenses que parecían demostrar que dos de ellos habían manipulado explosivos eran técnicamente repudiables», toda vez que la nitroglicerina encontrada en las manos de los acusados pudo proceder no de las bombas, sino de la marca de cartas con las que jugaron esa misma noche. Además, se advirtió que las de-

⁶ La Sección 17 de la *Criminal Appeal Act* de 1968 habilitaba al Ministro del Interior a remitir un caso a la Corte de Apelaciones cuando lo considere apropiado («... if he thinks fit, at any time...»). Aunque tal referencia puede parecer amplia e incluso discrecional, debe entenderse que correspondía ejercer esta facultad cuando hubiera nuevas evidencias o nuevas consideraciones de fondo sobre el caso. Así, MAY, J., «Final report of the inquiry into the circumstances surrounding the convictions arising out of the bomb attacks in Guildford and Woolwich in 1974», 1994, <https://www.gov.uk/government/publications/final-report-of-the-inquiry-into-the-convictions-arising-from-bomb-attacks-in-guildford-and-woolwich> (consulta: 20/01/2021), p. 285.

claraciones autoinculporatorias habían sido manipuladas por la policía. En el año 2001, los injustamente condenados recibieron indemnizaciones que oscilaron entre 800.000 y 1.2 millones de libras. Los hechos nunca fueron esclarecidos⁷ y los policías que participaron en la fabricación de las pruebas, aunque fueron acusados de perjurio y conspiración para pervertir el curso de la justicia, no fueron condenados⁸.

Con un relato fáctico en parte parecido, cuatro ciudadanos irlandeses (Paul Michael Hill, Gerard «Gerry» Conlon, Patrick «Paddy» Armstrong y Carole Richardson) fueron acusados de asesinato por la explosión de una bomba en el pub *Horse and Groom*, de Guildford, a las afueras de Londres, y en otro pub (*Seven Stars*) situado en Woolwich, el 5 de octubre de 1974, provocando la muerte de 5 personas e hiriendo a otras 65. El 22 de octubre de 1975 eran condenados a cadena perpetua. Una vez más, la violencia empleada en el interrogatorio sobre los acusados les movió a declararse culpables, como más adelante reconocerían ellos mismos en las memorias que publicaron. Los 4 de Guildford interpusieron sendos recursos en 1977 y 1987, que no prosperaron. El Ministerio de Interior remitió entonces el caso a la Corte de Apelaciones, que el 19 de octubre de 1989 concluyó que las pruebas presentadas por la policía incurrieran en numerosas dudas, posibles alteraciones y modificaciones fabricadas para inculpar a los acusados, por lo que bastaba para descartarlas como base de una sentencia, que fue declarada insegura o poco creíble (*unsafe*). Los acusados fueron liberados 14 años después de su primera condena y el caso adquirió eco internacional con la película «En el nombre del padre» (*In the name of the father*)⁹.

Las dos explosiones antes citadas tuvieron más consecuencias indeseables. El padre de uno de los cuatro acusados de Guildford, Gerry Conlon, acudió desde Belfast hasta Londres para ayudar a su hijo con su defensa legal, al haber sido detenido como sospechoso. En las confesio-

⁷ A lo sumo, en 2017, un antiguo miembro del IRA, M. Ch. Hayes, reconoció que formaba parte de la célula que urdió el plan para detonar bombas, pero negó su implicación directa. Pidió perdón por la pérdida de vidas inocentes, si bien señaló que no querían causar esas muertes, y que en todo caso su reconocimiento de los hechos se hacía a «título colectivo» y en «calidad de participante».

⁸ Un resumen de estos hechos puede consultarse en WEEDEN, J., «The Criminal Cases Review Commission (CCRC) of England, Wales, and Northern Ireland», 80 *University of Cincinnati Law Review*, 2011-2012, pp. 1415-1417.

Ante estas circunstancias, NAUGHTON, M., *The innocent and the criminal justice system. A sociological analysis to miscarriages of justice*, op. cit., p. 46, considera el caso de «Birmingham 6» como el paradigma de «aborto del derecho», mucho más allá de un simple error judicial.

⁹ Un resumen de estos hechos puede consultarse en MAY, J., «Final report of the inquiry into the circumstances surrounding the convictions arising out of the bomb attacks in Guildford and Woolwich in 1974», op. cit., pp. 15-20.

nes forzadas de Gerry Conlon surgió el nombre de su tía, Anne Maguire y de esta forma toda la familia Maguire quedó trágicamente vinculada a los hechos. El 3 de diciembre de 1974, la policía registró la casa de los Maguire y detuvo a siete personas (Anne Maguire, su marido Patrick Maguire, sus hijos Patrick Maguire y Vincent Maguire, William Smyth, hermano de Anne Maguire, Patrick O'Neill, amigo de la familia y Patrick «Giuseppe» Conlon, cuñado de Anne Maguire, y a la vez padre de Gerry Conlon). Fueron acusados por posesión de explosivos y condenados a penas de prisión de entre 12 y 14 años (los adultos) y de 4 y 5 años los hijos menores. En 1991, la Sala Penal de la Corte de Apelaciones anuló todas las condenas señalando que las pruebas de posesión de explosivos habían sufrido contaminación involuntaria o inocente, y que, por lo tanto, no podían ser tomadas en consideración. Todos los condenados fueron puestos en libertad, salvo Giuseppe Conlon, padre de uno de los 4 de *Gildford*, que murió en 1980 en prisión por problemas pulmonares, después de años declarando firmemente su inocencia. Antes de morir, recibió la visita de su hijo y le dijo: «Mi muerte limpiará tu nombre y cuando tu nombre esté limpio tienes que limpiar el mío. Nos metieron aquí por la puerta trasera, cuando llegue tu momento de salir lo harás por la puerta delantera y le contarás al mundo lo que nos hicieron»^{10 11}.

III. La respuesta a los errores: el encargo de revisión a la Royal Commission on Criminal Justice

El mismo día en que las condenas a los seis de Birmingham fueron anuladas por la Corte de Apelaciones, 14 de marzo de 1991, el que fuera Ministro del Interior británico, Kenneth Baker, anunciaba públicamente la creación de la Comisión Real para la Justicia Penal (*Royal Commission on Criminal Justice*), a fin de examinar los errores judiciales sucedidos en el sistema criminal inglés y afrontar una reforma a medio

¹⁰ Aquí pueden consultarse los hechos y circunstancias personales de los acusados injustamente: Maume, p. , «CONLON, SARAH (née Maguire)», *Dictionary of Irish Biography*, <https://dib.cambridge.org/viewReadPage.do?articleId=a9650> (consulta: 20 de enero de 2021).

¹¹ En 2005, el primer ministro británico, Tony Blair, pidió perdón públicamente por las condenas erróneas que sufrieron estas once personas acusadas de llevar a cabo atentados del IRA. «Merecen ser exonerados completa y públicamente. Lamento que los injustamente acusados tuvieran que afrontar semejante experiencia e injusticia. Reconozco el trauma que la condena causó a los Conlon y a la familia Maguire y el estigma asociado incorrectamente a ellos hasta el día de hoy», dijo Blair.

plazo de todo el corpus normativo que regulaba las fases de investigación policial y enjuiciamiento penal. Se trataba de revitalizar el compromiso con la garantía superior del debido proceso. A tal efecto se nombró una comisión formada por doce miembros y presidida por Runciman, que fue conocida como la Comisión Runciman.

1. El objetivo general: examinar la eficacia del sistema de justicia penal en Inglaterra y Gales

El 21 de junio de 1991 se dictaba la Orden Real que encargaba a la Comisión una profunda reflexión sobre diversos aspectos del sistema de justicia penal británico, con un objetivo destacado en el frontispicio:

«examinar la eficacia del sistema de justicia penal en Inglaterra y Gales para asegurar la condena de los culpables de delitos penales y la absolución de los inocentes, teniendo en cuenta el uso eficiente de recursos»¹².

La Comisión recibió el encargo de focalizar su análisis en las siguientes cuestiones: a) la realización de las investigaciones policiales y su supervisión por policías; b) el papel del fiscal en la supervisión de la recolección de pruebas; c) el rol de los peritos en el proceso penal; d) las disposiciones para la defensa de los imputados; e) las oportunidades disponibles para el acusado para expresar su posición sobre los cargos imputados y su conducta; f) las facultades de los tribunales para dirigir los procedimientos y considerar las pruebas, incluyendo la evidencia o la prueba de las confesiones no corroboradas; g) el papel del Tribunal de Apelación en la consideración de nuevas pruebas.

2. Un objetivo específico: investigar las denuncias de errores judiciales

Había un último cometido en el encargo a la Comisión real: h) adoptar los acuerdos que fueran oportunos para investigar las demandas por errores judiciales en casos en que se hubiera agotado el derecho al recurso. La Comisión Runciman abordó este asunto en el último capítulo

¹² The Royal Commission on Criminal Justice, *Report*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/271971/2263.pdf (consulta: 15 de enero de 2021), p. iii.

del informe. Partió la base de que en el sistema inglés de recursos no era posible conceder una segunda posibilidad de recurso a un condenado cuyo primer recurso ante el Tribunal de Apelaciones ya hubiera sido desestimado, aun en caso de nuevas evidencias. La única posibilidad con cobertura legal era recurrir a la gracia o prerrogativa del Ministerio del Interior, que podía remitir discrecionalmente un caso a la Sala Penal de la Corte de Apelaciones. Así lo señaló la propia Sala en el caso *Regina v. Pinkfold*, de 1988¹³, en el que hubo que desestimar el recurso de un condenado por asesinato, que recurría por segunda vez ante el descubrimiento de nuevas pruebas que no se conocían al tiempo de presentar el primer recurso. El demandante señalaba que debía concedérsele derecho a un recurso toda vez que no era de su responsabilidad que el descubrimiento de estas circunstancias hubiera acontecido después del primer recurso. Además, aunque el derecho inglés aun permitiera la prerrogativa de remisión del caso a través del Ministro, resultaría una injusticia que su posibilidad de éxito judicial, o siquiera de revisión, dependiera de una decisión política discrecional. En otras palabras, reclamaba que los casos habilitantes para interponer recurso previstos en la sección 2 de la *Criminal Appeal Act* de 1968 se interpretaran más ampliamente para dar cabida al recurso por hallazgo de nuevas pruebas (*fresh evidences*), sin necesidad de acudir solo a la opción de los poderes discrecionales del *Home Secretary*, regulada en la sección 17 de la misma norma. El Tribunal de Apelaciones no atendió su reclamación: invocando el precedente de *Reg. v. Grantham* [1969], señaló que la *Criminal Appeal Act* de 1968 no autoriza más que un recurso contra una sentencia condenatoria¹⁴.

Así pues, tal y como señala la sentencia del caso *Regina v. Pinkfold*, la única vía de segunda revisión pasaba por las manos del Home Office. La Comisión Runciman, valiéndose también de las advertencias realizadas por Sir J. May en su informe sobre los errores judiciales en el caso de los 7 Maguire¹⁵, apuntó que a lo largo del historia, el Departamento de Interior había invocado en muy pocas ocasiones su facultad de remisión de un caso a la Corte de Apelaciones, pese a la amplitud con que la *Criminal Appeal Act* le autoriza («si lo estima oportuno...»), por va-

¹³ *Regina v Pinkfold* CACD ((1988) 87 Cr App R 15, [1988] QB 462)

¹⁴ *Regina v Pinkfold* CACD ((1988) 87 Cr App R 15, [1988] QB 462), pp. 462 A, 465-467.

¹⁵ MAY, J., «Second report on the convictions on 4th March 1976 of the Maguire family and others for offences under section 4 of the explosive substances act 1883», 1992, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228811/0296.pdf (consulta: 22 de enero de 2021), pp. 88 ss.

rios motivos: por un lado, una correcta separación de poderes aconsejaba que un Ministerio no interfiriera en cuestiones judiciales como la revisión de una sentencia condenatoria¹⁶; por otro, para acudir a esta vía deberían descubrirse hechos de gran relevancia tales que pudieran hacer plantearse a la Corte de Apelaciones el veredicto que ella misma dictó tiempo atrás, pues lo contrario sería someter el mismo caso al mismo tribunal para obtener, posiblemente, la misma respuesta, después de gastar para ello tiempo y recursos.

3. *Una propuesta: una autoridad independiente de revisión de casos penales*

Llegados a este punto, tanto el Informe del caso Maguire como el trabajo de la Comisión Real proponen desarrollar una «maquinaria alternativa», un sistema alternativo a la prerrogativa del Ministerio del Interior, para remitir de forma excepcional casos a la Sección Penal del Tribunal de Apelaciones en supuestos de aparición de nuevas evidencias. La Comisión Runciman concluye que ha llegado la ocasión de crear «un nuevo organismo independiente que estudie las denuncias sobre errores judiciales, que ordene su investigación cuando corresponda, y en aquellos casos en que esa investigación aflore asuntos [posibles errores judiciales] que deberían ser considerados más a fondo por los tribunales, que remita los casos en cuestión al Tribunal de Apelación»¹⁷. Este nuevo órgano o autoridad independiente tendría las siguientes características¹⁸:

a) composición: estaría formado por un número variable de miembros (del mundo del derecho y también profanos), dependiendo de la carga de trabajo, y presidida por alguien cualificado, eminente y prestigioso, del mundo del Derecho, pero preferiblemente no un juez en ejercicio.

b) posición institucional: sería independiente del poder ejecutivo y del poder judicial. Así, por un lado, la Reina nombraría a su Presidente (si bien a propuesta del Primer Ministro) y dispondría de un presupuesto suficiente que garantizase su independencia y correcto

¹⁶ The Royal Commission on Criminal Justice, *Report, op. cit.*, p. 182.

¹⁷ The Royal Commission on Criminal Justice, *Report, op. cit.*, p. 180.

¹⁸ The Royal Commission on Criminal Justice, *Report, op. cit.*, pp. 183-187.

funcionamiento, y, por otro, en su labor no estaría supeditada ni fiscalizada por la Corte de Apelaciones.

c) procedimiento y criterios de actuación: su labor se centraría en casos de sentencias condenatorias que hubieran transitado por todo el sistema judicial, después de agotar las vías de recurso (salvo que la Corte de Apelaciones remita un caso a esta autoridad independiente para que lo investigue, opción que también se contempla y en la que aún no se habrían agotado las posibilidades de recurso). El documento de trabajo de la Comisión Real para la Justicia Penal prefirió no establecer un criterio de selección de casos para no restringir en exceso la competencia de este nuevo cuerpo independiente, sino que ella misma decidiría libre y fundadamente qué supuestos deben remitirse a la Corte de Apelaciones por haber observado en ellos posibles indicios de error judicial. Para llegar a tal conclusión, la Comisión de Revisión de Casos Penales puede iniciar la investigación que estime oportuna, con todo el apoyo necesario de la policía (y de agentes o unidades distintas de las que originalmente investigaron el caso), e incluso entrevistarse con el preso para recabar datos.

Así pues, partiendo de algunas conclusiones del Informe de Sir J. May en el caso de los *7 de Maguire*, la Comisión Real para la Justicia Penal dibujó en su documento los contornos de lo que en el futuro sería la *Criminal Cases Review Commission* (CCRC, por sus siglas en inglés). Incluso en el propio texto se proponía ya este nombre oficial para la autoridad independiente de revisión de casos penal. Desde este punto de vista al menos, el resultado del trabajo de la Comisión Real nombrada después de los escandalosos errores judiciales en los asuntos de Birmingham, Gildford y Maguire, fue positivo.

No obstante, su labor y el informe resultante también han merecido severas críticas. Algunas de ellas apuntan a las limitaciones con las que nació la Comisión Real: se le concedió un periodo de tiempo de dos años para elaborar su informe, por lo que teniendo en cuenta la vasta tarea asignada, el resultado tuvo que ser superficial en muchos aspectos, con argumentos pobres y carentes de respaldo empírico¹⁹. Otras objeciones, las más importantes y profundas, responden a la tarea que le fue encomendada por el poder ejecutivo: se trataba de examinar la efectividad del sistema judicial, teniendo presente el uso eficaz de los

¹⁹ YOUNG, R./SANDERS, A., *op. cit.*, *Oxford Journal of Legal Studies*, volume 14, Issue 3, Autumn 1994, pp. 436-439.

recursos (*having regard to the eficiente use of resources*), con lo que, de inicio, como apunta Bridges, se igualaba el objetivo de asegurar la *absolución de los inocentes* con el de la *eficiencia en el uso de los recursos* y el de la *condena de los culpables*. Resulta utópico creer que es posible lograr la cuadratura del círculo de esos tres objetivos: si el foco se pone en la condena de los culpables y el uso eficiente de los recursos, es imposible atender debidamente a la absolución de los inocentes pues cuanto más se relajen las garantías y los estándares de prueba para lograr la condena de los presuntamente culpables y más se «ahorren» costes de un sistema de recursos, revisiones y *check and balances*, menos inocentes serán absueltos. En fin, los tres objetivos eran incompatibles entre sí y, de hecho, gran parte de las recomendaciones de la Comisión Runciman fueron en la dirección de primar la eficiencia de los recursos y la condena de los presuntamente culpables: abolir el derecho del acusado a elegir un juicio con jurado (pues las resoluciones polémicas de estos jurados se prestan más a la protesta política de las organizaciones civiles y a la cobertura de los medios de comunicación, que las sentencias dictadas por tribunales de magistrados –*magistrates' courts*–; de forma que si se reducen los casos de jurado, se esconden y se hacen «menos visibles» los posibles errores judiciales, pero no se resuelven ni depuran verdaderamente), introducir una ‘negociación de culpabilidad’ y otros incentivos procesales para declaraciones de culpabilidad, y salvaguardar y ampliar las capacidades de la policía de obtener y utilizar confesiones y otras presiones físicas y psicológicas contra sospechosos²⁰. Medidas que, como se advierte, sirven para reforzar la ideología de «ley y orden»²¹ y de control del crimen a través de poderes omnímodos, acorde al momento de reformas populistas en la justicia criminal que dominaba en esta época y que utilizó el Partido Conservador para orientar los trabajos de la Comisión Real y proponer las futuras reformas.

²⁰ Por todo ello, BRIDGES, L., «Normalizing Injustice: The Royal Commission on Criminal Justice», *Journal of Law and Society*, Vol. 21, No. 1 (The Royal Commission on Criminal Justice), Mar., 1994, pp. 35 y 36, concluye que el efecto final del trabajo de la Comisión Real, más que revisar críticamente el sistema judicial para expulsar los errores judiciales, fue, contrariamente, el de «normalizar la injusticia», de forma que a partir de entonces unos errores quedarían ocultos y otros se volverían legales o legalizados (y así ya no podrían considerarse errores). En esta línea también se pronuncia NAUGHTON, M., «The importance of innocence for the criminal justice system», en Naughton, M. (ed.), *The Criminal Cases Review Commission. Hope for the innocent?*, Palgrave MacMillan, Londres, 2009, pp. 17 y 18, quien viene advirtiendo que esta institución no ha alcanzado los objetivos esperados, pese a lo que popularmente pueda creerse.

²¹ BRIDGES, L./MCCONVILLE, M., «Keeping Faith with Their Own Convictions: The Royal Commission on Criminal Justice», *The Modern Law Review*, Vol. 57, No. 1 (Jan., 1994), pp. 75, 76, 89 y 90.

IV. La Criminal Cases Review Commission (CCRC)

El movimiento de crítica hacia el sistema inglés de recursos judiciales promovido por la sociedad civil y numerosas organizaciones de derechos, que condujo a su vez a la creación de la Comisión Real para la Justicia Penal y al informe elaborado por esta, desembocó en el establecimiento de la Comisión de Revisión de Casos Penales. La *Criminal Appeal Act* de 1968, que estuvo vigente durante los casos de Birmingham, Gildford y Maguire, fue reformada en 1995, siguiendo algunas de las recomendaciones de la Comisión Real. Los cambios más importantes introducidos por la *Criminal Appeal Act* de 1995²² fueron: a) la reformulación de causas de admisión de un recurso por la Sección Penal del Tribunal de Apelaciones (Sección 2)²³; b) la eliminación de la prerrogativa del *Home Secretary* de remitir un caso para su revisión a la Corte de Apelaciones (sección 3); y, c) la más importante para nuestro estudio, la creación de la *Criminal Cases Review Comisión* (secciones 8 y siguientes).

La Comisión tiene su sede en Birmingham, comenzó a trabajar el 30 de marzo de 1997 y extiende su jurisdicción sobre Inglaterra, Gales y el Norte de Irlanda²⁴ (Escocia cuenta con su propia *Scottish Criminal Cases Review Commission*²⁵). Está formada por doce miembros, asistidos por un equipo de noventa personas. No podemos detenernos en cuestiones sobre la forma de elección de sus miembros y del /de la Presidente/a (sección 8), ni en las importantes disposiciones sobre sus facultades de obtención de información y la forma de llevar a cabo la investigación (secciones 17 a 22). Pero sí debemos referirnos a la decisiva sección 13 que regula los supuestos en que la Comisión puede seleccionar un caso para remitirlo a la Corte de Apelaciones. Las posibilidades de remisión de de un caso por la *Criminal Cases Review Comisión* (en adelante, por sus siglas en inglés: CCRC) son, en teoría,

²² <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/35/contents>

²³ La norma de 1968 imponía la admisión del recurso cuando la condena previa hubiera sido «insegura» o «insatisfactoria». La Corte de Apelaciones interpretó esa fórmula siguiendo la doctrina de la «duda acechante» o Cooper Test (caso R. v. Cooper (1969) 53 Cr. App. R. 82): «la Corte debe en última instancia plantearse una pregunta subjetiva, si nos conformamos con dejar el asunto como está, o si no hay alguna duda acechando en nuestras mentes que nos haga preguntarnos si se ha cometido una injusticia». La reforma de 1995 elimina el adjetivo «insatisfactoria».

Sobre las implicaciones concretas del cambio en los motivos de admisión de un recurso por la Corte de Apelaciones, SCHIFF, D./ NOBLES, R., «Criminal Appeal Act 1995: The Semantics of Jurisdiction», *The Modern Law Review*, Vol. 59, No. 4 (Jul., 1996), pp. 574-577.

²⁴ <https://ccrc.gov.uk/>

²⁵ <https://www.sccrc.co.uk/home.aspx>

verdaderamente amplias: la Comisión remitirá a la Corte una sentencia, una condena, un veredicto (de no culpabilidad por razones de exclusión de la culpabilidad) o un hallazgo (descubrimiento) si considera que «existe una posibilidad real de que la condena, veredicto, fallo o sentencia no se mantenga en caso de procederse con la remisión» (sec. 13.1.a) y siempre que se haya denegado un recurso contra esa sentencia, condena, veredicto o que incluso se haya agotado ya la posibilidad de recurso (sec. 13.1.c; si bien, no es una condición *sine qua non*, porque la Comisión puede remitir en cualquier momento –*at any time*– un caso a la Corte). La sección 13 termina con una amplísima cláusula de cierre: fuera de los casos anteriores, la Comisión puede remitir un caso al Tribunal de Apelaciones si cree que hay *circunstancias excepcionales* que lo justifican (sec. 13.2).

La CCRC entenderá que existe esa posibilidad real si surge un argumento sobre una cuestión de derecho, o una prueba o evidencia o una información que no se hubiera planteado con anterioridad en el proceso (sec. 13.1.b) y que de haberse conocido antes de la primera condena o en fase de recurso, hubiera cambiado el resultado del proceso. Así pues, la clave reside en lo que se ha llamado el *real possibility test*. En los debates parlamentarios para la aprobación de la *Criminal Appeal Act* de 1995, tan solo se precisó que el adjetivo real debía entenderse como posibilidad cualificada, más allá de lo simplemente posible, artificial, remota o ligera. La práctica de la CCRC ha revelado que esta posibilidad real no equivale a un porcentaje predeterminado de posibilidades, que puede emerger en casos de «duda acechante» (*lurking doubt*) cuando en conjunto (no aisladamente) los factores sospechosos conduzcan a dudas sobre la seguridad de la condena. En todo caso, *esa posibilidad real de que la sentencia sea reexaminada por la Corte si se remite el caso, está más vinculada a la falta de seguridad de la condena que a la posible inocencia del condenado*²⁶.

²⁶ Precisamente, aquí radica una importante crítica que se dirige contra el método de selección de casos impuesto a la CCRC: frente a las recomendaciones de la Comisión Real para la Justicia Penal a favor de una autoridad que pudiera remitir casos en que hubiera dudas de una condena injusta o un inocente indebidamente condenado –cualquiera que fueran las expectativas de que ese caso pudiera ser reexaminado e incluso revocado por la Corte de Apelaciones llegado el momento; es decir, entendiendo el error judicial de una forma amplia, como lo haría un profano–, el estatuto de la CCRC le obliga a elegir casos que tengan una «posibilidad real» de ser atendidos por la Corte de Apelaciones, por lo que se impone a la Comisión operar con el mismo criterio con que la Corte de Apelaciones revocaría una sentencia. Se subordina la Comisión a la Corte (*vid.*, NAUGHTON, M., *The innocent and the criminal justice system. A sociological analysis to miscarriages of justice*, *op. cit.*, pp. 167-172; HOYLE, C., «Forensic Science and Expert Testimony in Wrongful Convictions: A study of decision-making at the Criminal Cases Review Commission», *59 British Journal of Criminology*, 2019, p. 3) y se le exige actuar con las mismas reglas técnicas y legales de

Con sus virtudes y defectos, la aplicación del test de la posibilidad real arroja los siguientes resultados publicados en los Informes de la Comisión: desde su constitución hasta el 31 de marzo de 2020 (fecha de publicación del último informe presentado), la Comisión ha estudiado 25.531 solicitudes, de las cuales ha remitido a la Corte de apelaciones 692 casos (un 2,7 % de solicitudes remitidas): 450 de ellos fueron estimados y reexaminados por la Corte o por el tribunal al que esta reenvió el caso para un segundo recurso, y 207 fueron denegados, lo que representa una tasa de éxito del 65 %²⁷.

un profesional del derecho, circunscribiéndose a las rupturas del debido proceso que ya valora el propio Tribunal de apelaciones. No en vano, como apunta ELKS, L., *Righting miscarriages of justice. Ten years of the Criminal Cases Review Commission*, Justice, London, 2008, pp. 29 ss, si la CCRC debe seleccionar los casos que tengan la posibilidad real de ser revisados por la Corte de Apelaciones y esta debe admitir un recurso en casos de sentencias «inseguras» (*unsafe*), entonces la CCRC también seleccionará aquellos casos de condenas, sentencias y veredictos inseguros, ergo el criterio decisivo no será la existencia o no de un error judicial, sino el concepto jurídico de «seguridad de la condena». En fin, hay una estrecha relación entre el estándar de remisión de la Comisión y el estándar de casación de condenas de la Corte: *vid.*, así, O'BRIAN, W. E. Jr., «Fresh Expert Evidence in CCRC Cases», *King's Law Journal*, Feb. 2011, Vol. 22 Issue 1, pp. 1 y 2.

En un loable ejercicio de apertura y transparencia, la propia *Criminal Cases Review Commission, Twelfth Report of Session 2014-15, Report, together with formal minutes*, 2015, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmjust/850/850.pdf> (consulta: 1 de febrero de 2021) pp. 8-16, preguntó a los expertos su opinión sobre el *real possibility test* y admitió parte de las críticas que se le formularon sobre la dependencia o subordinación de la Comisión respecto de la Corte de Apelaciones. Por tal motivo, llegó a reclamar una reflexión al Parlamento sobre si no debía acaso ampliarse el catálogo de causas de admisión de recursos por la Corte de Apelaciones y con ello también el espacio de decisión de la CCRC.

²⁷ Criminal Cases Review Commission, *Annual Report and Accounts 2019/20, 2020*, https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/ccrc-prod-storage-1jdn5d1f6iq11/uploads/2020/07/CCRC-2329571-v1-CCRC_Annual_Report_and_Accounts_2019-20_Final_for_web.pdf (consulta: 1 de febrero de 2021), p. 14. Este porcentaje, sin embargo, también puede ser interpretado críticamente. Por un lado, como advierte NAUGHTON, M., *The innocent and the criminal justice system. A sociological analysis to miscarriages of justice*, *op. cit.*, pp. 175-176, esa cifra es irreal porque incluye como victorias: casos que la Corte de apelaciones aceptó revisar, aunque concluyó condenando de nuevo; casos que la Corte reenvió a los tribunales de apelación correspondientes, los cuales tan solo atenuaron la pena, pero no absolviéron al acusado; y casos en que la revisión condujo a condenar por un delito distinto del inicial, pero igualmente recayó sentencia condenatoria.

Por otro lado, se reprocha que si la CCRC alcanza una cifra tan alta de éxito en los casos que finalmente remite se debe a que adopta un enfoque conservador: tan solo elige aquellos casos que confía van a ser admitidos por la Corte, dejando de lado supuestos de posibles errores judiciales que por encontrar difícil encaje normativo no serán siquiera examinados. Expertos como HOYLE, C., *op. cit.*, 59 *British Journal of Criminology*, 2019, p. 17, sugirieron a la CCRC que adoptase un enfoque más audaz, tratando incluso de influir en la jurisprudencia de la Corte. La CCRC aceptó esta crítica y en su informe de 2014 (*vid.* Criminal Cases Review Commission, *Twelfth Report of Session 2014-15, op. cit.*, p. 12), se propuso implementar un acercamiento menos cauto (*less cautious*), más ambicioso, sin temer estar en desacuerdo con la Corte de Apelaciones (*never fear disagreeing*); en fin, se trataba de reducir la tasa de éxito a costa de atreverse a remitir más casos a la Corte, consiguiendo al mismo tiempo exponer los fallos sistemáticos del sistema solo con el hecho de remitir más casos a la Corte (aunque no prosperasen). Desde entonces, la tasa de éxito ha bajado del 70 % al 65 %.

V. Lecciones para España: la «revolución de los inocentes»

El objetivo de este trabajo era presentar la experiencia de la *Criminal Cases Review Commission* inglesa como modelo (perfectible) de institución de revisión de casos penales, que opere fuera o a un lado del sistema de recursos del derecho español, para devolver a los tribunales asuntos donde se han cometido errores judiciales. Si así fuera, España se uniría a una tendencia que han adoptado otros países (Noruega, algunos Estados de Estados Unidos, Australia, Escocia; y en proceso de creación en países latinoamericanos).

Junto a las autoridades independientes de revisión, nuestro país también tiene otro camino que apenas ha empezado a transitar: las iniciativas sociales y civiles de los *proyectos de inocencia*: agrupaciones de expertos y organizaciones que buscan casos donde se hayan producido errores judiciales para examinar las posibilidades de recurso a la luz de la legislación vigente. Entre otras redes de inocencia, hay que destacar *The Innocence Network*²⁸ (compuesta por numerosas universidades estadounidenses), la «Red Inocente»²⁹ (con especial proyección sobre América Latina) y la *Innocence Network UK*³⁰ (de Reino Unido). De manera pionera, en España podemos citar la Clínica jurídica *Barcelona Innocence Project*³¹ (de la Universidad Autónoma de Barcelona) y el «Proyecto inocentes España»³² (de la Asociación Nacional de Investigación Criminológica y Formación Forense de España).

En fin, por una vía o por otra, igual que diversos países, también España tiene que adherirse a la revolución internacional por los inocentes (*innocence revolution*), como la han bautizado Godsey y Pulley³³.

Para consultar los datos más recientes sobre la actividad de la CCRC, la investigación empírica más amplia es HOYLE, C./SATO, M., *Reasons to doubt: wrongful convictions and the criminal cases review commission*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

²⁸ <https://innocencenetwork.org/>

²⁹ <https://redinocente.org/>

³⁰ <http://www.innocencenetwork.org.uk/>

³¹ <https://www.ub.edu/portal/web/derecho/clinica-barcelona-innocence-project>

³² <http://www.erroresjudiciales.es/>

³³ GODSEY, M. A./PULLEY, T., *op. cit.*, 29 *University of Dayton Law Review*, 2003-2004, pp. 268 ss.

LA PENA EN LA LEY: ¿CONMINACIÓN O COMUNICACIÓN CON CIUDADANOS?

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

I. Introducción. Previsión legislativa de penas y proporcionalidad

El Prof. Arroyo Zapatero ha tenido como una de sus principales preocupaciones la relación entre el Derecho Penal y los principios y garantías constitucionales. En un tratamiento reciente¹ de los principios del Derecho Penal constitucional aborda, dentro del principio de proporcionalidad, el principio de proporcionalidad de las penas. Éste se proyectaría primero en su fijación legislativa o conminación legal abstracta y, posteriormente, en la determinación concreta por el Juez al aplicar la Ley, señalando como se trata de «dos momentos que plantean problemas distintos».

Considera que «en la “previsión legislativa” de la pena correspondiente al delito el principio de proporcionalidad requiere una relación de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y, a su vez, entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar. Como todo juicio de proporcionalidad, se resuelve este en valoraciones y comparaciones, es decir, en una “ponderación”».

De forma elocuente vincula la proporcionalidad de las penas con la teoría de la pena: «la exigencia de proporcionalidad no es solamente de orden jurídico, sino también requisito material de la prevención, pues solo penas proporcionadas a la gravedad de los delitos y a su valoración social están en condiciones de motivar a los ciudadanos al respeto a la norma». Por esta razón, añade, «fracasan sistemáticamente los recursos

¹ DEMETRIO CRESPO, E./RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Ed. experiencia, 2016, pp. 149 ss.

al “terror penal”». Explica el fracaso porque los jueces acaban no aplicando la ley o, si llegan a aplicarla con las penas desproporcionadas, los destinatarios de la norma consideraran esa imposición de la pena como una «lotería al revés».

Aprovechando estas palabras del homenajeadado, el objetivo de esta contribución es esbozar una teoría de la punición entendida como una teoría de las penas abstractas a contemplar por el legislador en el marco de una teoría preventivo-general ajena al recurso de la intimidación o disuasión. Una pena no puede ser proporcional al injusto y la culpabilidad si el marco penal abstracto está orientado a la intimidación². Como ha señalado la doctrina, «en todas las teorías que buscan la intimidación, la proporcionalidad entre el hecho y la pena constituye un elemento externo limitador, inconsecuente con su finalidad»³, por lo que «la sujeción a un criterio de estricta proporcionalidad no es ciertamente —o, al menos, no siempre— el mejor vehículo de la eficacia intimidatoria»⁴. Si la determinación o concreción de la pena ha de ser coherente con la teoría general de la pena, no se puede olvidar que la individualización judicial de la pena en la sentencia condenatoria se desenvuelve dentro del marco penal contemplado previamente por la ley o se concreta a partir de dicho marco penal. Si la individualización judicial de la pena es una concreción del marco penal abstracto⁵, no será posible imponer penas proporcionadas a la culpabilidad del autor por su hecho si el marco legal no resulta proporcionado, especialmente en un sistema como el nuestro rígidamente determinado por la ley.

El Prof. Arroyo también ha destacado por su lucha contra penas inhumanas y degradantes. En este sentido son de sobra conocidos sus esfuerzos contra la pena de muerte a nivel internacional y contra la

² FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, Ed. Bdef, 2014, pp. 85 s.

³ NEUMANN, U., «Alternativas al Derecho Penal», en Arroyo Zapatero, L./Neumann, U./Nieto Martín, A. (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ed. UCLM, p. 209.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, 1992, p. 280. Este autor defiende una «teoría de la prevención justa» que buscaría la «disuasión no solo por la amenaza de sanción, sino también por la comunicación del valor, unidos a la integración de la norma penal en un contexto general de socialización» (2.^a ed., Bdef, pp. 492 ss.). En contra, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Ed. Comares, 2001, pp. 142 ss. En tiempos recientes SILVA declara compartir la visión de la pena como comunicación, no solo en el momento de la imposición, sino también de la conminación legal abstracta (*Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Ed. Atelier, 2018, p. 20).

⁵ Señala BASSO, G. J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Ed. Marcial Pons, 2019, p. 347, que define al juzgador como delegado del legislador, como «las exigencias de proporcionalidad ordinal constituyen un cometido primordialmente legislativo», de tal manera que «la función del órgano judicial reviste un carácter marginal en la ordenación de los delitos y de sus correlativas penas dentro de la escala de punición».

pena de prisión permanente en España. Mi convicción es que una teoría comunicativa de la pena orientada a la estabilización de normas en lugar de a la prevención directa de conductas permite en general un Derecho Penal menos represivo. Sobre ello se hará también alguna breve reflexión al final del trabajo.

II. La prevención general en la ley

En nuestro sistema continental la pena que se impone al culpable debe estar previamente contemplada en la ley (dejando aquí de lado la posibilidad de aplicaciones retroactivas favorables al reo). La definición de una modalidad de comportamiento como presupuesto de una pena expresa un desvalor o censura tanto del hecho como de la acción a la que dicho hecho puede ser personalmente imputable. Esto presupone una norma de conducta (prohibición, mandato, de cuidado) conforme a la cual se debe valorar el comportamiento como correcto o incorrecto y por cuya importancia se entiende que debe ser garantizada mediante una pena (un marco penal abstracto). Desde esta perspectiva la función esencial de la pena legalmente prevista es simbolizar la importancia o relevancia social de dicha norma. El mensaje es distinto en función de que se contemple o no una pena y de la entidad de ésta. El legislador manifiesta una especial valoración del deber (expectativa formulada deónticamente) establecido en la medida en la que recurre al instrumento más importante que tiene para garantizarlo y dicha valoración es proporcional a la pena contemplada para garantizar la norma.

En este punto se encontraría la esencia correcta de la teoría de la prevención general mediante la conminación legal abstracta que se puede reconducir a Feuerbach⁶. Sin embargo, tanto la teoría de la coacción psicológica como la visión más racionalista del análisis económico que tiene como referente el denominado *homo oeconomicus* no resulta satisfactoria en cuanto a la cuantificación concreta del marco penal abstracto. De hecho los ordenamientos que más recurren a la intimidación están más necesitados de correctivos procesales que les permitan no imponer penas insostenibles como las que habilita la ley. Los criterios de oportunidad permiten resolver los problemas de una

⁶ Sobre la teoría de la pena de este autor FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, pp. 72 ss., con ulteriores referencias; Koch, A./Kubiciel, M./Löhning, M./Pawlik, M. (Edits.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, Ed. Mohr Siebeck, 2014, especialmente la contribución de FRISCH en pp. 191 ss.

legislación orientada a la intimidación que, como señala Frisch, es un fin demasiado ambicioso y, por ello, peligroso⁷.

La teoría de la prevención general negativa en todas sus variantes es básicamente una teoría de la conminación legal abstracta para garantizar un cumplimiento generalizado de la norma. Mientras la teoría es rechazada por la doctrina en la fase de individualización judicial y el momento de la imposición sigue siendo tras siglos el aspecto más débil de las teorías intimidatorias o disuasorias, se ha venido mostrando fuerte en la fase legislativa.

Valga como ejemplo una teoría de la pena tan aceptada en la doctrina española como la «teoría dialéctica de la unión» de Roxin⁸. Es de sobra conocido que este autor defiende una teoría preventiva mixta o unitaria de la pena en la que los fines de la pena no se yuxtaponen generando antinomias, sino que van cobrando protagonismo en función de cuál es el papel más idóneo de la pena en cada momento (conminación legal abstracta, condena, ejecución) para proteger bienes jurídicos y prevenir su lesión o puesta en peligro. Roxin entendió a la hora de formular su teoría de la pena que la mejor estrategia de un Estado de Derecho para proteger bienes jurídicos antes de la comisión del delito era la prevención general negativa. Sin embargo, lo cierto es que no está claro como, partiendo de un marco penal orientado a la prevención general negativa, se puede conseguir una sentencia condenatoria que sea entendida por la generalidad como justa y que tenga efectos positivos en la psicología social o integradores. Y ello con independencia de que se entienda que un sector de la población cumplirá la norma con independencia de la intimidación⁹. Si la intimidación ya tiene un papel en la ley, con independencia de que no sea una estrategia necesaria para la generalidad, el marco penal estará determinado por las necesidades –reales o supuestas– de intimidación o disuasión. Aunque no solo se quiera motivar al cumplimiento de la norma mediante intimidación¹⁰, si no se renuncia a tal estrategia los marcos penales vendrán

⁷ «Zum Zweck der Strafandrohung. Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention», *Bernd Schünemann-FS*, Ed. de Gruyter, 2014, pp. 59 ss. En concreto, en relación a Feuerbach y el Código Penal bávaro de 1813, *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, pp. 196 ss.

⁸ ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Ed. C. H. Beck, 2020, 3/42 ss. FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, pp. 218 ss., con ulteriores referencias a obras previas.

⁹ ROXIN, C., «La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán», en Mir Puig, S./Queralt Jiménez, J. J. (Dirs.), *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 241.

¹⁰ Sobre modelos preventivo-generales que tuvieron un especial desarrollo a partir de los años setenta en Alemania, países escandinavos y España (Gimbernat Ordeig, con influencia de Freund y Fromm) y donde estaría integrada la teoría de la motivación como una teoría preven-

determinados por lo necesario para intimidar, coaccionar, conminar o atemorizar.

Por suerte la pena legal no suele venir determinada por regla general por tales necesidades¹¹. Como he señalado en otras ocasiones, «de acuerdo con la lógica de la teoría, no se deberían castigar más los delitos más graves, sino los más habituales, por existir una mayor inclinación hacia ellos por parte de la generalidad (por ejemplo, hurtos en grandes almacenes o la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, etc.)»¹². Sin embargo, las penas de la parte especial o de las leyes especiales se corresponden tendencialmente con la importancia de la norma, con el desvalor del hecho o con la gravedad del injusto¹³. La pena que se suele contemplar legalmente es una pena que busca la proporcionalidad con el injusto y su gravedad y la determinación del marco penal abstracto suele depender de factores como la importancia del bien jurídico como valor protegido, la gravedad del ataque contra el correspondiente bien jurídico, la existencia de deberes especiales o cualificados, el dolo o la imprudencia (ya que es más importante estabilizar una prohibición directa de lesión que una norma de cuidado), etc.

En los ordenamientos de nuestro entorno jurídico la gravedad de los delitos no está ordenada por las necesidades de intimidación o disuasión. Si las normas con un alto grado de interiorización que dificultan su comisión generalizada (no matar¹⁴) son castigadas con mayor

tivo-general negativa enriquecida con aportaciones de la psicología profunda y el psicoanálisis como medios complementarios de protección de bienes jurídicos, Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general*, Ed. Bdef, 2007, pp. 284 ss. y *La pena*, pp. 172 ss. Con el tiempo planteamientos que tuvieron su origen en estas perspectiva de psicología profunda o psicoanalíticas se fueron transformando en enfoques de psicología colectiva o social (por ejemplo, combinando la función intimidatoria con la función pedagógica).

¹¹ Sobre las críticas contra la prevención general intimidatoria por su incompatibilidad con el Derecho vigente FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, pp. 89 ss., con ulteriores referencias al debate entre críticos y partidarios de esta teoría de la pena.

¹² *La pena*, p. 113.

¹³ FRISCH, W., *Schünemann-FS*, p. 62 s., señalando como Schünemann coincide en la idea de la orientación a la importancia del hecho punible, «Straftheorie, Verbrechensbegriff und Strafsystem im Werk von Günther Jakobs», en AA. VV., *Strafrecht und Gesellschaft*, Ed. Mohr Siebeck, 2019, pp. 671 ss., y «Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe», GA 2019, p. 544. Señala este autor como en Alemania las variaciones de pena dependen de variaciones de valores o del desvalor de la conducta y no de necesidades de intimidación.

¹⁴ Un indicio de esa interiorización es que hay un porcentaje de personas que se resisten a matar o a causar sufrimientos graves a otros aunque les obliguen. En profundidad sobre estas diferencias en la interiorización de las normas, MÜLLER, M., *Vergeltungsstrafe und Gerechtigkeitsforschung*, Ed. Mohr Siebeck, 2019, pp. 140 ss., utilizando el argumento contra las teorías de la prevención general positiva más orientadas a los efectos positivos de psicología social. Señala, además, como hay grupos de delitos inmunes a la intimidación y los déficits empíricos son mayores en el ámbito nuclear del Derecho Penal como los delitos contra la vida, la salud o sexuales (p. 156). Este autor entiende que el fin de la pena retributiva sería el mantenimiento de la juri-

pena que otras cuya disposición general al cumplimiento es más inestable, ello obedece a que se entiende que el mantenimiento de las primeras es más importante. Desempeñan una función social más importante y son menos prescindibles.

Las teorías de la prevención general negativa dejan de lado un aspecto importante: la pena legal debe ser ya una expresión del desvalor del hecho, por lo que el marco penal debe ser proporcional a dicho desvalor y no a otros factores que, a lo sumo, jugarían un papel totalmente secundario. Es cierto que a veces podemos localizar normas concretas con una pena marcada por intereses preventivos o de conducción de conductas o por otras razones como dificultar la prescripción (por ejemplo, el delito de defraudación tributaria) o permitir actuaciones policiales en fases muy tempranas, pero el legislador perfecto no existe y los Códigos son un producto de sucesivas reformas y una obra humana condicionada históricamente que hace que sea prácticamente imposible que las leyes penales sean el reflejo de una aritmética penal perfecta¹⁵. Si lo relevante a efectos de una teoría de la punición abstracta son las tendencias generales, éstas son poco compatibles con una teoría de la prevención general negativa.

Un ordenamiento que no mantuviera cierta coherencia y proporción entre penas y relevancia de las normas o gravedad social de los hechos estaría generando una situación confusa y caótica preventivamente ineficiente¹⁶. Como señala la psicología social, deteriora el cumplimiento de las leyes que los ciudadanos perciban la actuación del Estado como injusta, confusa o incongruente¹⁷. Lo que el Prof. Arroyo

dicidad (*Aufrechterhaltung des Rechtszustandes*) (pp. 149 ss.) y que la pena proporcional al hecho es la que mejor satisface las necesidades punitivas tanto individuales como colectivas (p. 188).

¹⁵ Como señala KUDLICH, H., *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal. Contribuciones a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, 2018, pp. 118 ss., no se puede partir de que «los marcos penales de la ley constituyen un sistema lógico en sí mismo, axiológicamente convincente y libre de contradicciones». La doctrina ha relativizado, por ejemplo, el papel de los marcos penales para la ponderación de intereses en juego en el estado de necesidad, advirtiendo de la influencia en los marcos penales de numerosos aspectos o factores de índole político-criminal. Vid. por todos, JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Ed. de Gruyter, 1991, 13/20; PAWLIK, M., «Der rechtfertigende Defensivnotstand», *Jura* 2002, p. 31, ambos con ulteriores referencias.

¹⁶ FRISCH, W., «Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens», *NSStZ* 2016, p. 18.

¹⁷ Las aportaciones de psicología social a la criminología están siendo enormemente fructíferas: ENGLERTH, M., *Der beschränkt rationaler Verbrecher*, Ed. Lit, 2010, pp. 150 ss., 195 ss., 272; JACKSON, J./BRADFORD, B./HOUGH, M./MYHILL, A./QUINTON, P./TYLER, T. R., «Why Do People comply with the Law? Legitimacy and the Influence of Legal Institutions», *British Journal of Criminology*, 52 (2012), pp. 1051 ss.; KENNEDY, D. M., *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, Ed. Marcial Pons, 2016, pp. 69 ss., 117; ROBINSON, P. H., *Principios distributivos del Derecho Penal*, Ed. Marcial Pons, 2012, pp. 202 ss.; TYLER, T. R./JACKSON, J., «Popular legitimacy and the exercise of legal authority: Motivating compliance, cooperation and engagement»,

denomina gráficamente la «*lotería al revés*», que reparte castigos en vez de premios. Disponemos de datos de que la observancia de las leyes es proporcional a la racionalidad y legitimidad que los destinatarios asignen a las normas y a las penas¹⁸. En palabras del estadounidense Robinson¹⁹, «un Derecho penal que de forma regular es visto como injusto o que fracasa al hacer justicia, pierde credibilidad moral entre la comunidad y, por tanto, reduce su influencia. Las personas estarán menos dispuestas a respetarlo, a cooperar con él, o a seguir sus órdenes».

Ciertos partidarios de la prevención general negativa o intimidatoria han intentado justificar esta necesidad de proporcionalidad interna en razones de eficacia alegando que lo lógico es contemplar penas más graves para los hechos más graves porque son los que se tiene más interés en evitar (es más importante evitar un homicidio que un hurto, aunque haya una mayor predisposición a cometer pequeños hurtos) en la línea utilitaria y ajena al merecimiento de Bentham de proporcionar un aliciente al delincuente potencial para que opte por el hecho con la pena más leve²⁰. Sin embargo, creo que una teoría comunicativa que haga referencia a necesidades de estabilización normativa explica mejor esta tendencia que una teoría instrumental que atienda a las necesidades de intimidación o disuasión de autores potenciales. Solo la primera posibilita una pena que la generalidad pueda entender como merecida y adecuada a las necesidades de estabilización si alguien plenamente culpable realiza un hecho que se pueda subsumir en el correspondiente tipo penal. Se trata más de una cuestión de merecimiento que del interés del que castiga, que es un criterio arbitrario y poco controlable, especialmente en tiempos de una creciente utilización electoralista del Derecho Penal. Además, este tipo de perspectivas utilitaristas no garantizan que no se contemplen penas excesivamente severas para hechos leves, sino exclusivamente que serán inferiores a las de los hechos graves.

Psychology, Public Policy, and Law, 20(1), 2014, pp. 78 ss.; VARONA GÓMEZ, D., *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, Ed. Marcial Pons, 2016, pp. 174 ss.; VÁZQUEZ MORALES, D./FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Confianza en los Tribunales Penales. Una vía normativa a la cooperación ciudadana con la justicia más allá de la amenaza y la coerción», *RECPC* 15-18 (2013).

¹⁸ ROBINSON P. H., *Principios distributivos*, pp. 202 ss.; TYLER, T. R., *Why People Obey the Law*, Ed. Princeton University Press, *passim*.

¹⁹ «El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena», en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dir.), *Constitución y sistema penal*, Ed. Marcial Pons, 2012, pp. 41 s.

²⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena*, p. 152.

Una posición cercana a la que sostengo ha venido siendo defendida por Frisch, con el matiz por parte de este autor de que todavía otorga a la pena en la ley un cierto papel intimidatorio –aunque sea más bien concibiéndolo como un aviso– que mi propuesta pretende superar²¹. Si bien coincide en que la pena contemplada legalmente expresa una gravedad de ciertos hechos que ya representa una motivación para personas razonables, no quiere renunciar a su papel como motivo adicional para omitir la conducta en la línea de los partidarios de la prevención general negativa cuando sea necesario²². Para este autor la pena legalmente contemplada tendría efectos directos e indirectos en los ciudadanos y no se debe renunciar totalmente a ninguno de ambos.

Frente a ello entiendo que cada ciudadano, como ser autodeterminado y no heterodeterminado, decide si se deja motivar por la norma y

²¹ Schünemann-FS, p. 63; GA 9/2019, pp. 543 ss.; NSz 2016, pp. 17 s. En una línea más ecléctica entiende la pena contemplada legalmente como un motivo adicional para omitir la conducta en la línea de los partidarios de la prevención general negativa. Cuanto menos razonable el destinatario, más importante será la intimidación.

²² En este sentido, esta teoría de la prevención general positiva que no renuncia a la negativa se acerca a partidarios de una concepción más compleja de la prevención general negativa que busca más efectos agregados macro-sociales (disuasión marginal) que micro-basados en la influencia en decisiones concretas por parte de la ley o de sentencias (disuasión total o absoluta). Vid. GA 2019, p. 544, nota 32. Por ejemplo, GRECO, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, Ed. Duncker & Humblot, 2009, pp. 358 ss., 389 ss., entendería que la pena actuaría como una regla de prudencia para la generalidad pretendiendo modernizar la teoría de la coacción psicológica mediante un «concepto funcional de intimidación» que supere un concepto psicológico de intimidación y que asuma solo un componente psicológico mínimo fundado en la teoría cotidiana. Este concepto acaba sustituyendo la intimidación (estrategia instrumental) por una racionalidad práctica de acuerdo con la cual las leyes penales ofrecerían a los ciudadanos razones para cumplir las leyes, que no serían de tipo moral, sino de tipo prudencial vinculadas a evitar las consecuencias de la infracción. La intimidación deja de ser un mecanismo psicológico para pasar a ser una regla de prudencia que ayuda a conseguir que el destinatario se comporte de la forma esperada. Si las razones morales o de conciencia son insuficientes los ciudadanos cumplirán por la amenaza del mal. Se trata de un modelo preventivo-general que no busca intimidar a cada ciudadano (dimensión micro), sino que se busca una dimensión macro-social con independencia del efecto psicológico individual, por tanto más bien efectos de psicología social (pp. 360 s.). Si bien el propio autor considera que se trata una teoría de la coacción psicológica sin psicología, creo que sería más acertado considerar que se trata de una teoría de la coacción como instrumento de psicología social o de masas. Greco no considera decisivas las investigaciones empíricas como las de Tyler que señalan que está sobrevalorada la intimidación como razón para un cumplimiento generalizado de la norma.

HÖRNLE, T. ha mostrado sus simpatías con este planteamiento («Claus Roxins straftheoretischer Ansatz», *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, t.1, Ed. de Gruyter 2011, p. 13; *Strafrecht*, 2.^a ed., Ed. Mohr Siebeck, 2017, pp. 11 s., resaltando el carácter limitado de influencia directa de la leyes penales en los comportamientos). Es relevante que esta autora destaque la función comunicativa de las normas penales y que otros factores o instancias sociales tienen más capacidad de influencia que las leyes penales.

También en la línea de Greco, KASPAR, J., «Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention», en Kaspar, J./Walter, T. (Edits.), *Strafen, im Namen des Volkes*?, Ed. Nomos, 2019, pp. 71 ss., aunque entiende que la pena mínima para la intimidación queda satisfecha con una pena orientada a la prevención general positiva, por lo que la intimidación carece de un significado propio.

cómo le influye la pena, por lo que los efectos son siempre indirectos y no causales²³. No existe una determinación absoluta o directa. Es una cuestión privativa de cada ciudadano en qué medida la comunicación de la norma tiene efectos (aspecto perlocucionario en el sentido de Searle), por lo que la norma solo determina –indirectamente– la conducta de quien quiere verse determinado. Los efectos de la norma en los destinatarios son contingentes. Desde mi perspectiva las normas penales se limitan a describir hechos desvalorados y de tal descripción se deriva un deber de evitar el hecho. La intensidad del desvalor se manifiesta mediante el marco penal contemplado para ese hecho. La norma organiza y estructura la vida social y desempeña una función social para todos, no solo para aquellos dispuestos o con tendencia a incumplir la norma. Por ello lo único que importa para el establecimiento legal de la pena es la relevancia social de la correspondiente norma, no la actitud de los destinatarios hacia la misma. Las normas desempeñan su función dentro de una misma sociedad tanto para ángeles o altruistas (*homo reciprocans*) como para demonios o egoístas que solo se rigen por reglas prudenciales. Si se entiende que lo decisivo no es cómo determina la norma de conducta a individuos con ciertas características antropológicas (o más bien a sus neuronas), sino cómo debe tratar de forma coherente el Estado al conjunto de los ciudadanos a la hora de organizar la vida en sociedad, la renuncia total a la intimidación cae por su propio peso. No se trata de especulaciones antropológicas, sino de una cuestión de lógica social. Un problema distinto es que no se puedan desconsiderar aspectos prudenciales o pragmáticos para que la consecuencia jurídica asociada a la infracción se pueda seguir entendiendo intersubjetivamente como un mal y no meramente como un precio atractivo o tasa con el fin de que, en palabras de Jakobs²⁴, cada delito quede marcado en el futuro como empresa fracasada.

²³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general*, pp. 633 ss.; el mismo, *La pena*, pp. 265 ss.; GÜNTHER, K., *Schuld und kommunikative Freiheit*, Ed. Vittorio Klostermann, 2005, pp. 251 s.; KINDHÄUSER, U., «Rechtstreue al Schuld-kategorie», *ZStW* 107, pp. 701 ss.; el mismo, «Schuld und Strafe, Zur Diskussion um ein “Feindstrafrecht”», *Friedrich Christian Schroeder-FS*, Ed. C. F. Müller, 2006, pp. 87 ss.; PAWLIK, M., *Person, Subjekt, Bürger*, Ed. Duncker & Humblot, 2004, pp. 84 s., «Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs’ Strafrechtsdenken», en AA. VV., *Strafrecht und Gesellschaft*, Ed. Mohr Siebeck, 2019, pp. 224 s. y *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens*, Ed. Nomos, 2017, pp. 34, 43. En contra de Feuerbach y su idea de que la ley se dirige al ciudadano como ser de la naturaleza causalmente determinado con base en este tipo de argumentos PAWLIK, «Die Aufhebung der Strafbarkeit», Koch, A./Kubiciel, M./Löhning, M./Pawlik, M. (Edits.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, Ed. Mohr Siebeck, 2014, p. 317.

²⁴ Sobre la última versión de la teoría de la pena de este autor FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, pp. 244 ss.

Estoy de acuerdo con Frisch en que en nuestro contexto jurídico, que es el del Estado democrático de Derecho, las penas más altas no están contempladas para aquellos delitos en los cuales existen altas necesidades de intimidación, sino para aquellos que merecen un especial desvalor. Por tanto, más que de intimidar, se trata de transmitir un mensaje sobre la medida del merecimiento de reprobación de las formas de conducta indeseadas, mediante marcos penales clasificados en diferentes severidades según determinadas formas de conducta. Las normas penales desvaloran conductas y las gradaciones de los marcos penales son declaraciones sobre la mayor o menor medida de merecimiento de reprobación de determinadas acciones. Si el hecho es desvalorado como un injusto merecedor de pena, ésta debe basarse en las mismas razones axiológicas que fundamentan la definición de una conducta como tipo de injusto²⁵.

La norma de conducta garantizada mediante pena tiene una función compleja. Es reduccionista tomarla en consideración solo como un medio para intimidar o disuadir a potenciales delincuentes. No solo delimita el ejercicio legítimo de la libertad, sino que garantiza, reconoce y protege ámbitos de libertad y posiciones jurídicas legítimas y, en correspondencia, permite defenderlos frente a agresiones ilegítimas y en situaciones de necesidad. Las normas no solo se dirigen a potenciales delincuentes, sino que son redes de expectativas recíprocas de comportamiento (qué podemos hacer, qué no podemos hacer, qué podemos esperar de los otros, qué esperan los otros de nosotros, etc.). Por ejemplo, cuando se decidió introducir el art. 172 ter CP, que tiene como elemento esencial que el acoso se realice de forma insistente y reiterada, se desvaloró con ello una conducta reprobable, garantizando de esa manera la posición jurídica de los potenciales acosados y modificando sus posibilidades de defensa y protección jurídica. Las normas no solo limitan la libertad, sino que configuran la libertad de todos. En este sentido tiene gran relevancia su papel en la interacción con respecto a lo que los economistas denominan costes de transacción indirectos, que se convierten en términos jurídicos en costes de libertad. Por ejemplo, cuando en el año 2015 se generalizó el desvalor de la administración desleal del patrimonio ajeno, ello supuso un ahorro en los costes de transacción por parte de aquellos que se ven obligados a confiar la gestión de su patrimonio a otras personas o entidades. Si, por ejem-

²⁵ ROBLES PLANAS, R., «Merecimiento y necesidad de la prohibición penal», en *LH Luzón Peña*, Ed. Reus, 2020, p. 382 («el merecimiento de pena aparece como el elemento central de la decisión político-criminal relativa a la incriminación de conductas»).

plo, la prohibición de matar se fuera erosionando por una infracción continuada sin respuesta, de tal manera que acabara perdiendo su vigencia social, los costes de transacción serían tremendos. La progresiva erosión de las normas corroe a su vez la libertad general y condiciona negativamente la interacción social. El Estado mediante las normas no determina directamente los procesos neuronales de los individuos que se encuentran sometidos a sus leyes, en la línea de la teoría de la coacción psicológica, sino que configura y establece las condiciones de convivencia e interacción en una determinada sociedad civil.

III. Crítica de la intuición o del sentimiento de justicia como criterio de legitimación de la punición abstracta

Volviendo de nuevo a Roxin, su concepción de la prevención general integradora orientada a conseguir efectos positivos a largo plazo desde la perspectiva de la psicología social pretende incorporar las valoraciones sociales relacionadas con sentimientos de justicia o de merecimiento²⁶. Como ha señalado otro autor representativo de una forma de prevención alternativa a la negativa, como Hassemer, no es obligatorio ni evidente circunscribir los efectos preventivo-generales a la intimidación de infractores potenciales²⁷. Luzón Peña, por ejemplo, ha denominado recientemente este entendimiento de la prevención general positiva como «prevención de convicción social o general»²⁸. Si se quiere conseguir que la pena impuesta por el órgano judicial tenga estos efectos permitiendo una práctica de penas medidas que se puedan entender como justas por la población, tales efectos deberían ser ya tomados en consideración en el momento de la determinación legal de la pena. El marco penal debería ya circunscribirse a penas que se puedan entender por la generalidad como justas. Ello, como ya he señalado, sería incompatible con un marco penal preferentemente orientado a fines intimidatorios. Es necesario, por consiguiente, que la ley se

²⁶ KASPAR, J., *Strafen, im Namen des Volkes*?, pp. 73 ss.; ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht*, 3/53.

²⁷ «Variationen der positiven Generalprävention», en SCHÜNEMANN, B./V. HIRSCH, A./JAREBORG, N., *Positive Generalprävention*, Ed. C. F. Müller, 1998, pp. 34 ss., 41 ss. Como señala en MUÑOZ CONDE, F./HASSEMER, W., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, p. 327, «las normas se estabilizan en las personas y en los grupos por el convencimiento de que son idóneas para mejorar la convivencia, y muy difícilmente solo por la intimidación, por el miedo a la represión».

²⁸ *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2016, 1/51.

oriente a una estrategia preventivo-general no intimidatoria y tenga otras dimensiones. Sin embargo, si el aseguramiento de un comportamiento generalizado conforme a la norma o del cumplimiento normativo pasa necesariamente por la intimidación o coacción psicológica y la prevención general positiva tiene reservado su papel protagonista simplemente para la individualización judicial de la pena, poco puede hacer ésta con respecto a marcos penales desproporcionados determinados por necesidades de intimidación. La única conclusión posible es que la dinámica de imposición de penas que puedan ser consideradas por la generalidad como justas y que permitan un efecto integrador a largo plazo, no solo debe abarcar el momento de la imposición, sino ya el momento previo del establecimiento legal de marcos penales. La prevención general positiva llega demasiado tarde si, como hace un sector importante de la doctrina alemana y española, se limita a tener un papel en el momento de la imposición de la pena para controlar o limitar los excesos de la prevención intimidatoria.

Así, por ejemplo, señala Álvarez García²⁹, en referencia a la doctrina italiana y a Andenaes, como la propensión al terror estatal se podría limitar si no se olvida que para el cumplimiento normativo más que el grado de severidad cuenta el que la pena sea percibida o sentida como justa y tanto el sistema en general como la norma concreta a aplicar como legítimos. Pero esto ya nada tiene que ver con la intimidación o disuasión.

Para superar los inconvenientes mencionados algún autor como Tonio Walter³⁰ defiende, en el marco de una teoría retributiva de la pena que tenga como objetivo una utilidad social con una fundamentación sociológico-empírica (teoría retributiva apoyada empíricamente y sociológicamente orientada), que el legislador debería hacer un mayor esfuerzo para orientarse a las necesidades retributivas y punitivas de los ciudadanos cuando fija el marco penal de las figuras delictivas. En este sentido la introducción de tipos penales y la medida del marco penal (el si y el cuánto de la pena) debería depender de las intuiciones, necesidades y actitudes de la población sobre la base de una investigación

²⁹ *Consideraciones sobre los fines de la pena*, pp. 139 s.

³⁰ *Strafe und Vergeltung-Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Ed. Nomos, 2016, pp. 18 ss. Una resección a esta obra en *Ex Libris InDret* 3/2017, pp. 13 ss. Réplica a su vez de mi resección en *Ex Libris InDret* 4/2017, pp. 22 ss., profundizando en algunos aspectos de su pensamiento. Vid. también el libro colectivo Kaspar, J./Walter, T. (Edits.), *Strafen «im Namen des Volkes»?*, Ed. Nomos, 2019, con el significativo subtítulo de «Sobre la relevancia jurídica y político-criminal de las necesidad de pena de la población detectables empíricamente». Walter expone su posición en pp. 49 ss.

empírica que les conceda plausibilidad. En la búsqueda de las penas adecuadas entiende este autor alemán que el legislador debería tomar en consideración de forma más intensa conocimientos empíricos al respecto y se debería preocupar de mejorar dichos conocimientos. El referente, según este autor, no sería una masa informe de opiniones recabadas a través de encuestas a realizar cada cierto tiempo, sino un ciudadano informado de la realidad criminal y de las sanciones. Es significativo e interesante para el tema de reflexión de este trabajo que este autor entienda que se puede definir su teoría con el nombre de «prevención general retributiva» como hace su discípulo Tobias Andrissek³¹. Entiende que la retribución no es un fin en sí misma, sino un fin mediato para conseguir el fin auténtico que consistiría en la estabilización de la confianza de la población en el ordenamiento jurídico y del Estado. Si se cumple este programa se evitarán a largo plazo nuevas violaciones de la norma y ello servirá de forma mediata a la prevención de delitos.

Andrissek desarrolla estas mismas ideas bajo el nombre de teoría retributiva de la prevención general o prevención mediante retribución³² considerando que el fin legitimante de la pena sería la satisfacción de las necesidades de justicia. Este autor insiste en que el referente de punición de conductas concretas no deben ser sentimientos inconscientes o necesidades colectivas de castigo, sino intuiciones profundamente arraigadas de justicia que se puedan expresar y asumir de forma razonable o que generen un amplio consenso sobre su reprochabilidad moral.

La posición de estos autores está emparentada con la teoría del «merecimiento empírico» (*empirical just desert*) de Robinson, que defiende que la individualización de la pena no se debe regir por lo necesario para la disuasión, sino de acuerdo a las intuiciones o representaciones de justicia de la comunidad averiguadas mediante estudios empíricos (teoría definida por el propio autor como consecuencialista, pero que permitiría un armisticio entre teorías preventivas y retributivas)³³. Andrissek destaca las coincidencias y el soporte empírico del

³¹ Considera Walter que la diferencia con la mayoría de las teorías de la prevención general positiva es que él aboga por una concepción empírica de la «paz jurídica», de tal manera que no es irrelevante si la pena cumple los efectos positivos en la sociedad que se esperan (*Strafen, im Namen des Volkes?*, p. 6).

³² *Vergeltung als Strafzweck*, Ed. Mohr Siebeck, 2017, pp. 86, 146 ss., 237.

³³ *Principios distributivos*, pp. 123 ss. Recensión de RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *InDret* 4/2012. Sobre la teoría de la pena de este autor FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, pp. 125 ss., con ulteriores referencias.

que se sirve Walter se basa en parte en experimentos en los que ha participado el autor estadounidense³⁴.

Estos planteamientos se pueden entender como una prevención general positiva de enfoque empírico o empíricamente fundamentada³⁵: se trata de una teoría de la punición de conductas concretas que busca un sustento empírico en consensos sociales o intuiciones comunes que deben ser averiguadas empíricamente mediante investigaciones³⁶.

Dejando incluso de lado los problemas metodológicos de detalle³⁷, los marcos penales orientados a sentimientos o intuiciones de justicia –aunque sean permanentes o estables y no coyunturales– no garantizan, sin embargo, penas proporcionadas a la gravedad del injusto. No existe una correspondencia predefinida entre la pena proporcional al injusto culpable y la pena que una mayoría puede considerar necesaria de acuerdo con sus necesidades retributivas, intuiciones, sentimientos o apetitos de justicia³⁸. Como ha reconocido honradamente Robinson, el principal problema de cualquier teoría demasiado condicionada por efectos de psicología social radica en lo que denomina la ceguera colectiva ante la injusticia, especialmente cuando dicha ceguera viene determinada por emociones de inseguridad, miedo, «pánicos morales», asco o repugnancia o se basa en una separación, distanciamiento o barrera emocional y psicológica tajante entre el delincuente y «nosotros»³⁹. Esto se produce cuando el entrevistado solo se ve como víctima potencial pero nunca como autor potencial del hecho. Pero también se puede producir si sobre la cuestión existen posicionamientos políticos.

Sobre la investigación de psicología social que tiene por objeto los sentimientos de justicia MÜLLER, M., *Vergeltungsstrafe*, pp. 83 ss., con amplias referencias a los conocimientos empíricos sobre esta materia. Sobre los experimentos de Darley y Robinson, que acreditan que los ciudadanos a la hora de imponer la pena concreta tienen como idea preferente la de merecimiento frente a otras como la inocuidad e intimidación, pp. 112 ss. Dichos experimentos demuestran una tendencia a imponer una pena proporcional a la conducta defectuosa. La adecuación al hecho se muestra como el factor más relevante para satisfacer las necesidades punitivas, tanto individuales como colectivas.

³⁴ Vid. sus contribuciones en Kaspar, J./Walter, T. (Edits.), *Strafen, im Namen des Volkes?*, pp. 13 ss. y 39 ss.

³⁵ KASPAR, J., *Strafen, im Namen des Volkes?*, pp. 70 s., entiende que se trata de una teoría que debe ser ubicada en el marco teórico de la prevención general positiva.

³⁶ ANDRISSEK, T. R., *Vergeltung*, pp. 237 s.

³⁷ En profundidad, MÜLLER, H. E./SCHMOLL, A., «Deliktsschwereforschung als Grundlage eines gerechteren Strafrechtssystems?», en Kaspar, J./Walter, T. (Edits.), *Strafen, im Namen des Volkes?*, Ed. Nomos, 2019, pp. 120 ss.

³⁸ KASPAR, J., *Strafen, im Namen des Volkes?*, p. 71, señalando los problemas constitucionales de una fundamentación de la punición o de su incremento en la insatisfacción de la mayoría para una intromisión en derechos fundamentales tan intensa como la pena.

³⁹ SUNSTEIN, C. R., *Leyes de miedo*, Ed. Katz, 2009, pp. 127 ss.

Robinson asume así un déficit al que Walter no se quiere enfrentar: lo que importa es la percepción de la comunidad de que se está haciendo justicia pero no que el sistema esté efectivamente contemplando e imponiendo penas merecidas.

Si, en un sentido algo distinto, la referencia pasan a ser sentimientos o intuiciones racionales de justicia, se estará utilizando un baremo que no tiene que ver con los sentimientos o las intuiciones, sino con la racionalidad o lógica social⁴⁰.

Comparto con estas teorías del merecimiento basadas en experimentos que destaquen el valor que tiene el merecimiento de pena para determinar el marco penal abstracto, así como sus críticas a las teorías de la prevención general intimidatoria o disuasoria. Es mejor orientar los marcos penales a lo que se entiende por la generalidad como justo que a lo que hipotética y especulativamente necesitarían los autores potenciales⁴¹. Sin embargo, creo que las intuiciones o los sentimientos de justicia pueden servir, a lo sumo, como indicios del desvalor que intersubjetivamente se merece una conducta, pero no garantizan una proporcionalidad entre el marco penal y el desvalor que se merece una conducta como injusto, ya que tal desvalor depende de criterios normativos coherentes y sistemáticos⁴². Si, como afirma Robinson⁴³, «lo que obtiene dividendos para el control del delito es la percepción de la comunidad de que se está haciendo justicia, y no que el sistema esté efectivamente haciendo justicia» habría que asumir que en caso de conflicto lo decisivo es contemplar la pena aceptable por la generalidad aunque no manifieste una adecuada proporción con la gravedad del hecho desvalorado por la norma debido, por ejemplo, a su escasa lesividad social en relación con la indignación que genera. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica no es asumible una pena que, si bien

⁴⁰ Un teórico de primer nivel de las ciencias sociales como BAURMANN, M., «Strafen aus Spass? Experimentelle Befunde zum Sanktionsverhalten», en Prittwitz, C., y otros (Edits.), *Rationalität und Empathie. Kriminalwissenschaftliches Symposium für Klaus Lüderssen zum 80. Geburtstag*, Ed. Nomos, 2014, pp. 66 s., señala como en los experimentos de psicología social los participantes no actúan de acuerdo a una racionalidad de «reglas naturales», sino trasladando a los experimentos las condiciones de vida, instituciones y normas que corresponden a su praxis y contexto social. Las intuiciones y sentimientos son aprendidos a través de la interacción social (HALLMANN, A., *Gebundene Freiheit und strafrechtliche Schuld*, Ed. Mohr Siebeck, 2017, pp. 105 ss.), por lo que son reflejo de una determinada lógica social.

⁴¹ Sobre el fin de la intimidación como no realista y sin posibilidades de procesamiento racional FRISCH, W, *Schünemann-FS*, pp. 58 ss., considerando que lo máximo que se puede impedir es una parte de los delitos que se cometerían sin pena. Sobre la coacción psicológica como una teoría altamente especulativa *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, pp. 197 s.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Malum passionis*, pp. 50 ss., 64 s.

⁴³ *Principios distributivos*, p. 186.

puede ser sentida por la mayoría como justa, no se corresponda con criterios de merecimiento y proporcionalidad del propio ordenamiento jurídico. Esto es obvio en supuestos de normas o penas inconstitucionales (por ejemplo, incrementos de la pena en caso de delitos cometidos por inmigrantes ilegales).

IV. Conclusión: Comunicación en lugar de conminación

Tal y como se ha expuesto, ni la intimidación explica satisfactoriamente el Derecho positivo ni las intuiciones de justicia representan una alternativa válida para anclar los marcos penales al desvalor jurídico que se merece el hecho. La alternativa que ofrezco es entender la prevención en términos comunicativos distintos a la persecución de ciertos efectos positivos de psicología social⁴⁴, que no son más que un síntoma de un sistema que es aceptado en su funcionamiento por la generalidad.

En mi opinión, desde la perspectiva de una teoría comunicativa de la pena no dirigida directamente a prevenir instrumentalmente conductas concretas, sino a estabilizar la norma de conducta y prevenir la anomia como efecto de una dinámica continuada de infracciones sin respuesta, cae por su propio peso la dependencia del marco penal de la relevancia de cada norma de conducta para el correcto funcionamiento de la vida social⁴⁵. Ello permite penas proporcionadas al injusto y la culpabilidad. Si el delito es una puesta en entredicho de una norma concreta mediante su infracción⁴⁶, el máximo de pena o la gravedad del marco penal debe venir determinado por la importancia que tenga para la sociedad el mantenimiento de la vigencia real de esa norma al mar-

⁴⁴ En tiempos recientes FRISCH, W., GA 2019, pp. 537 ss.

⁴⁵ Sobre la prevención general como estabilización normativa FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, pp. 257 ss. y «La estabilización normativa como fin de la pena: ¿Puro teatro?», en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Ed. Bdef, 2017, pp. 309 ss.

⁴⁶ La pena concreta tiene como objeto estabilizar una norma concreta (o más de una en caso de concurso de delitos) que se ha puesto en entredicho mediante una determinada conducta. En este sentido, ROSTALSKI, F. *Der Tatbegriff im Strafrecht*, Ed. Mohr Siebeck, 2019, p. 80 y *passim*. En sentido contrario, MÜLLER, M., *Vergeltungsstrafe*, pp. 149 ss., entendiendo que no se trata de la estabilización de la norma de conducta quebrantada, sino de la estabilización del orden jurídico en su conjunto. Este autor (pp. 3, 149 ss., 191 y *passim*) también busca una fundamentación empírica de la retribución como Walter y Andrissek, pero, a diferencia de éstos y en el sentido de las teorías funcionales de la retribución como la de Pawlik entiende que el fin de la pena retributiva sería el mantenimiento de la juridicidad (*Aufrechterhaltung des Rechtszustandes*).

Si la pena reaccionara frente a una erosión o puesta en entredicho general del sistema jurídico no sería posible establecer una pena proporcional al hecho concreto y todos los delitos deberían tener un marco común como lesión de la juridicidad.

gen de los motivos del autor, los impulsos delictivos que existan en la población o, incluso, las intuiciones de justicia generalizadas. Para dicha valoración no solo cobran relevancia los valores que protege, sino también la peligrosidad objetiva y estructura típica –lesión, peligro concreto o peligro abstracto– y otros requisitos objetivos –deberes especiales– y subjetivos –intención de quedarse con la cosa y no devolverla–, etc. La funcionalidad social de la norma es lo relevante y no la lesión de los derechos o bienes de la víctima concreta (el *harm principle* formulado por John Stuart Mill). Ciertamente en los delitos contra bienes jurídicos individuales el grado de victimización puede ser relevante (el carácter degradante o vejatorio de la violencia en las agresiones sexuales), pero como demuestra el castigo con pena de multa del homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP), existen otros factores más relevantes.

La prevención estabilizadora que defiende no tiene como fin prevenir directamente los delitos concretos o determinadas dinámicas delictivas, sino más bien ciertos efectos nocivos del delito para la sociedad y la vida en común. La gravedad de tales efectos se encuentra en proporción directa a la relevancia de la norma infringida. Ello permite un punto de encuentro de las teorías basadas en la justicia y el merecimiento (el núcleo correcto de las teorías retributivas) con las teorías basadas en las necesidades sociales (en mi opinión, de estabilización normativa) no solo para la pena impuesta judicialmente, sino también para la pena en la ley⁴⁷.

Es cierto que la proporcionalidad depende del máximo de pena que en general se estime necesaria por razones preventivas. La proporcionalidad concreta o relativa depende de la denominada proporcionalidad general, absoluta o cardinal⁴⁸. En este punto una teoría preventiva de la estabilización ofrece un criterio que la retribución con la idea de una pena adecuada a la culpabilidad o merecida no puede prestar, ya que no existe tal medida para la concreción de marcos penales abstractos. Si dejamos de lado la –contra-empírica– idea de la influencia directa de la magnitud de pena en las conductas y de que cuanto mayor es el castigo

⁴⁷ En sentido contrario HÖRNLE, T., *Straftheorien*, p. 64. Esta autora considera que una teoría de la pena convincente no puede ser desarrollada a partir de explicaciones unidimensionales. Insiste en las diferentes perspectivas temporales de la pena: proactiva en la norma o retroactiva en el momento de la imposición.

⁴⁸ Sobre ello BASSO, G., *Determinación judicial*, pp. 303 ss., que concluye resaltando como «los fines del castigo ostentan una relevancia prevalentemente cardinal en la determinación de la pena individual» (p. 344). Señala SILVA SÁNCHEZ, J. M.^o, *Malum passionis*, p. 60, como «la proporcionalidad cardinal de la pena es mucho más difícil de establecer que la proporcionalidad ordinal».

menores son las cifras de delincuencia y, por el contrario, ponemos el foco en que lo importante es que el delito no se quede sin respuesta⁴⁹, se puede llegar a la conclusión de que no serían necesarias para los casos más graves penas superiores a los 20 o –en una rebaja gradual– 25 años de prisión. A partir de esa cifra los efectos estabilizadores de una pena superior son insignificantes o nulos. Es decir, podríamos volver a los criterios iniciales del Código Penal de 1995. En cuanto a la criminalidad menos grave, una visión comunicativa del fenómeno punitivo abre las puertas a mayores posibilidades de atenuación o de sustitución de la pena por razones ajenas al injusto y la culpabilidad que las teorías retributivas o más instrumentales de la prevención general y permite la búsqueda de alternativas que hagan innecesario el recurso a la pena concreta. Una teoría de la prevención general alternativa a la negativa o intimidatoria permite penas no excesivamente severas sino, por el contrario, merecidas y proporcionadas a la gravedad del injusto, sin que ello vaya en detrimento de los efectos preventivos de la pena. Este fue el propósito de las teorías de la prevención general positiva desde el final del pasado siglo, si bien su defecto es que pusieron un excesivo énfasis en los efectos de psicología social o de masas, igual de especulativos que los efectos intimidatorios⁵⁰.

La vieja idea de la seriedad de la amenaza para justificar la imposición de la pena se debe sustituir por la seriedad de la comunicación. A medida que Feuerbach fue abandonando –por las críticas recibidas– el argumento de Grocio⁵¹ del consentimiento de la pena⁵² en el momento la comisión del delito, que se basaba en la presunción o ficción jurídica de que si el autor del delito, conociendo las consecuencias del delito, decide cometerlo asume dichas consecuencias y debe aceptarlas, cobró fuerza en su modelo la idea de que el fin de la imposición de la pena radica en respaldar la conminación legal y hacer creíble la amenaza ya que sin aquélla ésta sería ineficaz⁵³.

⁴⁹ De acuerdo con mis contribuciones en este sentido BASSO, G., *Determinación judicial*, pp. 340 ss., resaltando como «los efectos preventivos no dependen tanto de la severidad de las penas –legales o judiciales–, sino de la ausencia de impunidad».

⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, pp. 204 ss.

⁵¹ *De iure belli ac pacis*, Libro II, Cap. XX, II.3

⁵² Sobre los argumentos referidos a la demostración de la seriedad de la amenaza o al consentimiento del infractor en sentido crítico FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, pp. 78 ss., 116 ss. SEELMANN, K., *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, 2013, pp. 91 s., 94.

⁵³ Como ha señalado FRISCH, W., *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, pp. 194, 198 el fundamento de la imposición de la pena se encuentra en las condiciones de eficacia de la amenaza. Ha trabajado especialmente este aspecto de que la amenaza que no se cumple pierde su seriedad y deja de ser real GRECO, L., *Feuerbachs Straftheorie*, pp. 420 ss.

En este sentido el autor alemán tenía razón si, abandonando la idea de conminación, entendemos que la comunicación de la norma de conducta sería ineficaz sin imponer el mal anunciado. De nada sirve que la ley desvalore ciertos hechos con una pena si una vez cometida la infracción dichos hechos quedan sin castigo. El Estado no puede ser inconsecuente en el momento en el que se ha cometido la infracción con respecto a lo que ha dicho previamente. Eso es lo que genera déficit en la prevención general: un delito sin respuesta o con una re-acción insuficiente por parte del Estado implica una progresiva erosión o un gradual debilitamiento de la norma infringida⁵⁴. Si la omisión continuada se convierte en sistemática y lo que promete la ley no se corresponde en absoluto con la realidad se dará una situación de anomia. Por ello lo importante no es castigar mucho de forma puntual, sino reaccionar en todas las ocasiones, incluso aunque la pena llegue a ser inferior a la del marco penal por ser preventivamente suficiente o menos necesaria para la estabilización por razones adicionales a la infracción de la norma que hacen que la puesta en entredicho sea considerada menos intensa (por ejemplo, error de prohibición difícilmente vencible o reparación muy cualificada). Si bien ya he expuesto como la pena contemplada legalmente viene determinada por la importancia social de la norma a estabilizar, la pena puede irse viendo reducida no solo por una menor culpabilidad, sino también por la presencia de factores ajenos al injusto y la culpabilidad que reduzcan las necesidades de estabilización (por ejemplo, auxilio a la víctima que ya no puede ser definido como desistimiento, confesión bajo determinadas condiciones o mediación exitosa). La reducción de la severidad en la práctica también depende de estas posibilidades.

Una reacción continuada en el tiempo previene mejor la progresiva erosión de la norma, estabilizándola a pesar de la infracción, que una severidad ocasional basada en criterios casuales o arbitrarios. Los estudios empíricos vienen demostrando que los efectos preventivos de la pena en la población no dependen tanto de la dureza de la misma, sino de que comunique con suficiente energía la desaprobación del hecho⁵⁵. Un exceso de energía coactiva también tiene costes desde la perspecti-

⁵⁴ Recientemente FRISCH, W., GA 2019, pp. 546 ss. ROBLES PLANAS, R., *LH Luzón Peña*, p. 389, en referencia a las posiciones de Jakobs, Frisch y la mía propia, señala con respecto a la necesidad de imposición de la pena como, mientras para algunos autores la finalidad se limita a confirmar la seriedad de la prohibición penal, «para otros, en cambio, la imposición de pena persigue, además de confirmar la norma, sobre todo evitar la erosión que sufriría en caso de que no se reaccionara, postura esta que resulta más rica que la anterior y por ello preferible».

⁵⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena*, pp. 270 ss., con ulteriores referencias.

va de la prevención general, siempre que ésta no sea concebida en sentido intimidatorio para potenciales delincuentes, sino como comunicación dirigida a la generalidad de los ciudadanos. Acrecienta la entropía social tanto como la impunidad.

Existen una serie de experimentos de los que se puede deducir que un entorno ordenado fomenta el sentido de la responsabilidad y el comportamiento correcto⁵⁶, más condicionado por el cumplimiento generalizado que por la disuasión individual. El mantenimiento constante del orden jurídico facilita el cumplimiento normativo más que la coacción. Incluso en situaciones en las que surge una oportunidad favorable al delito, el cumplimiento depende del entorno normativo, sobre todo cuanto más nos alejamos de normas que tengan un fuerte respaldo ético o moral. Por mencionar uno de los experimentos a los que hago referencia⁵⁷, se colocó atascado en la boca de un buzón de correos un sobre mal cerrado, pero con el destinatario bien indicado, del cual sobresalía el extremo de un billete de cinco euros. Cuando el buzón y su entorno estaban impecables predominaron las conductas cívicas (cerrar el sobre y empujarlo al fondo del buzón), pero cuando estaban sucios (pintadas, suelo lleno de papeles y desechos) predominó la conducta de llevarse el dinero. En ambos casos la severidad de la pena era la misma.

⁵⁶ TOBEÑA, A., *Neurología de la maldad*, Ed. Plataforma Editorial, 2017, pp. 27 ss.; PINKER, S., *Los ángeles que llevamos dentro*, Ed. Paidós, 2012, pp. 181 s., ambos con ulteriores referencias a los diversos experimentos.

⁵⁷ KEIZER, K./LINDENBERG, S./STEG, L., «The Spreading of disorder», *Science*, vol. 322 (2008), pp. 1681 ss.

LUIS ARROYO Y LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DEFENSE SOCIALE

LUIGI FOFFANI
Universidad de Módena y Reggio Emilia

I. Luis Arroyo Rector y Presidente de la Société

Todos los penalistas de mi generación que hayan tenido el privilegio de compartir amistad con *Luis Arroyo* a lo largo de los años, han conocido dos fases de la vida académica de Luis: el Luis Arroyo Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha y el Luis Arroyo Presidente de la *Société Internationale de Defense Sociale (SIDS)*.

El Luis Arroyo Rector de la UCLM ha marcado una época de la historia universitaria y cultural de España en los años mejores y más optimistas de un país que salía de 40 años de dictadura y se abría a Europa con una clase dirigente joven y progresista, que transmitía casi un sentimiento de envidia a quienes –como en Italia– estábamos acostumbrados más bien a un clima conservador y a una «gerontocracia» académica y política. El Luis Arroyo Rector era un símbolo brillante y atractivo de esta nueva España académica, con su entusiasmo, generosidad y fantasía, que organizaba en sus cuatro campus (Ciudad Real, Toledo, Albacete y Cuenca) congresos e iniciativas con penalistas de todo el mundo y que daba a conocer una Universidad joven (prácticamente fundada por él), que sin embargo parecía tener siglos de historia, por la importancia rápidamente adquirida a nivel internacional y por la belleza de sus edificios históricos. La memoria va a los congresos solemnes, como aquel que se organizó en Toledo en 1992 en ocasión del Doctorado *honoris causa* al maestro *Klaus Tiedemann*¹ (amigo histórico de Luís y cuya biblioteca de Freiburg finalmente se trasladará al Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de Ciudad Real), como a los semina-

¹ *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, BOE, 1995.

rios que se tenían en un clima familiar y amistoso en la finca Galiana. Quizá el momento más alto de esta parábola histórica ha sido el congreso de Toledo de 2000, en el cual se reunieron penalistas españoles, alemanes e italianos a discutir sobre la Escuela de Frankfurt de *Winfried Hassemer, Wolfgang Naucke y Klaus Lüderssen*²: un congreso de portada histórica y que ha marcado simbólicamente el cambio de siglo en el debate penalístico internacional.

Al Luis Arroyo Rector le ha dado el relevo –en una ideal estafeta– el Luis Arroyo Presidente de la *Société Internationale de Défense Sociale*: un papel internacional en el que ha revitalizado una vieja institución, siguiendo en la tradición de los grandes congresos científicos internacionales y dando testimonio –en los *Cahiers de Défense Sociale*– de la evolución del pensamiento penal en el mundo.

II. La *Société Internationale de Defense Sociale*: origen y desarrollo

La *Société Internationale de Defense Sociale* es la más joven de las cuatro sociedades científicas internacionales del sector penal: la SIDS se creó en 1949, hace más de 70 años, «a iniciativa de Filippo Gramatica y Marc Ancel, con el propósito de ocuparse especialmente de los problemas de las causas del delito, de la prevención y de la resocialización del condenado»³. Eran los años de la inmediata posguerra, seguidos a los juicios de Nuremberg y caracterizados por la creación de nuevas grandes instituciones internacionales, como el Consejo de Europa, la OTAN, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, etc.; años de reconstrucción material y moral y también de búsqueda de una nueva aproximación al problema penal⁴.

² L. Arroyo Zapatero/A Nieto Martín/U. Neumann (ed.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, ed. UCLM, 2003. Las actas del congreso de Toledo fueron también publicadas en Italia: L. Stortoni/L. Foffani (ed.), *Crítica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, Giuffrè, 2004.

³ L. ARROYO ZAPATERO, «Laudatio a Mario Pisani», en L. ARROYO ZAPATERO, *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Cuenca, ed. UCLM, 2021, p. 461.

⁴ Sobre «el espíritu de aquel tiempo, tras la Segunda Guerra Mundial, en el que se creía que todo debería y podría hacerse de modo nuevo, incluido el enfoque y tratamiento de la cuestión criminal», cfr. L. ARROYO ZAPATERO, «El espíritu de los tiempos: sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social. 1949-2009», en *Cahiers de Défense Sociale*, 2009/2010, pp. 11 ss., en *Revista Penal*, 25 (2010), pp. 230 ss., y en L. ARROYO ZAPATERO, *Política criminal humanista*, cit. (nota 3), pp. 75 ss.

«El nombre de “Defensa Social” dio lugar desde sus orígenes a controversia. Recordaba demasiado a la defensa social del positivismo de entre siglos. Marc Ancel la rebautizó primero como “Nueva Defensa Social” y más tarde se le dio al título una segunda parte que resulta muy ilustrativa: “por una política criminal humanista”»⁵.

II.a *La SIDS en la posguerra: los primeros VII Congresos (1947-1966)*

La historia de la *Société* se identifica en buena medida con la historia de sus congresos⁶, a partir del I Congreso de Defensa Social de Sanremo (1947), antecedente a la fundación de la *Société* y que de hecho abrió el camino a la misma. El congreso fue organizado por el *Centro internazionale di studi di difesa sociale*, precursor de la *Société*, y tuvo como objeto el verdadero manifiesto del movimiento de defensa social («Pour la transformation des actuels système pénaux et pénitentiaire en système d'éducation et de traitement en rapport avec la personnalité individuelle des délinquants»)⁷.

El II Congreso tuvo lugar en Lieja en 1949 y abordó el tema de «La personnalité humaine du point de vue des droits de la société dans ses rapports avec les droits de l'homme». El congreso actuó como una «incubadora» para la *Société* después de su nacimiento, que fue documentado en las actas del congreso⁸.

El III Congreso –el primero organizado por la recién nacida *Société*– se realizó en Amberes en 1954 y fue dedicado a la cuestión de «*L'individualisation de la sentence et de l'exécution (observation et resocialisation)*»⁹. El IV Congreso tuvo lugar en Milán en 1956 y trató de «*La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne humaine*»¹⁰. El V Congreso fue organizado en Estocolmo dos años más tarde (1958) y abordó el tema de «*L'intervention administrative ou judiciaire en matière d'enfance et d'adolescence socialement inadaptées*»¹¹.

⁵ L. ARROYO ZAPATERO, *Laudatio*, cit. (nota 3), p. 461-462.

⁶ Cfr. M. PISANI, «Les sept premiers Congrès de défense sociale», en *Cahiers de Défense Sociale*, 1973, pp. 25 ss. Sobre los siguientes congresos cfr. L. FOFFANI, «Trente ans de Congrès sur la Défense Sociale (de Paris 1971 a Lisbonne 2002)», en *Cahiers de Défense Sociale*, 2003, pp. 299 ss.

⁷ Cfr. *Rivista di difesa sociale*, 1947, pp. 3 ss.

⁸ Cfr. *Rivista di difesa sociale*, 1950, pp. 3 ss.

⁹ Cfr. *Actes du III Congrès international de défense sociale*, 1955.

¹⁰ Cfr. *Atti del Congresso internazionale sulla prevenzione dei reati contro la vita umana e l'incolunità individuale*, vol. I, 1957.

¹¹ Cfr. *Actes du V Congrès international de défense sociale (Stockholm, 25-30 aout 1958)*, 1963.

El VI Congreso (Belgrado, 1961) fue se ocupó del siguiente interrogante: «Dans quelle mesure se justifient des différences dans le statut légal et le traitement des mineurs, des jeunes adultes et des délinquants?»¹². El VII Congreso (Lecce, 1966), se dedicó al tema más específico de «Les interdictions professionnelles»¹³.

II.b El VIII Congreso (París 1971)

Organizado por la *Société*, con la participación del *Centre français de droit comparé* y del *Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale* de Milán, el VIII Congreso internacional de defensa social tuvo lugar en París desde el 18 hasta el 22 de septiembre de 1971, sobre el tema: «*Les techniques de l'individualisation judiciaire*»¹⁴.

El tema abordaba los instrumentos técnicos para la realización de una autentica individualización judicial en el procedimiento penal, en el sentido más amplio que le atribuye la Defensa Social: es decir, desde la realización de la conducta antisocial hasta el cumplimiento de las medidas de ejecución¹⁵.

Según la tradicional aproximación multidisciplinaria a los problemas de la criminalidad y del tratamiento de los delincuentes, también este VIII Congreso dividió en cuatro sesiones: criminológica, medico-biológica, jurídica (con ponencias de P. Nuvolone y G. D. Pisapia) y penitenciaria. En la relación de síntesis de G. Levasseur se afirma que «pour appliquer au délinquant une véritable politique de “défense sociale”, il est nécessaire d'établir non seulement les conditions dans lesquelles le délit a été commis, mais surtout la personnalité du délinquant et la possibilité de sa réinsertion dans la vie sociale, en tenant compte de ses ressources morales et psychique»¹⁶.

Objetivo declarado del Congreso era la búsqueda de técnicas (médicas, sociales, criminológicas y jurídicas) para aplicar al delincuente el tratamiento de «récupération sociale» más adecuado, en el respeto del principio de legalidad y de la dignidad de la persona.

Pero en el Congreso de París se manifestaron sentimientos de desencanto y decepción, derivados de la constatación de un aumento de la

¹² Cfr. *Actes du VI Congrès international de défense sociale (Belgrade-Opatija 22-28 mai 1961)*, 1962.

¹³ Cfr. *Les interdictions professionnelles et les interdictions d'exercer certains activités*, Paris, Cujas, 1969.

¹⁴ Cfr. *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, Actes du VIII^e Congrès international de défense sociale (Paris, 18-22 novembre 1971), Milán, 1976.

¹⁵ M. ANCEL, *Séance d'ouverture*, in *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, cit., p. 89.

¹⁶ *Thème du Congrès et Commentaire*, in *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, cit., p. 68.

criminalidad aún frente a la adopción en algunos ordenamientos de reformas jurídicas y sociales inspiradas en la doctrina de la Defensa Social (crisis del «mito del personalismo»)¹⁷. Los grandes cambios políticos y sociales de aquellos años (el Congreso tuvo lugar en París 3 años después de los acontecimientos de mayo de 1968) indujeron preguntas básicas sobre los principios de la Defensa Social: la legitimidad de la individualización judicial en la búsqueda de la reinserción social del delincuente (¿reinserción social en qué sociedad y respeto a qué modelo de sociedad?); la posibilidad científica de una individualización realizada gracias al conocimiento de la personalidad del delincuente; y también la admisibilidad de las técnicas de evaluación de la personalidad y de individualización judicial, frente a los principios de legalidad y de presunción de inocencia¹⁸.

Aun en la ausencia de una resolución final, el espíritu crítico que reinó durante el Congreso queda bien reflejado en las siguientes palabras de M. Ancel: «la Défense sociale consiste d'abord dans une réflexion critique sur ce qui existe et dans une prise de position réfléchie et résolve sur ce qui doit exister»; esto hace de la Défense sociale «une œuvre continue qui doit toujours être reprise, une œuvre qui demande sans cesse à être repensée, à être relancée pour atteindre des buts nouveaux, une œuvre obstinément poursuivie, une œuvre difficile, mais aussi, ce congrès même nous l'a finalement démontré, une œuvre chargée d'espoir et de confiance»¹⁹.

II.c El IX Congreso (Caracas 1976)

Con el IX Congreso Internacional de Defensa Social la *Société* llegó por primera vez a Latinoamérica: el Congreso tuvo lugar en Caracas de 3 a 7 de agosto de 1976, y abordó el tema «*Marginalité Sociale et Justice*»²⁰. Este Congreso, por la cantidad y calidad de las varias intervenciones (con ponentes de 52 países diferentes), marcó una etapa muy significativa en la historia y evolución de la *Société*. Además el tema abordado resultaba especialmente actual para la realidad de los países de la América central y del sur.

¹⁷ G. LEVASSEUR, «Rapport de synthèse», in *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, cit., p. 253.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 254 ss.

¹⁹ M. ANCEL, «Séance de cloture», in *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, cit., p. 279.

²⁰ Cfr. *Marginalité sociale et justice*, Actes du IX^e Congrès international de Défense sociale (Caracas, 3-7 août 1976), Milano, 1980.

El tema «Marginalité et justice» se conectaba con la idea que la Defensa Social tiene que realizarse no solo con un movimiento del delincuente hacia la sociedad, sino también con un movimiento inverso que implique una abertura de la sociedad hacia quien delinque. Por esta razón es necesario analizar el proceso de marginalización y las raíces sociales de la delincuencia, con la finalidad de elaborar un programa que prevea, por un lado, la tolerancia de este fenómeno (o sea la adaptación de la sociedad al delincuente) y por otro lado su recuperación social (o sea la adaptación del delincuente a la sociedad).

Entre las opiniones más significativas del Congreso hay que subrayar la afirmación de que la Defensa Social no puede ser asimilada a una imposición autoritaria y paternalista: no se trata –como afirmó M. Ancel, «*de protéger l'ordre établi ni de remodeler la personne de façon autoritaire [...] mais de construire une société adaptée à l'homme, tout autant qu'une adaptation de l'homme à la société*».

El análisis de las causas de la marginalidad y de la relación entre marginalidad y delincuencia requiere tomar en cuenta los modelos de sociedad, así como de elaborar una nueva política de la defensa social. El respeto de la persona y el reconocimiento de su «derecho de ser diferente» permaneciendo igual a los demás fue una idea clave de este Congreso, en el marco de un programa que intenta reintegrar los marginales en la comunidad respetando a su identidad. Se trata de elaborar una política criminal que tienda tanto a proteger la sociedad frente a los criminales, cuanto a proteger los miembros de la sociedad frente al riesgo de convertirse en criminales, a través de una resocialización fundada sobre una pedagogía de la responsabilidad y de la libertad²¹.

II.d El X Congreso (Tesalónica 1981)

El X Congreso de la *Société* tuvo lugar en Tesalónica en 1981 y abordó –como siempre desde una perspectiva pluridisciplinar (criminología, sociológica y jurídica)– el tema «*La ville et la criminalité*»²². En las diferentes secciones se analizaron las relaciones entre urbanización, marginalidad y criminalidad, constatando como los porcentajes de criminalidad en las grandes ciudades son mucho más elevados que en las

²¹ Cfr. el «Compte rendu» de Juan MARTÍN ECHEVERRÍA, in *Cahiers de defense social*, 1977, pp. 24-25.

²² Cfr. *La ville et la criminalité*, Actes du X^e Congrès international de Défense sociale (Thesalonique, 28 septembre-2 octobre 1981), Milano, 1983.

zonas rurales. Se analizó también la influencia de la urbanización en la legislación penal, indicando las medidas legislativas que pueden contribuir a la mejora del control social urbano. Se ha afirmado unánimemente el carácter criminógeno de las grandes aglomeraciones urbanas: el mismo ambiente urbano y metropolitano que puede ser favorable para un número restringido de ciudadanos puede representar para inmigrantes, parados y marginales un empuje hacia comportamientos criminales. En la relación de síntesis de G. D. Pisapia se subraya la necesidad de un análisis diferenciado de las diferentes formas de criminalidad y de los instrumentos de reacción para elaborar indicaciones sociológicas, criminológicas y político-criminales adecuadas.

II.e *El XI Congreso (Buenos Aires 1986)*

El XI Congreso Internacional de Defensa Social fue realizado en Buenos Aires entre el 27 de octubre y el 1 de noviembre de 1986 sobre el tema «L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale»²³.

La cuestión fundamental del Congreso fue la individuación del posible papel del movimiento de defensa social frente a las transformaciones de la sociedad mundial, a los fenómenos de internacionalización de la economía, a los mutamientos sociales a nivel regional y frente a las nuevas formas internacionales y transnacionales de la criminalidad.

Como afirmó Marc Ancel, la Défense sociale «s'efforce sans cesse de jeter un regard nouveau sur les choses nouvelles (...), mouvement inséparable de l'évolution du monde, c'est à dire des choses, des personnes, de leurs besoins et de leurs désirs».

En las ponencias finales de M.^{me} Rozes y de A. Beria d'Argentine se subrayan algunas de las conclusiones del Congreso: a) la nueva criminología no puede provocar una tendencia excesivamente represiva; b) la Defensa Social podrá contribuir para orientar a los Estados hacia la adopción de soluciones respetuosas con los derechos de las personas, mirando con favor a medidas alternativas a la detención; c) en relación a la cooperación internacional la Defensa Social podrá contribuir a la individuación de más flexibilidad.

²³ Cfr. *L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale – dimensions criminologiques, aspects socio-économiques, pratiques juridiques*, Actes du XI Congrès international de défense sociale (Buenos Aires, 27 octobre-1 novembre 1986), Buenos Aires, 1988.

II.f El XII Congreso (París 1991)

El XII Congreso de la *Société Internationale de Defense Sociale* –el primero después del fallecimiento de Marc Ancel, a cuya memoria fue dedicado el volumen de las actas²⁴– abordó desde una perspectiva multidisciplinaria un tema especialmente complejo y actual: la protección del medio ambiente y de los derechos fundamentales, siguiendo una intuición fundamental de Marc Ancel sobre la conexión entre defensa social y derechos humanos.

En la sección del Congreso dedicada a la regulación del medio ambiente se puso de manifiesto que el Derecho penal no representa el único instrumento para la protección de este bien jurídico y se subrayó la importancia del Derecho administrativo y de la relación entre este último y el Derecho penal. También se prestó una especial atención a la necesaria responsabilidad de la persona jurídica, además de la persona física.

En la sección dedicada a la política criminal, se evidenció la importancia (también en un plano simbólico) de las previsiones constitucionales e internacionales que reconozcan el medio ambiente como un bien jurídico objeto de un derecho fundamental. Sobre esta bases se recomendó elaborar un sistema de protección diferenciado y en diferentes niveles: nacional, transnacional, regional y global. Entre el Derecho penal y administrativo se tiene que establecer un sistema de integración recíproca en el que el Derecho penal tendrá que asegurar la eficacia de las disposiciones administrativas. Según las conclusiones formuladas por M. Delmas-Marty este tema se caracteriza por la complejidad de los fenómenos considerados y por la variedad de las posibles respuestas²⁵.

II.g El XIII Congreso (Lecce 1996)

Con el XIII Congreso Internacional de Defensa Social se volvió a Italia, por segunda vez en Lecce (como hace 30 años), donde se celebró entre el 28 y el 30 de noviembre de 1996 el encuentro dedicado a «Dé-

²⁴ *Défense sociale, protection de l'environnement et droits fondamentaux*, Actes du XII^e Congrès international de défense sociale (Paris, 8-12 octobre 1991), Milano, 1993.

²⁵ Cfr. M. DELMAS MARTY, «Considérations finales», in *Défense sociale, protection de l'environnement et droits fondamentaux*, cit., p. 59.

fense sociale, corruption, protection de l'administration publique et indépendance de la Justice»²⁶.

Después de la encuestas judiciales de los inicios de los años 90 –que en muchos países, como especialmente en Italia (donde expresiones como «Tangentopoli» y «Manos limpias» comparecían cotidianamente en los medios de comunicaciones), provocaron consecuencias sobre el intero sistema político-institucional– se registraba una renovada sensibilidad de la opinión pública frente a la disfusión de fenómenos de corrupción en la acción política, administrativa y económica. La dimensión sistémica e internacional de la corrupción moderna impuso la necesidad de profundizar en el tema bajo diferentes perspectivas: una perspectiva económica, una perspectiva nacional (con referencia especialmente a España, Italia, Francia y Japón) y una perspectiva jurídica (penal, administrativa y civil). En cuanto a las medidas penales y extrapenales, se ha afirmado por un lado la perdurante necesidad del instrumento penal y por otro lado la oportunidad de constituir nuevas agencias y autoridades para una equilibrada estrategia de lucha contra la corrupción, subrayando la importancia de la prevención a nivel administrativo y de las garantías de la independencia del poder judicial.

La dimensión mundial de los fenómenos de corrupción –y la consiguiente necesidad de elaborar una estrategia global– han inducido a concentrar la atención hacia la búsqueda de los instrumentos internacionales y judiciales más adecuados, con especial referencia a la cooperación judicial internacional. En conclusión se han formulado diez recomendaciones específicas relativas al fenómeno de las sociedades «*off-shore*», consideradas como instrumento privilegiado de corrupción y blanqueo de capitales; reafirmando por parte del coordinador científico de las jornadas (P. Bernasconi) las «tres brújulas metodológicas» de la *Société de Défense sociale*: es decir «el método interdisciplinar, el método internacionalista o comparado y el método crítico».

II.h El XIV Congreso (Lisboa 2002)

El primer Congreso del nuevo milenio (el XIV Congreso internacional de defensa social) –cuya celebración estaba prevista para noviembre de 2001 en las Azores– tuvo lugar, después de los trágicos acontecimientos

²⁶ Las actas del Congreso fueron publicadas en inglés: P. Bernasconi (ed.), *Responding to corruption. Social Defence, corruption, and the Protection of public administration and the independence of justice*, Napoli, La città del sole, 2000.

del 11 de septiembre de 2001, en Lisboa entre el 17 y el 19 de mayo de 2002, abordándose el tema: «Défense sociale et droit pénal pour la protection des générations futures, en présence des risques nouveaux»²⁷.

La finalidad general del Congreso fue el análisis del papel del Derecho penal en la protección de las generaciones futuras frente a los «nuevos» riesgos (para la vida y la salud humana, el medio-ambiente, el sistema económico, etc.); nuevos en cuanto conexos con el progreso tecnológico y/o en cuanto a las inéditas posibilidades de difusión personal, espacial y temporal. Entre los varios problemas surgidos en el Congreso, destacó la cuestión del grado de legitimidad de la técnica de protección a través de delitos de peligro y de «*délits-obstacles*»; la individuación de los bienes o intereses que hay que proteger; y finalmente las características de la intervención penal en relación a las diferentes técnicas de protección a través de los instrumentos del Derecho administrativo²⁸. Alternativas y límites, formas y objetivos del Derecho penal clásico encuentran diferentes reformulaciones, con referencia a los fenómenos evocados con los conceptos de riesgo y responsabilidad en la sociedad y economía globalizadas. También con referencia a los riesgos provocados por los crímenes de guerra o de genocidio el Congreso se proponía a examinar las posibles soluciones ofrecidas por las Cortes penales internacionales y las Comisiones de reconciliación.

Después de la introducción de J. De Figueiredo Dias, el Congreso se dividió según la tradición en cuatro sesiones: «Les problèmes posés par l'évolution de la recherche scientifique (nuisances diverses, technologie génétique et développement durable)»; «Les défis de la responsabilité pénale: nouvelles alternatives et limites, nouvelles formes et nouveaux objectifs»; «La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne»; «Courts pénales internationales et Commissions de réconciliation: réponses adaptées aux menaces de guerres, génocides ou discriminations pesant sur les générations futures».

III. La Société y Luis Arroyo: un binomio inescindible de los últimos 20 años

Después del Congreso de Lisboa, en una asamblea general extraordinaria del 6 de diciembre de 2002 en Courmayeur, Luis Arroyo fue

²⁷ Las actas del XIV Congreso han sido publicadas en los *Cahiers de Défense sociale*, 2002, pp. 9 ss.

²⁸ «Commentaire du thème du Congrès», en *Cahiers de défense sociale*, 2002, pp. 23 s.

elegido Presidente de la *Société Internationale de Defense Sociale*. En su programa sobre «La esencia cultural de la SIDS»²⁹, pronunciado en Milán el 4 de diciembre del mismo año, Luis Arroyo esbozó los orígenes y las nuevas tareas de la *Société*. «Si hubiera que elegir un solo adjetivo para designar la aportación de nuestra Sociedad Internacional de Defensa Social a la evolución moderna del Derecho y la Ciencia penal yo creo poder afirmar que la Sociedad ha sido la Sociedad de la resocialización. La idea de la resocialización, tras la elaboración conceptual a partir del positivismo, representado sobre todo en la primera fase por Filippo Gramatica, ha sido situada entre criminología y Derecho positivo por Marc Ancel en los años 60 y con la compañía y ayuda de la singular personalidad de Pietro Nuvolone, asentada firmemente en el marco de las garantías del Estado de Derecho»³⁰. Si todas las grandes asociaciones científicas internacionales del sector penal derivan todas de esta misma raíz cultural e ideal, la SIDS es –frente a las otras– «la sociedad científica integradora de métodos y de objetos, [...] la organización más expresiva del Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho»³¹.

A partir de esta raíz histórica el programa de Luis Arroyo analiza los nuevos fenómenos sociales y políticos de relevancia penal. «Es bien cierto que la superación de la política de bloques ha abierto [...] posibilidades y caminos increíbles hace muy poco tiempo para una Política criminal humanista y democrática». Por otro lado, «los acontecimientos del 11 de septiembre han dado renovado impulso a tendencias conservadoras en Política criminal en el país más poderoso del mundo, en los Estados Unidos». Y finalmente Luis Arroyo subraya todos los problemas penales derivados de la globalización económica, como el tráfico de seres humanos, las formas modernas de esclavitud y el problema del multiculturalismo. «Tres nuevos fenómenos fruto de la globalización y de su dimensión positiva para los Derechos humanos merecen ser enunciados: la creación de la Corte Penal Internacional, [...] la regionalización de la Justicia penal en el espacio de la Unión Europea [...] la ampliación del Consejo de Europa de Reykjavik a Vladivostok»³².

«De la relación de los nuevos fenómenos sociales y jurídico-penales [...] se puede extraer la relación de nuevas tareas que debe abordar el movimiento de Defensa Social para seguir impulsando nuestra polí-

²⁹ L. ARROYO ZAPATERO, «Programa del nuevo Presidente: “La esencia cultural de la SIDS”», en *Cahiers de défense sociale*, 2003, pp. 39 ss.

³⁰ L. ARROYO ZAPATERO, *op. ult. cit.*, p. 39.

³¹ L. ARROYO ZAPATERO, *op. ult. cit.*, p. 40.

³² L. ARROYO ZAPATERO, *op. ult. cit.*, p. 42.

tica criminal humanista», tanto en términos de análisis de los nuevos fenómenos criminales de nuestro tiempo, cuanto en términos de asesoramiento de las instituciones de la política criminal y de la justicia penal supranacional³³.

III.a El XV Congreso (Toledo 2007)

El nuevo programa ha inspirado todas las siguientes iniciativas de la *Société*, a partir de la organización del XV Congreso Internacional de Defensa Social, que tuvo lugar en Toledo entre el 20 y 22 de septiembre de 2007. «El Derecho penal entre la guerra y la paz»³⁴: este fue el título general de un Congreso en el que casi 200 expertos de 15 nacionalidades distintas aportaron contribuciones científicas para lograr un marco global de Derecho penal aplicable a las intervenciones militares en el exterior, en la búsqueda de «una justicia penal militar más modernizada»³⁵.

El Congreso elaboró diez conclusiones³⁶, que se pueden resumir en estos términos:

- 1) «Los derechos humanos deben ser respetados en cualquier situación de conflicto armado», asegurando «su aplicación extraterritorial en las intervenciones realizadas en terceros países, mediante un control efectivo por parte de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos», incluyendo también las «misiones dirigidas por organizaciones internacionales».
- 2) «La colaboración penal o policial con un sistema penal que no garantice el respeto de los derechos humanos debe considerarse una violación de los derechos humanos».
- 3) Necesidad de una definición más amplia del «crimen de agresión».

³³ L. ARROYO ZAPATERO, *op. ult. cit.*, pp. 42-43.

³⁴ Cfr. S. Manacorda/A. Nieto Martín (ed.), *El Derecho penal entre la guerra y la paz/Criminal Law between War and Peace: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, Cuenca, ed. UCLM, 2009.

³⁵ Cfr. *Cahiers de défense sociale*, 2007/2008, p. 50. Entre las varias ponencias destaca la de M. DELMAS-MARTY, «Le droit pénal comme éthique de la mondialisation», en *Cahiers de défense sociale*, 2007/2008, p. 33.

³⁶ Cfr. *Cahiers de défense sociale*, 2007/2008, pp. 47-49.

- 4) «Los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado deben extenderse a las conductas similares realizadas en misiones de paz y de guerra contra el terrorismo».
- 5) Necesidad de una convención internacional sobre la «responsabilidad penal de los miembros de Naciones Unidas» o de contingentes nacionales por «delitos cometidos en misiones de mantenimiento de la paz».
- 6) Necesidad de «castigar el fraude y la corrupción realizada por empresas que obtienen contratos para el suministro de armas» o para «obras públicas en zonas de conflictos».
- 7) Necesidad de garantizar a la jurisdicción militar «un grado de independencia idéntico a la jurisdicción civil» y de asegurar al proceso penal militar «los principios del proceso justo».
- 8) «Los delitos cometidos por militares o civiles integrantes de una misión de paz en el Estado de acogida deberían juzgarse por tribunales mixtos compuesto por jueces del Estado de acogida y del Estado que envía las tropas».
- 9) Necesidad de un control parlamentario y judicial sobre las reglas de enfrentamiento (ROE).
- 10) Necesidad de fomentar la autorregulación: «Las empresas y ONG que participan en misiones de mantenimiento de la paz deben confeccionar sistemas de autorregulación específicos (*compliance programs*) a fin de respetar los derechos humanos y laborales y prevenir el fraude y la corrupción».

III.b *El XVI Congreso (Ciudad de México 2012)*

Con el XVI Congreso la *Société* volvió a América Latina: se trató del Congreso sobre «*Política criminal internacional en la era de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas*», organizado en México D. F. por la SIDS y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) entre el 21 y 23 de noviembre de 2012. «El Congreso, que reunió a más de 40 expertos de diversos países del mundo [...] se destacó por la riqueza y profundidad en el análisis y la discusión sobre la evolución de la política criminal internacional, su estado actual y los desafíos globales del futuro. Dentro de los temas político-criminales que se enfrentaron se pueden mencionar, entre otros: la prevención del delito; derechos humanos y la delincuencia organizada; el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas y su competencia penal; los delitos

internacionales e internacionalización de su persecución y enjuiciamiento; el *Cybercrime* como ejemplo de la armonización internacional; los elementos para una reflexión sobre el tratamiento penal del tráfico y el consumo de drogas; algunos aspectos penales de la crisis financiera internacional; la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la prevención de los delitos económicos»³⁷.

IV. El futuro de la *Société* en el nuevo siglo de la globalización. El discurso de Papa Francisco y agradecimiento a Luis Arroyo

La intensa actividad de la *Société Internationale de Défense Sociale* en el último medio siglo nos permite hoy reflexionar retrospectivamente sobre la filosofía general del movimiento que se reúne bajo la etiqueta de «*Défense sociale*». El análisis de los temas de los últimos congresos parece indicar una significativa evolución: desde la centralidad de los problemas relativos al *autor* de los comportamientos criminales (y más genéricamente de delincuencia) y de su relación con la sociedad se ha pasado a concentrar la atención sobre las *conductas* criminales que caracterizan la evolución de la sociedad y su creciente globalización. La internacionalización de los mercados y de las actividades económicas, las instancias de gobiernos supranacionales de los procesos económicos y sociales, la emersión de nuevas formas de criminalidad y de nuevos bienes jurídicos que necesitan protección penal, han llevado inevitablemente a modificar (cuanto menos tendencialmente) el objeto del análisis desde los autores hacia las conductas del Derecho penal.

Desde la tradicional atención sobre la persona que delinque y la búsqueda individualizada de las medidas más adecuadas para su reinserción en la sociedad, se ha pasado a estudiar con creciente intensidad los fenómenos de macro-criminalidad que caracterizan el mundo contemporáneo, exigiendo a la defensa social la elaboración de nuevos y más refinados instrumentos de intervención jurídica, inspirados cada día más por estrategias político-criminales de nivel supranacional.

El pronóstico para el próximo futuro –en esta época de intensa renovación organizativa y generacional de la *Société Internationale de Défense Sociale*– es probablemente la búsqueda constante de una síntesis entre la originaria inspiración personalístico-resocializadora, que marca

³⁷ Cfr. *Cahiers de défense sociale*, 2013, p. 136.

la razón de ser más profunda de la *Société*, y la dimensión (que podría convertirse en despersonalizante) de los problemas de la globalización, en un constante y renovado compromiso –que afecta tanto a los académicos teóricos cuantos a los operadores prácticos del Derecho y a las autoridades públicas (nacionales y supranacionales)– «pour une politique criminelle humaniste»³⁸.

Los principios rectores de una política criminal humanista para el siglo XXI los podemos encontrar enunciados de una forma admirable también en el histórico discurso que Papa Francisco pronunció en Roma en el 2014 delante de una delegación de representantes de las cuatro grandes asociaciones internacionales del sector penal³⁹: el rechazo de la venganza y del populismo penal, la crítica de los «sistemas penales fuera de control», la enunciación del «principio guía de la *cautela in poenam*», la afirmación del «primado de la vida y la dignidad de la persona humana» («*Primatus principii pro homine*») –comprensivo de una crítica radical de la pena de muerte– la atención hacia «las condiciones de la prisión, los presos sin condena y los condenados sin juicio», el rechazo de la tortura y de «otras medidas y penas crueles, inhumanas y degradantes», así como de la «aplicación de las sanciones penales a niños y ancianos y respecto a otras personas especialmente vulnerables»; y por otro lado la denuncia de «algunas formas de criminalidad que menoscaban gravemente la dignidad de la persona y el bien común», como la trata de personas y la corrupción.

«La cautela en la aplicación de la pena debe ser el principio que rijan los sistemas penales, y la plena vigencia y operatividad del principio *pro homine* debe garantizar que los Estados no sean habilitados, jurídicamente o de hecho, a subordinar el respeto de la dignidad de la persona humana a cualquier otra finalidad, incluso cuando se logre alcanzar una especie de utilidad social. El respeto de la dignidad humana no solo debe actuar como límite de la arbitrariedad y los excesos de los agentes del Estado, sino como criterio de orientación para perseguir y reprimir las conductas que representan los ataques más graves a la dignidad e integridad de la persona humana».

³⁸ Sobre la necesidad de establecer un puente entre la «esencia cultural de la *Société*» y «los nuevos fenómenos sociales y políticos de relevancia penal», cfr. L. ARROYO ZAPATERO, *Programa*, cit. (nota 29).

³⁹ *Discurso del Santo Padre Francisco a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, Salas de los Papas, Jueves 23 de octubre de 2014, en www.vatican.va. En la misma línea también el más reciente *Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Congreso mundial de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, Sala Regia, Viernes 15 de noviembre de 2019, en www.vatican.va

Si esta idea de una «política criminal humanista» se ha mantenido viva y activa –como un referente cultural e ideal y como un objetivo político concreto– en la *Société Internationale de Défense Sociale* a lo largo de los últimos 20 años, se lo debemos sin duda a la inestimable contribución de Luis Arroyo, con la organización de los grandes congresos internacionales, con los *Cahiers de Défense Sociale*, y con su incansable batalla para la abolición de la pena de muerte en el mundo⁴⁰. Las nuevas generaciones que seguirán en este camino tendrán que tener bien presente este punto de referencia.

¡Gracias querido Luis y un fuerte abrazo!

⁴⁰ Cfr. la «Declaración de SIDS-AIDP-SIC sobre la abolición universal de la pena de muerte, Doha 2015», en *Cahiers de défense sociale*, 2016, pp. 209 s. Y también, entre las muchas contribuciones de nuestro homenajeado, L. ARROYO ZAPATERO, *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; L. Arroyo Zapatero/W. Schabas/A. Nieto Martín/C. Rodríguez Yagüe (ed.), *Pena de muerte y Derechos Humanos. Hacia la abolición universal*, Cuenca, ed. UCLM, 2015.

LA PENOLOGÍA DE RETENCIÓN EN ESPAÑA HASTA LA LEY GENERAL PENITENCIARIA

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal. Universidad de Alcalá

I. El prof. Luis Arroyo Zapatero se jubila. Ya somos unos cuantos, más o menos de la misma generación, que hemos pasado a esta situación administrativa después de haber servido en nuestras cátedras a la Universidad española. Guardo con el colega de Derecho Penal y ex-Rector de Castilla-La Mancha, miembro y colega en la Comisión General de Codificación, entre otros títulos, un cariño de antaño, pues nos conocemos desde que los «submarinos», es decir los discípulos del prof. Marino Barbero Santos, procedentes de Valladolid, desembarcaron en la Facultad de Derecho de la Complutense madrileña. Yo venía de la abogacía y desempeñaba una modesta docencia con mi maestro, el prof. Enrique Gimbernat Ordeig, y la convivencia se hizo efectiva, grande y generosa y, desde entonces, la amistad lejana y entrañable. Repetíamos los versos de Blas de Otero («España camisa blanca...»), me decía que yo nunca había sido joven pues a los 22 años defendía ante el TOP y a los 31 mandé nuestras prisiones, hemos «enredado» con nuestras respectivas cátedras, me seleccionó para la publicación, de su digna dirección, acerca de los clásicos españoles sobre la pena de muerte¹, influyó para que Dirk Van Zyl Smit y Sonja Snaken me dedicaran su importante libro sobre la política penitenciaria europea² y hemos escrito juntos contra la prisión perpetua revisable³, entre otras iniciativas. Por eso, ahora que escribo menos y tengo dicho casi todo lo que pienso, no podía faltar mi pluma en este volumen-homenaje que

¹ ARROYO ZAPATERO, L./RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Universidad de Castilla-La Mancha. Ciudad Real, 2013, pp. 235 ss.

² VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria europea*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

³ ARROYO ZAPATERO, L./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./PÉREZ MANZANO, M., *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2016, pp. 171 ss.

sus discípulos han conformado, reuniendo a sus compañeros y amigos. Y éste es tomo, efectivamente, más que merecido.

Precisamente por respeto a Luis Arroyo voy a disertar acerca de lo que ha sido mi principal dedicación científica y, en su momento, política: el Derecho Penitenciario español, sus orígenes penológicos, su evolución legislativa y el desembocar en la Ley General Penitenciaria que hace casi cuarenta y dos años escribí, se aprobó y sigue rigiendo en el panorama normativo nacional.

II. El sistema penitenciario español, sus estructuras y fundamentos correccionales, vienen de lejos. Contemplar la evolución de nuestro Derecho carcelario, aun sucintamente, es la constatación de un conjunto de normas adelantadas a los tiempos en los que fueron promulgadas, verdadero ejemplo contemporáneo de otras muchas foráneas. Pero ello se conformará un tiempo después. La retención con anterioridad ya había configurado la clave de la penalidad nacional. Establecida aquélla como sanción penal, su evolución se concreta en el mar, la mina y el desierto. Las galeras y los promontorios costeros, la explotación de Almadén y el destino a los presidios africanos es la esencia de los castigos aplicados a los condenados no merecedores de la pena de muerte. Un utilitarismo real y una especie de equiparación al servicio militar priman en su contenido. La idea correccional, de la que monográficamente hablé en 2006⁴, devendrá con las Ordenanzas y reglamentaciones de principios y mediados del siglo XIX, el mejor tiempo, sin duda, de nuestro penitenciarismo histórico.

Las dos primeras clases de confinamiento (galeras y minas) no se concretan en un establecimiento penitenciario, cuyas distintas modalidades vendrán luego. Son encierros en lugares oclusos y determinados, pero sin la ordenación regimental de un centro carcelario ni un atisbo de tratamiento corrector. Simplemente se cumplían los castigos legales y se explotaba a este respecto a los condenados. La mar mediterránea u oceánica es el ambiente de la pena de galeras, como luego lo será de los arsenales de Marina. Ese «remar sin sueldo en los barcos del Rey», desde los Reyes Católicos⁵ y el Emperador Carlos V⁶, es el contenido de la misma⁷. De extensa e intrínseca mortalidad por su simple actividad, a

⁴ GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española*, Edisofer. Madrid, 2006.

⁵ Real Cédula de 14 de noviembre de 1502.

⁶ Pragmática de 31 de enero de 1530.

⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La pena de galeras en la España moderna», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (a partir de ahora, ADPCP), II, 1978, pp. 259 ss., y MARCHENA

sus duras condiciones se pueden unir las bajas en combate cuando tal acontece⁸.

El arsenal marineró no pierde el contacto con el mar. De hecho, sus edificaciones están en la costa y allí cumplen su misión vigilante del litoral y su naturaleza de establecimientos castrenses. Los reos se integrarán en los pelotones militares y desempeñarán parejas misiones, en especial el bombeo y achique del agua, el baldeo de los buques y de las estancias o el pilotaje de las gabarras de cabotaje. Mas el mar sigue siendo el ámbito de los condenados, bien surcándolo o protegiéndolo. Galeras será también el nombre de las cárceles de mujeres desde el siglo xvii, terminología que se mantiene tres siglos⁹. Su denominación está precisamente tomada de la dureza de la originaria penalidad de hombres. Su dependencia funcional queda en manos de la Orden religiosa de las Hermanas de la Caridad. Los barcos, los arsenales, las minas y, después, los presidios de África y de obras públicas, no quieren mujeres.

La explotación prerromana de cinabrio de Almadén (Ciudad Real) se convierte en pena en nuestro Derecho¹⁰. Tres establecimientos componían el conjunto y aún se pueden vislumbrar en la localidad manchega: la Real Cárcel de Esclavos y forzados¹¹, la mina propiamente dicha y el Hospital de mineros. Las dos primeras configuraban el castigo. De

JIMÉNEZ, J. M., «La vida y los hombres de las galeras de España (siglos xvi-xvii)», Tesis Doctoral, Facultad de Geografía e Historia. UCM, 2010.

⁸ MOLLA, L., *El señor de los mares. Álvaro de Bazán, el almirante jamás derrotado*, Almuzara, Córdoba 2020, p. 62, cifra en cinco o seis años la supervivencia de un condenado a galeras, lo que incluso me parece un periodo de tiempo muy generoso. Lamentablemente, en otro reciente libro, el autor guatemalteco AGUILAR-CHANG, V., *Galeras de guerra. Historia de los grandes combates navales (480 a. C.-1571 d. C.)*, Almuzara, Córdoba, 2020, no contempla con detalle la tripulación formada por galeotes; muy de pasada, en la p. 157 señala que «en la mayoría de las galeras del Mediterráneo se usaban prisioneros, reos o esclavos (dependiendo de la nacionalidad)» y, por ejemplo, en la p. 160 añade, referido a las galeras de mando y a la composición de las *ciurmas* o conjunto de remeros: «estaban integradas por prisioneros de guerra, convictos o esclavos». Por su parte, en su gran libro, el prof. MARTÍNEZ RUIZ, E., «Felipe II. Hombre, Rey, Mito», *La esfera de los libros*, Madrid, 2020, p. 362, señala que «los forzados –esclavos o condenados– siempre estaban encadenados al banco desde el que remaban, por lo que si la nave se hundía, se iban al fondo con ella»; más adelante (p. 403) señala: «... tenía Felipe II sus reservas respecto a la pena de galeras, a la que ordenó condenar en determinados delitos y no mantener en ellas a los penados más tiempo del que estipulaba su condena».

⁹ MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las Cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Edisofer, Madrid, 2002.

¹⁰ PRIOR CABANILLAS, J. A., *La pena de minas: los forzados de Almadén, 1646-1699*, Ciudad Real, 2007. En nuestra literatura clásica, Mateo Alemán, nombrado visitador de Almadén en 1593, dio a conocer una relación durísima sobre los penados en las minas, Vid. BLEIBERG, G., «El informe secreto de Mateo Alemán sobre el trabajo forzado en las minas de Almadén», en *Estudios de Historia Social*, núm. 2-3, julio-diciembre, 1977, pp. 357 ss.

¹¹ SALILLAS, R., «La Cárcel Real de esclavos y forzados de las minas de Almadén y las características legales de la penalidad utilitaria», en *Asociación Española para el Progreso de las Ciencias, Congreso de Madrid*, IV, Imprenta Alemana, Madrid, 1914, pp. 31 ss.

la prisión únicamente restan las celdas en el subsuelo de la Escuela de Minas, las mismas que pueden atisbarse en el impresionante centro sanitario, a los trabajadores libres destinado, pero con separada estancia carcelaria para los condenados¹². El laboreo en minas es sanción que no tiene más reglamentación que el horario laboral, al igual que la Cárcel que no posee otra función que la retención nocturna de los penados que alcanzaban diariamente el trabajo por pasadizo subterráneo comunicable con el campo minero, hoy semiderruido. La extracción y depuración del azufre de sus impresionantes y profundas galerías es la tarea fundamental de Almadén y la causa irremediable de las enfermedades y de los prematuros y cuantiosos fallecimientos de los reos. Si la mar azul fue el contexto de las penas de galeras y arsenales, la tierra y sus hondos pozos negros son ahora el destino de los reclusos.

Y después de la profundidad terrenal, la superficie arenosa del desierto, enemiga y siempre peligrosa. Las prisiones africanas son el destino de los internos con pena severa por sus graves delitos, «feos y denigrativos»¹³. El presidio mayor de Ceuta, verdadera ciudad penitenciaria, se reglamenta en 1889 y los denominados establecimientos menores, siguen su ritmo y estela¹⁴. Con anterioridad, las ordenanzas para centros peninsulares estaban ya regulando y disciplinando el sistema carcelario, como veremos en breve.

A partir de aquí el sistema carcelario español se conforma con los ordenamientos penitenciarios, reglamentados y sistemáticos, que van a regir en las diversas épocas en que fueron concebidos, con irregular extensión y duración. Figurará en ellos el régimen de aglomeración¹⁵ y, especialmente, el genérico principio de humanidad, del que ha hablado la autoridad del prof. Sanz Delgado¹⁶, atendiendo a los reclusos como personas que no han perdido su dignidad al ingresar en un centro de preventivos o de cumplimiento y a los que se ha de procurar lo mejor,

¹² Vid. la referencia a mi reciente visita, con el prof. Esteban Mestre, a todo este complejo en GARCÍA VALDÉS, C., «A más de cuatro décadas de su promulgación y vigencia: bases históricas y redacción de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2020, p. 248.

¹³ *Novísima Recopilación* 7, 40, 12.

¹⁴ PEZZI, R., *Los presidios menores de África y la influencia española en el Rif*, Fortanet, Madrid, 1893; LLORENTE DE PEDRO, P., *La ciencia penitenciaria del antiguo régimen aplicada al presidio de Ceuta*, Instituto de Estudios Ceutís, Ceuta, 2007, y el mismo: «La pena de presidio en las plazas africanas hasta la Codificación Española de 1812», en *ADPCP*, 2008, pp. 265 ss.

¹⁵ SERRANO PATIÑO, J. V., «Del sistema de aglomeración al sistema de individualización científica», en *Revista de Estudios Penitenciarios* (a partir de ahora, *REP*), núm. 259, 2016, pp. 154 ss.

¹⁶ SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer. Madrid, 2003.

dentro de lo posible, para superar su delicada situación y tratar de obtener una libertad exenta de los negativos comportamientos que les condujeron al delito. Lo escueto del presupuesto en el ramo de prisiones, cosa endémica en el siglo XIX, no fue óbice para que los medios empleados en el trato de los internos fueran superiores a los que se estilaban en otras naciones.

III. Los penitenciarios y penitenciaristas españoles, por su parte, sentaron las bases de la reforma continuada e intensa del sistema. Las leyes reflejan en muchas ocasiones el pensamiento doctrinal. Sin Fernando Cadalso no se hubiera desarrollado el régimen progresivo de cumplimiento de condenas y sin Rafael Salillas no se hubiera hoy desembocado en el de individualización científica. El sentimiento de piedad hacia los presos es patrimonio imperecedero de Concepción Arenal¹⁷. Sin el mando militar (Montesinos, Abadía, Haro o Morla) en nuestros centros, no hubiera avanzado nuestro Derecho penitenciario histórico, cuando la competencia orgánica y administrativa era exclusivamente castrense. La sistemática sustitución de este personal por los empleados civiles, esencial para el cambio real de competencias, se viene a sentar en 1881, como acaba de escribir la profa. Figueroa Navarro¹⁸.

Los antecedentes doctrinales son esenciales para entender el paso que se estaba dando. Sobre el mando militar recae la responsabilidad y el deber del trato a los reclusos. Y su actuación fue, en verdad, más que aceptable. Premios y castigos reglados se entrelazan en su actuación, redactándose de esta manera las primeras disposiciones. Son éstas los particulares Reglamentos de la prisión de Cádiz (1802 y 1805)¹⁹, las generales Ordenanza de los presidios arsenales de Marina (1804)²⁰ y la de los peninsulares de 1807²¹. Todas las mencionadas disposiciones tienen carácter militar en lo relativo al mando, organización y dependencia, con clara influencia de algunos de los ilustres soldados citados. Lo mismo acontece en los presidios africanos. El suceso externo incide sustancialmente en el ordenamiento carcelario. La derrota marítima de Trafalgar (1805) arrumba los arsenales y el Convenio de Algeci-

¹⁷ CABALLÉ, A., *Concepción Arenal. La caminante y su sombra*, Taurus, Barcelona, 2018, y MATA Y MARTÍN, R., «Aproximación a Concepción Arenal y el sistema penitenciario», en *ADPCP*, 2019, pp. 181 ss.

¹⁸ FIGUEROA NAVARRO, M. C., «Del soldado al empleado de establecimiento penales y al funcionario: historia del personal penitenciario», en *ADPCP*, 2019, cit. pp. 265 ss.

¹⁹ Reglamentos de 4 de agosto de 1802 y de 26 de marzo de 1805.

²⁰ Real Ordenanza de los Arsenales de Marina, de 20 de marzo de 1804.

²¹ Reglamento General de los Presidios Peninsulares, de 12 de septiembre de 1807.

ras (1906) las prisiones de África²². La consecuencia de la catástrofe naval deja sin barcos a España y sin necesidad de arsenales donde cuidarlos y repararlos en cantidad suficiente. Lo peninsular industrial y de obras públicas se imponen como castigo. El reparto de la tierra agarena, entre Francia y España fundamentalmente, en detrimento de Alemania, nos envía a nuestros presidiarios desde aquellos lugares, para siempre, al continente²³. El Dueso y Ocaña serán los nuevos destinos.

El gran salto legislativo lo constituyen, respecto a la competencia ministerial, la Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 1834²⁴, y la Ley de Prisiones, de 1849²⁵. Norma, la primera, exhaustiva respecto a la ordenación de lo carcelario, pues todo lo comprende, tanto lo referente al régimen, al mando, a lo económico, al trabajo, a los castigos y a las recompensas penitenciarias. La segunda, breve y de carácter administrativo, complementa la anterior en lo que respecta a la dependencia orgánica. Ambas van cediendo la organización y el funcionamiento de los centros a los ministerios civiles (Fomento) y restándosela a los militares (Marina y Guerra). La creación del cuerpo de empleados de establecimiento penales, en 1881, ya citada, completa el sistema competencial. Será después, en 1887, luego de haber pasado por Gobernación, cuando Gracia y Justicia asuma al mando de nuestros establecimientos carcelarios²⁶. A partir de entonces, la modernidad se va imponiendo, proporcionalmente, en el Derecho penitenciario ordinario y el atraso en el castrense, tanto en presupuestos y locales, cuanto en legislación y doctrina. De ello traté con extensión en mi lejana lección de cátedra²⁷. Mas recientemente, con reconocido carácter monográfico, ha escrito al respecto Serrano Patiño²⁸.

Cadalso y Salillas son los penitenciaristas de principios del siglo xx. Ellos son nuestra genuina y verdadera Ciencia penitenciaria y los creadores del moderno Derecho Penitenciario español. No es que las aportaciones de Concepción Arenal o Francisco Lastres sean secundarias, pues ambos significan la dignificación doctrinal del sistema, a todas luces necesaria. Pero la labor del madrileño y del aragonés no tiene

²² GARCÍA VALDÉS, C., *Apuntes históricos del Derecho Penitenciario español*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 15 y 17.

²³ SALILLAS, R., *La traslación de los presidiarios de África y la Reforma penitenciaria (historia palpitante)*, Eduardo Árias, Madrid, 1907.

²⁴ Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 14 de abril de 1834.

²⁵ Ley de Prisiones, de 26 de julio de 1849.

²⁶ Artículo 6 de la Ley de 26 de junio de 1887, de Presupuestos.

²⁷ GARCÍA VALDÉS, C., «El Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica», en *ADPCP*, III, 1986, pp. 771 ss.

²⁸ SERRANO PATIÑO, J. V., *El Derecho penitenciario militar español*, Edisofer, Madrid, 2016.

parangón en nuestra historia. Tan grandes y discrepantes entre sí, como bien ha señalado Enrique Sanz Delgado²⁹, su respectiva huella es impeccedera en el ramo. Inspiraron disposiciones trascendentales, mandaron establecimientos, escribieron acerca de lo divino y de lo humano en este campo y siempre concluyeron con su amor a Prisiones y la necesidad de su reforma. Es verdad que uno, Fernando Cadalso, influyó en el futuro próximo más que el otro, pero los dos marcan un periodo único. Sin Cadalso el sistema progresivo, antaño creado por Montesinos, cuando mandaba los centros carcelarios de Valencia³⁰, no hubiera sido el elegido por el legislador nacional que, en gran medida, fue él mismo. Los Decretos de 1901³¹ y 1913³² son su gran obra legal y, para completarlo destina, de modo inmediato, la prisión de Ocaña³³ al cumplimiento del último grado del mencionado régimen, ya redondo con su ideación de la libertad condicional³⁴. Jorge Núñez³⁵ y Abel Téllez³⁶ han publicado las páginas más brillantes sobre el mismo.

Rafael Salillas es más criminólogo que penitenciario aunque un impulsor de novedades que marcaron un surco inalienable. Sin ser profesional del Derecho y sí médico, abordó al preso y el conocimiento del delito como algo no necesariamente tasado en las leyes y por los tribunales. Eso sí, gran penitenciarista y autor de textos fundamentales, su creatividad se extiende a lo más desconocido y novedoso. Su ideología tutelar individualizadora, sin grados sucesivos, inspira el Decreto de 1903³⁷ y su original afán creador la Escuela de Criminología³⁸, siemiente de la Estudios Penitenciarios en muchos años posterior. Mas si el ilustre aragonés no tuvo en vida ni en los tiempos siguientes el reconocimiento merecido, sí lo logró muy luego, con la dedicación respetuosa a su obra de autores como el citado prof. Enrique Sanz³⁹ y de mis

²⁹ SANZ DELGADO, E., «Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas», en *REP Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús*, extra. 2006, pp. 191 ss.

³⁰ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, R., «La influencia del coronel Montesinos en la reforma penitenciaria», en Mata y Martín, R (Dir.), *Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de oro a la Ley General Penitenciaria*, BOE, Madrid, 2020, pp. 105 ss.

³¹ Real Decreto de 3 de junio de 1901.

³² Real Decreto de 5 de mayo de 1913.

³³ Real Decreto de 30 de octubre de 1914.

³⁴ Ley de 23 de julio de 1914; *vid.* CADALSO, F., *La libertad condicional, el indulto y la amnistía*, Imprenta de Jesús López, Madrid, 1921.

³⁵ NÚÑEZ, J., *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Universidad Carlos III, Madrid, 2014.

³⁶ TÉLLEZ AGUILERA, A., «Cadalso en el espejo», en *REP*, 2020, pp. 31 ss.

³⁷ Real Decreto de 18 de mayo de 1903.

³⁸ Real Decreto de 12 de marzo de 1903.

³⁹ SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista», en *ADPCP*, 2012, pp. 155 ss., y el mismo: «Rafael Salillas y los orígenes de la individualización científica», en Mata y

propias referencias⁴⁰. Y algo aún más trascendente. Sin Salillas el actual y vigente sistema de individualización científica del tratamiento penitenciario no figuraría en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Yo escribí el art. 72 de la norma pensando en él y recuperando su egregia figura, sin olvidar a Cadalso⁴¹.

El ordenamiento de 1913 prolonga su andadura hasta 1930. Un nuevo Reglamento se promulga entonces⁴² y se mantiene, no únicamente durante la «dictablanda» del general Berenguer, sino también en la II República. A diferencia de los textos constitucionales y sustantivos, en Prisiones no se promulga norma orgánica alguna. La República no quiso saber nada de ello. Otro personaje de enorme relieve, y escaso tiempo de mandato, surge entonces: Victoria Kent⁴³. Reformista convencida, mediante disposiciones de menor rango intentó transformar el sistema heredado. Ricardo Mata acaba de contarnos, con rigor y admiración, su andadura profesional y penitenciaria⁴⁴. Su corto tiempo como Directora General de Prisiones no logra consolidar las ideas y lo que deviene posteriormente hace retroceder los logros. El régimen carcelario se deshace con la guerra civil. La extrema politización de los encierros, las sacas de presos y las ejecuciones extrajudiciales sin control alguno, convierten las prisiones en centros tortuosos de acogida del castigo y espera de la muerte, donde la Dirección General no tenía nada que hacer.

El franquismo no le va la zaga en este aspecto. Los años posteriores a 1939 se pueblan de campos de concentración y de trabajo, ocupados por decenas de miles de republicanos e izquierdistas vencidos. El primer Reglamento, de naturaleza claramente militarista, es el de 1948⁴⁵. Antes, y ya en el Código Penal de 1944, la institución de la redención de penas por el trabajo se contempla para ir vaciando los insosteniblemente hacinados establecimientos de reclusos⁴⁶. En 1956 una nueva regula-

Martín, R. (Dir.), *Hitos...*, ob. cit., pp. 151 ss., y más ampliamente, en un trabajo definitivo: «Antecedentes normativos del sistema de individualización científica», en *ADPCP*, 2020, pp. 2017 ss.

⁴⁰ GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión modular*, 3.ª ed., Ópera Prima, Madrid, 2009, pp. 28 ss.

⁴¹ GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio...*, ob. cit., p. 44.

⁴² Reglamento de 28 de mayo de 1930.

⁴³ Para mi relación personal con ella, cuando volvió a España, y la recibí en la que fue su Dirección General, *vid.* GARCÍA VALDÉS, C., «De nuevo sobre los orígenes de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en Mata y Martín, R. (Dir.), *Hitos...*, ob. cit., p. 250.

⁴⁴ MATA Y MARTÍN, R., *Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932)*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

⁴⁵ Reglamento de 5 de marzo de 1948.

⁴⁶ Órdenes de 7 de octubre de 1938 y de 14 de marzo de 1939.

ción lava la cara a la disposición anterior⁴⁷: las Reglas Mínimas de Ginebra, de 1955, a regañadientes, tienen la culpa. Las posteriores reformas, de 1968⁴⁸ y 1977⁴⁹, vienen a introducir el tratamiento. Jesús Alarcón Bravo fue el pionero y gran responsable de la ingente tarea, con su Gabinete Psicológico de la prisión de Carabanchel⁵⁰ y sus esfuerzos en la creada Central de Observación en Madrid⁵¹. Los diversos especialistas del Cuerpo Técnico avanzan en el panorama reinsertador⁵².

¿En dónde, en qué locales se llevaba a cabo la pena privativa de libertad? En grandes centros radiales o de estrella y en los más reducidos, bajo el modelo arquitectónico de poste telegráfico, con menor número de galerías y celdas. Son locales de encierro, fundamentalmente, de principios del pasado siglo, construidos al efecto. He aquí las denominadas prisiones centrales, generalmente de cumplimiento. Algunas de las más señeras aún conservan este nombre. Otros establecimientos son adaptaciones de conventos o monasterios, cuarteles, almacenes marinos, edificios civiles desafectados, en fin, muchos de los religiosos procedentes, en su origen, de la desamortización de Mendizabal⁵³. En cualquier caso, Prisiones siempre fue la huérfana del presupuesto estatal; pareciera como si los reclusos importaran poco y a muy pocos. La Ley General Penitenciaria transformó todo o casi todo esto y, desde luego, la mentalidad con la que abordar el problema.

Yo las recorrí en un gran número, más de treinta prisiones, cuando ocupé el cargo de Director General. En pocas quedé satisfecho. Casi todas hoy desaparecidas, con ellas tuve que apechugar al inicio de la reforma. Las clásicas de Carabanchel o las Modelos de Barcelona y Valencia, por ejemplo, eran centros del pasado, imposibles para las nuevas ideas que se pretendían. Otras muchas de preventivos semejante opinión me merecieron, como Murcia, Málaga, Cádiz o Las Palmas. Tremenda la de psicópatas de Huesca⁵⁴, duras Ocaña y El Puerto, incrustada en la muralla medieval la de Ávila, ahumadas por los motines

⁴⁷ Decreto de 2 de febrero de 1956.

⁴⁸ Decreto de 25 de enero de 1968.

⁴⁹ Decreto de 29 de julio de 1977.

⁵⁰ ALARCÓN BRAVO, J., «El Gabinete Psicológico de la prisión Provincial de Hombres de Madrid», en *REP*, enero-marzo, 1965, pp. 51 ss.

⁵¹ Decreto de 22 de septiembre de 1967.

⁵² Ley de 22 de diciembre de 1970.

⁵³ GARCÍA VALDÉS, C., *Apuntes...*, ob. cit., p. 23.

⁵⁴ En este centro, cuando todavía se encontraba en servicio, autoricé la película de Gonzalo HERRALDE, *El asesino de Pedralbes* (1978), sobre la vida y los crímenes de José Luis Cerveto Goig, a quien conocí entre rejas y, después, trasladé al Psiquiátrico Penitenciario de Carabanchel (Madrid). Hasta su muerte, tiempo después, me escribía todas las Navidades.

Zaragoza y Jerez, al lado del río y de una fábrica cuyos humos y partículas rojizas todo lo impregnaban Salamanca, vieja Pontevedra. La de la isla de La Palma, una pequeña atalaya en el circundante montículo. Cartagena, una fortaleza con foso incluido. Apenas se salvaban Burgos y El Dueso. Cáceres, a duras penas. Las del País Vasco, Martutene y Basauri, mal situadas, en medio de los respectivos barrios y siempre cercada por los proetarras. Soria, pequeña y digna para lo que tuvo que soportar, la concentración carcelaria de los terroristas de ETA. Zamora, de cárcel concordataria y centro de menores a destino de Grapos⁵⁵. Así, con estos mimbres, fue realmente difícil el trabajo. Únicamente una pléyade de excepcionales mandos, nuevos o recuperados, y la inmensa mayoría de los funcionarios se prestaron a la exigente labor, lo que obtuvo sus frutos.

La nomenclatura del encierro es variada, como lo son los centros penitenciarios de destino. Las penas que tienen su esencia en la retención tienen así diversos nombres. Desde cadenas, reclusiones o presidios correccionales a prisiones mayores o menores y arrestos, todo parece corresponderse con la dureza o extensión del castigo. Incluso existe una «prisión de incorregibles e inadaptados» (Chinchilla) y múltiples «prisiones centrales» de cumplimiento. Todo el siglo XIX viene a contemplar esta terminología que pasará a los textos penales, hasta una cierta unificación en el Código de 1928, donde ya no aparecerá la pena de cadena perpetua o temporal. Antes, el Decreto de 1902⁵⁶ ha clasificado nuestras prisiones y distribuido sus reclusos en ellas, en sus diversas categorías. Únicamente las mujeres sufrirán prisiones que no presidios por imperativo legal sustantivo. La Constitución y la Ley General Penitenciaria unifican el lenguaje; a partir de ahora serán penas privativas de libertad o de prisión, según se recoge en el Código Penal, que por Ley Orgánica (a partir de ahora, LO) 1/2015 añade la prisión permanente revisable. Únicamente se distinguirán por su extensión temporal y los centros, al ser modulares, son semejantes, conteniendo en sus diversos departamentos celulares a cualquiera de los condenados, según su clasificación, sus correspondientes grados de tratamiento o su peligrosidad criminal.

IV. Este era el pasado penitenciario español con el que me topé. Pobreza de medios, centros transformados de otros edificios no destina-

⁵⁵ Hoy desafectada, en este centro Daniel Monzón rodó *Celda 211* (2009), película de tanto éxito de crítica y público como inexactitudes penitenciarias.

⁵⁶ Real Decreto de 10 de marzo de 1902; en el mismo sentido, con posterioridad, Decreto de 11 de noviembre de 1932.

dos específicamente a prisiones y situados en el centro de las ciudades, buenos funcionarios y un sistema asentado, el progresivo, que era, sin duda, la única y verdadera esperanza entonces de los internos y que había que utilizar con fruición.

Y tal fue el panorama legal, regido por los Reglamentos franquistas, vigentes al tomar posesión del alto cargo. El consejo de mi maestro, el prof. Enrique Gimbernat, fue determinante al respecto, así como la confianza depositada en un muchacho de 31 años por Landelino Lavilla (Ministro de Justicia) y Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona (Subsecretario). En cuanto al ambiente sumamente conflictivo que cercaba el cambio (motines, incendios, secuestros de funcionarios), todo por las amnistías dictadas que no afectaron a los presos comunes, baste decir que no hubo peor momento durante la transición democrática y que, con la ayuda de todos, salimos adelante. Fueron los años de plomo del terrorismo. Después todo quedó, como dije en 2019, introduciendo el solemne acto de la Festividad de la Merced, Patrona de Prisiones⁵⁷, en el sueldo: las alegrías, los contratiempos, el dolor, mi atentado, la esperanza.

El criterio científico fue elaborar un texto breve necesitado de desarrollo reglamentario. No era ese el modelo europeo contemporáneo. Suecia⁵⁸, Italia⁵⁹ o Alemania⁶⁰, por solo citar las normas más recientes, elaboraron disposiciones muy extensas, a la manera de verdaderos Reglamentos. De hecho, cuando se promulgaron éstos en los citados países, fue prácticamente inapreciable diferenciarlos. No tuve dificultad alguna en presentar la opción de una ley corta y defenderla. Sus ochenta artículos compendian el moderno Derecho Penitenciario. Los parlamentarios actuaron con una cercanía y responsabilidad imposible hoy de ponderar por quien no estuvo allí. Únicamente el paso del tiempo viene a reforzar positivamente lo acontecido entonces.

En el aspecto político, un primer criterio se impuso. Pese a la media de un muerto cada siete días, por mor de los atentados terroristas, se mantuvo el espíritu y la meta democráticos en las normas que nacían. Supresión constitucional de la pena de muerte; en lo punitivo, reformar el Código Penal suprimiendo delitos arcaicos y, en lo penitenciario, incluir en el texto a debate el principio, plasmado en la Norma funda-

⁵⁷ GARCÍA VALDÉS, C., «El 40 aniversario de la Ley General Penitenciaria, en *REP*, 2020, p. 10

⁵⁸ Ley de 19 de abril de 1974.

⁵⁹ Ley de 26 de julio de 1975.

⁶⁰ Ley de 16 de marzo de 1976.

mental (art. 25.2 CE), de la reeducación y reinserción social de los reclusos, la separación de los aspectos de régimen respecto del tratamiento, el respeto a la dignidad de los internos en sus variadas manifestaciones, los permisos ordinarios de salida, las visitas vis a vis, la cogestión de algunas actividades, la ampliación del tercer grado o el juez de vigilancia, entre otros muy sonados avances.

El método elegido para llegar a acuerdos con los grupos políticos fue el «consenso», acorde con la forma de gobernar, dialogante e intensa, que patrocinaba el presidente Adolfo Suárez. A aquél se debe nuestra Constitución y la Ley Penitenciaria y, en lo laboral, los denominados Pactos de la Moncloa. La aprobación de la Ley General Penitenciaria por unanimidad en el Congreso de los Diputados y por aclamación en el Senado, fue el fruto del previo acuerdo alcanzado en su tramitación. Era una Ley de todos y así se reflejó en las votaciones. Previamente, el acuerdo se extendió en la Comisión de Justicia e Interior a donde yo acudía con regularidad para explicar el texto a debate. Pocas discrepancias hubo. Fue realmente significativo que algunos de Diputados que conocían bien el medio carcelario se ofrecieran a participar en la redacción de la norma, aceptando sus postulados. Por eso fue lógica la ausencia de enmiendas a la totalidad en los respectivos Plenos de las Cámaras y posterior aprobación global como LO 1/1979, de 26 de septiembre⁶¹, la primera de desarrollo constitucional y la única que obtuvo respaldo semejante.

Para facilitar la programática reinserción era imprescindible un marco real de ejecución razonable. Estoy hablando de los establecimientos. He de insistir en ello. Los disponibles en 1978/1979 no eran, ni mucho menos, adecuados. La red penitenciaria española era un conjunto de centros de principios del siglo pasado, con aspecto externo de viejos, intimidantes y tristes, pese a su prestancia. Ya he escrito que fueron los que contemplé y recorrí y aún rememoro con dolor. Pocos me satisficieron al objeto pretendido y pensé «¿Cómo aquí dentro se puede llevar a cabo la reforma que se pretende?». La transformación de los locales de encierro se hizo inevitable. Únicamente el abnegado servicio de los funcionarios endulzaba la ausencia de medios. Entre sus humedades, olores inconfundibles, desconchados, entrega del personal a los reclusos y una fuerte inversión económica se gestó la reforma. En año y medio estuvo lista.

⁶¹ BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

La clasificación legal de establecimientos fue determinante. La Ley distinguió las distintas modalidades de los centros modulares atendiendo, y en concordancia, a los grados de tratamiento. Ordinarios, abiertos, cerrados y especiales (asistenciales) se fijaron como destino de las categorías de reclusos. Pero, como todo en la puesta en práctica de la nueva disposición, no fue nada fácil compaginar la letra teórica de la ley con la realidad. Fue imprescindible el gasto.

La política de necesaria atención a los nuevos establecimientos se hilvanó en dos grandes direcciones. Con el dinero disponible (10.500.000 ptas.), en primer lugar, a la construcción de trece nuevos y a la modificación y reparación de los existentes, muy dañados por los incidentes acaecidos con anterioridad. Por otro lado, a una clasificación coherente de los mismos atendiendo al tratamiento. El ordinario fue el central y más numeroso, pues en él ingresaban los condenados. El psiquiátrico de Fontcalent se construyó. El abierto, en segundo lugar numéricamente. Quise extenderlo siempre en proporciones posibles, atendiendo previamente a los beneficios carcelarios. Al afecto, además de utilizar las secciones disponibles, reconvertí prisiones como Alcázar de San Juan o Valencia Mujeres en centros de tercer grado. Los modernos CIS son muy posteriores a esta etapa inicial, aunque aquí tuvieron su origen. Que el de Córdoba, de 2004⁶², ostente mi nombre es un supremo orgullo.

El cerrado fue la excepción. No quiere decir ello que no se regulara y estableciera en la norma, pasando sin problemas el trámite parlamentario. Era necesario para los reclusos, preventivos o condenados, de peligrosidad extrema, tanto criminal como penitenciaria, y para tales fue aplicado en mínimo pero suficiente porcentaje. Herrera fue el primer centro de destino al respecto tanto en mi época⁶³ cuanto en la inmediata posterior del gobierno del PSOE⁶⁴. En febrero de 2020, más de cuarenta y un años después de su inauguración, la visité, en unión de mi querido discípulo Esteban Mestre y me volvió a reconfortar su presente existencia y antigua necesidad⁶⁵. Desde entonces, las prisiones modulares solventaron el problema pues en cada una de ellas existía tal local, cerrado o departamento especial, para los internos acreedores a este régimen. Pero yo no los tenía. Esto vino luego y con cierta premura

⁶² Orden de 28 de octubre de 2004.

⁶³ Orden de 7 de febrero de 1979.

⁶⁴ Orden de 20 de octubre de 1983.

⁶⁵ Vid. la referencia a esta visita en GARCÍA VALDÉS, C., *A más de cuatro décadas...*, ob. cit., p. 252.

pues la necesidad era imperiosa. Hoy disponemos de unos establecimientos, de todas las clases, como no posee país alguno y ello porque gastamos más que nadie en los mismos y por nuestra concepción humanitaria de la pena privativa de libertad.

Aquellos centros tradicionales tenían un patio de piedra berroqueña característico, donde podía formar la población reclusa y se daban los toques de atención. Recuerdo ahora los impresionantes de Ocaña o Burgos. En este último, de frente, a la izquierda de la entrada, a la derecha del reloj, años después, unos leales funcionarios pusieron mi nombre en una placa.

La necesidad de su transformación se me apareció como evidente. Eran demasiados años incólumes. Cuando visité las ruinas de la prisión de Chinchilla no pude apreciar gran diferencia con algunas de las que conocí. Por eso era preciso la mutación de los centros en algo moderno y adecuado a los nuevos tiempos reformistas. Los en servicio eran, en verdad, impresionantes. Y sus mandos, imprescindibles. Mantuve a algunos y sustituí a muchos, de momento a la Inspección entera. Jesús Alarcón y Emilio Tavera compusieron la cabeza de mis nombramientos. Y con ellos, en la parte más técnica, el prof. Francisco Bueno Arús. Así tuve el apoyo básico de los mejores para iniciar el camino del rotundo cambio.

Muy unido a lo mencionado de los anteriores establecimientos, se presentó el régimen disciplinario, especialmente el aislamiento en celda, tradicional máxima sanción impuesta por Instituciones Penitenciarias. Cuando pateé nuestros viejos centros las destinadas al cumplimiento del grave castigo no eran recomendables. Ni las de Ocaña y el Puerto o las designadas al respecto, por ejemplo, en Burgos, Valencia, Barcelona o Madrid presentaban los rasgos de humanidad que la reforma penitenciaria pretendía, además de la larga y negativa duración del encierro. La Ley Orgánica General Penitenciaria vino a establecer que estas celdas han de ser de la misma clase que las generales del establecimiento (art. 42.4) y que la prolongación temporal extrema en las mismas no podía superar, en ningún caso, los 14 días, sin autorización del juez de vigilancia (art. 72.2.d) y, desde luego, con control médico.

Si cuidado se puso en la redacción del régimen cerrado, no menor lo tuve al escribir el art. 12 LOGP. Se ocupa este precepto de la localización de los centros penitenciarios y del número razonable de internos en los mismos. La clave del texto fue mencionar el «procurar evitar» el desarraigo social de los penados. La escritura en potestativo salvó muchos problemas presentes y futuros, especialmente los referidos a la ubi-

cación de los presos terroristas. La diferencia con haber utilizado la mención de «se evitará» –obligatoria– es patente y clave para la política de dispersión acordada, luego de los años, con tales internos. No fue la que yo llevé a cabo con los mismos. Soria (ETA) y Zamora (Grapo), fundamentalmente, acogieron a los preventivos y penados de ambas organizaciones. Sin disponer de los nuevos centros modulares, la concentración se impuso. Luego, esta categoría de establecimientos permitió clasificarles, dividirles y separarles. La dispersión, desde entonces, se aplicó⁶⁶. Y el método ha sido fructífero pues, sin lugar a dudas, benefició a la lucha antiterrorista⁶⁷.

Los dos centenares cortos de estos reclusos que restan en las diferentes prisiones fueron condenados a largas penas privativas de libertad por gravísimos delitos, que no pueden olvidarse por la más recta ciudadanía y, en especial, por las asociaciones de víctimas. Disuelta la organización criminal y los floietarras legalizados y apoyando en el Parlamento y en ciertas las Autonomías, en algunos supuestos, al Gobierno, el cumplimiento queda en manos de un ejecutivo que, lentamente, va acercando los condenados a los centros del País Vasco, lejana petición de los blanqueados socios de la banda armada.

V. Otros dos aspectos legales no se escaparon al prelegislador: el tratamiento y la presencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el texto. Ninguno fue discutido en el debate parlamentario. Siempre todo explicado, razonado y aceptando las buenas sugerencias que se producían.

En la normativa comparada estudiada, y parcialmente citada anteriormente, ambas instituciones corrían una suerte dispar. El tratamiento penitenciario no estaba diferenciado del estricto régimen. En ninguna de las disposiciones que se tuvieron delante cuando se redactó el Título III (arts. 59 ss.) de la Ley figuraba un apartado concreto y separado hablando del mismo. Alarcón no lo entendió así. Las ciencias de la conducta intervendrían, de la mano de los especialistas del Cuerpo Técnico, en aquél, configurando su base voluntaria, a diferencia del

⁶⁶ GARCÍA VALDÉS, C., «Los presos terroristas en España: concentración vs. dispersión y régimen penitenciario. Historia y presente», en *Libro-Homenaje al prof. Bern Schünemann*, II, Gaceta Penal. Lima, 2014, pp. 457 ss.

⁶⁷ Sin embargo, por mor de los pactos de legislatura y de gobierno, en la actualidad, cuando cierro estas líneas, el ejecutivo tiende a volver a concentrar a los presos de ETA en los establecimientos situados en el País Vasco o muy cercanos. Cuando escribo estas líneas existen, todavía dispersos, 173 internos en 41 centros y 33 en 7 prisiones en Francia, Fuente: Secretaría General IIPP y Etxerat. Si, como parece, la gestión de los centros penitenciarios de aquella comunidad se va a entregar al gobierno vasco, la dispersión tiene los días contados.

obligatorio cumplimiento regimental. El que fue mi Inspector General Penitenciario redactó unos preceptos desacostumbrados en Europa y necesarios y originales en España. Únicamente escapó a su experta y sabia pluma el art. 72, debido a la mía, que estableció el sistema de individualización científica separado en grados, como ya he dicho.

En cambio, el Juez de Vigilancia fue una importante aportación foránea. Especialmente Francia e Italia contemplaban la institución digna de encomio y de posterior aplicación en nuestra legislación. También los brasileños conocían la figura y así se tuvo en cuenta. Los Tribunales de ejecución de Alemania eran otra cosa pero también se contemplaron. Su inclusión en la Ley General Penitenciaria era un compromiso y una precisión más de la separación de poderes. Hasta el momento, Instituciones Penitenciarias era juez y parte, excepto el recurso tardío al contencioso-administrativo, en lo atinente a progresiones o regresiones de grado y en materia disciplinaria. El Patronato de Nuestra S.^a de la Merced se reunía y decidía al respecto. Todavía entre sus miembros figuraban jefes militares, reminiscencia del pasado. No me pareció tolerable su mantenimiento ni eficaz su tarea. El antecedente delincencial pesaba más en las decisiones que el comportamiento presente de los reos en los centros. Su supresión fue una deuda conveniente e inevitable con la reforma.

El Juez de Vigilancia en nuestra Ley tiene más amplias competencias que en las disposiciones de donde traen causa⁶⁸. Con facultades penitenciarias y penológicas, prácticamente todo lo controlan en el campo carcelario (beneficios penitenciarios, permisos de salida, determinados aislamientos en celda, quejas, recursos, etc.), excepto parte de la materia estrictamente regimental (distribución de la población reclusa en establecimientos, traslados, alimentación, visitas, etc.). La doctrina científica especializada era más que proclive a esta autoridad judicial. Separaba las competencias administrativas y las atraía, dotando de superior e independiente control a la ejecución de las penas privativas de libertad. Puestos en marcha, al principio, mediante Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial⁶⁹, sus actuaciones posteriores se han revelado como imprescindibles para el correcto funcionamiento del sistema.

Casi cuarenta y dos años de rotunda vigencia han marcado la Ley Orgánica General Penitenciaria. En unión de la Constitución Español-

⁶⁸ GARCÍA VALDÉS, C., «Los orígenes y la puesta en marcha del Juez de vigilancia en la legislación penitenciaria española», en *La Ley Penal*, núm. 107, marzo-abril, 2014, pp. 110 ss.

⁶⁹ ALONSO DE ESCAMILLA, A., *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1985.

la, son las dos grandes Normas de la transición, legados imprescindibles hoy del pasado. No existe texto doctrinal ni literatura científica alguna que no reconozca su valor, de ahí su incontinencia temporal. Por ello diversas y muy destacadas publicaciones científicas (como el Anuario de Derecho y Ciencias Penales o la Revista de Estudios Penitenciarios, ambas de 2019) se han hecho eco del trascendente acontecimiento monográficamente, como un aniversario y como un deber.

SOBRE LA RESOCIALIZACIÓN DE LOS CONDENADOS POR TERRORISMO. CONFRONTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS CON LA REALIDAD DE LOS PROCESOS DE «DESENGANCHE» ¹

ALICIA GIL GIL

Catedrática de Derecho penal. Universidad Nacional de Educación a Distancia

Es para mí un honor participar en el homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Entre las muchas virtudes del homenajeado quisiera destacar, por ser poco frecuente en esta complicada selva en la que, con frecuencia, se convierte la universidad española, su gran generosidad, desprovista de esclavitudes y prejuicios, a la que acompaña un trato siempre afable, rasgos sin dudas identificativos de los «grandes».

He elegido para este libro un tema que creo será de su gusto, pues enlaza con una de sus mayores preocupaciones académicas en los últimos años: el tratamiento penal y penitenciario que reciben los crímenes más graves. Si bien el Profesor Arroyo ha destacado por sus contribuciones contra la pena de muerte y las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, yo voy a intentar, siguiendo esta senda, ir un paso más allá, y examinar la legitimidad, utilidad y conveniencia de los regímenes penitenciarios más severos que se aplican a condenados por terrorismo en nuestro país.

¹ Esta investigación ha podido realizarse gracias a la financiación del Ministerio de Ciencia e Innovación (Proyecto RTI2018-095375-B-I00 «La ejecución de las penas por delitos de terrorismo»).

I. Sobre la resocialización

1. La resocialización como fin de la pena especialmente destacado en la fase de ejecución

Si se pretende abordar con seriedad este tema, el estudio debe comenzar por indagar sobre los fines de la pena, especialmente aquellos que pudieran cobrar una excepcional relevancia en fase de ejecución. Al respecto, me limitaré a recordar la jurisprudencia mayoritaria y constante que afirma que la resocialización es uno de los contenidos de la prevención especial (junto con la intimidación), el único que se mencionada en el texto constitucional, cuando en su art. 25.2 hace referencia al mandato de orientar las penas privativas de libertad a la reeducación y la reinserción², si bien no es el único fin de la pena³, siendo los otros la prevención general (positiva y negativa) y la retribución⁴, y que cobra especial relevancia en la fase de ejecución, aunque tampoco es exclusiva de ella⁵.

Como nuestro TC no considera la resocialización un derecho del condenado, ni tampoco un fin obligatorio de la pena, una pena que por sus características pueda parecer «meramente» inadecuada para cumplir los fines de la resocialización no resulta, en su opinión, inconstitucional⁶, y tampoco lo sería una pena que no fuera necesaria para la

² Solo alguna sentencia aislada ha considerado que el mandato constitucional no hace referencia a la prevención especial o ni siquiera contiene un fin u objetivo de la pena (AAP CE 81/2020, de 23 de julio).

³ SSTC 19/1988, de 01 de marzo; 150/1991 de 4 de julio, 55/1996, de 27 de abril, entre otras muchas. STS 874/2016, de 21 de noviembre, ATS 4737/2020, de 3 de julio, entre otras. En la doctrina, por ejemplo, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, vol. I, 6.º ed. Madrid, Tecnos, 2005, pp. 32 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 47, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, 2001, p. 39 ss., GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J./MELENDO PARDOS M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 22, 23, 46.

⁴ Por ejemplo, STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6, STC 160/2012, de 20 de septiembre, y numerosas sentencias de los JVP y de las AP, la AN: AAN de 12/04/18, AAP P 69/2020 de 23/07/2020. También gran parte de la doctrina, por ejemplo, BUENO ARÚS, F., «La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del Derecho Penitenciario», en *Actualidad Penal*, núm. 5, p. 235, GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias...*, p. 12.

⁵ SSTC 557/1996, de 18 de julio, 497/1995, de 6 de abril, 669/1995, de 18 de mayo, 557/1996, de 18 de julio, 5027/2002 de 6 de julio. También en la doctrina se ha discutido si la orientación a la resocialización se predica únicamente de la fase de ejecución –así, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, p. 134, o debe extenderse a otros momentos y obligados. En el sentido amplio, que se ha impuesto en las decisiones del TS, por ejemplo, ÁLVAREZ GARCÍA, J., *Consideraciones...*, ob. cit., pp. 31 ss.

⁶ STC 19/1988, de 16 de febrero.

resocialización por no existir riesgo de reiteración delictiva⁷. Lo que sí prohíbe la Constitución es una regulación que impidiera de modo radical (casi absoluto, no justificado en una ponderación con los otros fines de la pena) la resocialización⁸.

2. Contenido y significado de la resocialización

Una vez visto cuál es el papel y peso de la resocialización en el conjunto de los fines de la pena en nuestro sistema, debemos preguntarnos qué se entiende por resocialización. Al respecto se observan una multitud de definiciones en la doctrina⁹, y la jurisprudencia. Pero podemos resumir que todas las discrepancias giran en torno a la discusión sobre si es posible hablar realmente de resocialización (o incluso de socialización de reemplazo¹⁰) o hay que conformarse con el objetivo más modesto y «menos invasivo» de la «no desocialización»¹¹. Los autores que defienden la primera concepción hablan de eliminar, mediante el tratamiento penitenciario, aquellas condiciones que están en la etiología delictiva, remover los obstáculos que dificultan llevar una vida respetuosa con las normas y facilitar al penado los medios que le posibiliten una vida futura sin delito¹². Quienes en cambio defienden que debemos conformarnos con buscar la «no desocialización» vierten

⁷ STC 150/1991, de 4 de jul. STC 55/1996, de 28 de marzo. Se muestra de acuerdo con esta conclusión ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones*, ob. cit., pp. 48-49.

⁸ STC 160/2012, de 20 de septiembre. También STS de 20 de octubre de 1994.

⁹ Sobre las diferencias doctrinales MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios*, p. 3, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», en *Papers d'estudis i formació*, n. 12, 1993, p. 11, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal, utopía, mito y eufemismo», en *ADPCP*, tomo 32, fasc./mes 3, 1979, pp. 645 ss.

¹⁰ SCHÜLER-SPRINGORUM, H., *Strafvollzug im Übergang*, Göttingen, 1969, pp. 160 ss., KAISER, G., *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle* 1972 pp. 6 ss., LEONHARDT, M., *Mehr Bühne für Resozialisierung*, Lit Berlin, 2017, p. 47. En sentido similar SEGOVIA BERNABÉ, J. L., «En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias», en *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, núm. 1, 2006, p. 1.

¹¹ Con detalle GIL GIL, A., «El concepto de resocialización en la jurisprudencia española. Especial atención a la delincuencia de motivación política», en *ADPCP*, 2021.

¹² BUENO ARÚS, F., «¿Tratamiento?», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N.º Extra 2, 1989 pp. 89 ss., MIR PUIG, S., «¿Qué queda en pie de la resocialización?», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extra 2, 1989 pp. 35 ss.; GARRIDO GENOVÉS, V., «El fracaso de la rehabilitación: un diagnóstico prematuro», en *Revista de psicología general y aplicada: Revista de la Federación Española de Asociaciones de Psicología*, vol. 37, núm. 5, 1982, pp. 905 ss.; SOLAR CALVO, P., «Hacia un nuevo concepto de reinserción» en *ADPCP*, vol. LXXIII, 2020, p. 691. Esta es también la visión de Instituciones Penitenciarias: véase Secretaría General Técnica «La estancia en prisión: Consecuencias y Reincidencia», *Documentos penitenciarios*, 16, 2017, pp. 10-11.

duras críticas contra la terminología y las pretensiones plasmadas en el artículo 25. 2 CE, al que tachan de utópico, dado el efecto de prisionización, a la vez que acusan a tal pretensión de suponer una injerencia intolerable que vulneraría los derechos fundamentales de los reclusos¹³.

Personalmente entiendo que contra estas críticas se ha contestado, con gran acierto por parte de los defensores de la primera postura¹⁴. Además, la doctrina ha abandonado en la actualidad (veremos que no tanto la jurisprudencia) concepciones maximalistas, moralizantes, de la resocialización¹⁵. Pero, sobre todo, contra esta visión pesimista que reduce la pena de prisión a la mera inocuización, solo atemperada por la obligación de no desocialización, se oponen los excelentes resultados que en múltiples ámbitos han demostrado diversas intervenciones de orientación tratamental¹⁶.

Por su parte, la legislación penitenciaria parece abonarse entusiasta a la primera versión¹⁷, mientras que la jurisprudencia maneja un doble juego¹⁸: Cuando se enfrenta al análisis de una norma o de una actuación administrativa, observamos una paulatina adaptación a la involución legislativa que sacrifica una y otra vez los fines preventivo-especiales para privilegiar los retributivos y preventivo-generales. En consecuencia, se percibe en muchas resoluciones una trasmutación del mandato resocializador en uno meramente no desocializador¹⁹.

¹³ Entre otros MUÑOZ CONDE, F. «La prisión como problema: resocialización versus desocialización», en *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 117, RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Madrid, 2009, pp. 85 y 86; MAPELLI CAFFARENA, B., «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extra 2, 1989, p. 112, LÓPEZ PEREGRÍN, C., «¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?» en *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, núm. 1, 2003, p. 2, COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 48, nota 14.

¹⁴ BUENO ARÚS, F., «¿Tratamiento?», pp. 89-98, MIR PUIG, S., «¿Qué queda en pie de la resocialización?», ob. cit. pp. 35-41, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *La resocialización: objetivo...*, ob. cit., pp. 16 ss.

¹⁵ Como las que preconizaran los autores positivistas, como DORADO MONTERO, *Derecho protector de los criminales*, 1915, p. 201. Con mayor detalle GIL GIL, A., «El concepto de resocialización», ob. cit., la misma, «¿Son resocializables los delincuentes de motivación ideológica a través de la pena?», en ALONSO RIMO, A./GIL GIL, A., (eds.) *Prevención de la radicalización violenta en prisión*, Dykinson, 2021, pp. 106 ss.

¹⁶ CID MOLINÉ, J./TEBAR VILCHES, B., «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo» en *Revista Española de Investigación Criminológica*, N 8, 2010, IBÀÑEZ I ROIG, A., y CID MOLINÉ, J., «La reinserción de las personas que finalizan condena en régimen ordinario», *Invesbrenu Criminologia*, núm. 74, 2017 p. 17.

¹⁷ Véase por ej. el artículo 59 de la LOGP.

¹⁸ GIL GIL, A., «El concepto de resocialización», ob. cit.

¹⁹ SSTC 112/1996 y 109/2000. Sobre esta tendencia GIL GIL, A., «El concepto de resocialización», ob. cit.

En cambio, a la hora de evaluar y permitir la evolución en el tratamiento penitenciario, nuestros tribunales requieren la resocialización en un sentido mucho más exigente: como la progresión en la adquisición de la actitud y las condiciones para una vida en libertad exenta de delito²⁰. Y, además se exige²¹, para afirmar ese avance, la asunción de la ilicitud y la dañosidad del hecho, el compromiso con la legalidad, e incluso, en relación con los delitos de terrorismo, el arrepentimiento y la petición de perdón²². En este ámbito, además, como veremos, este aspecto eclipsa el análisis del riesgo de reincidencia, pareciendo convertirse en un fin en sí mismo, o entrando en el pantanoso terreno de la moralización, o incluso intuyéndose una excusa para aumentar los aspectos meramente retributivos de la pena.

II. ¿Resocialización de terroristas?

La siguiente pregunta que debemos realizarnos es si la finalidad de resocialización es también predicable de los terroristas. Es un tópico bastante extendido que los delincuentes por motivación ideológica no son resocializables, no se les puede tratar²³, o no necesitan resocialización²⁴. Hay quien opina que solo ellos mismos individualmente, o como mucho con la ayuda e influencia de su círculo cercano o de personas que hayan vivido antes la misma experiencia, pueden realizar el cambio necesario para reintegrarse en la sociedad sin riesgo de reiteración delictiva²⁵. A lo anterior se unen, además, las dudas sobre la legitimidad de una intervención estatal que pretendiera la modificación de las convicciones del sujeto²⁶. Una vez contestada en el epígrafe ante-

²⁰ Véanse, por ejemplo, STC 137/2000, de 29 de mayo ATS, 22 de julio de 2020, AAP Barcelona 15 de marzo de 2018, AAP Almería 617/2016 de 30/11/16.

²¹ STC 161/1997, de 2 de octubre, y 234/1997, de 18 de diciembre, 137/2000, de 29 de mayo, ATS, 22 de julio de 2020, entre otras.

²² Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 15 de abril de 2016; AAN 321/2018 de 12/04/18; 943/2020 de 30 de diciembre y 943/2020 de 30 de diciembre.

²³ LACAL CUENCA, P., «¿Es posible la intervención terapéutica con todo tipo de internos?» en *LegalToday*, 01/10/2020, accesible en <https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/es-posible-la-intervencion-terapeutica-con-todo-tipo-de-internos-2020-10-01/>

²⁴ RIVERA BEIRAS, I. (Coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 124 ss.

²⁵ LACAL CUENCA, P., *Legal Today*, 1 de octubre de 2020.

²⁶ LACAL CUENCA, P., *Legal Today*, 1 de octubre de 2020, ob. cit., COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 48, nota 14. Sobre esta polémica con mayor detalle GONZÁLEZ COLLANTES, T., «El programa de intervención en radicalización violenta con internos islamistas: ¿implica un adoctrinamiento ideológico? Una reflexión sobre el concepto de resocialización en un estado democrático de de-

rior esta última crítica, se intentará matizar la afirmación de que los delincuentes de motivación ideológica no son resocializables.

1. *Delincuentes por convicción v. delincuentes por motivación ideológica*

Resulta esencial destacar las diferentes categorías que integrarían el concepto de delincuente por motivación ideológica, pues no todos ellos constituirían delincuentes por convicción, si pretendemos que este término nos ilustre acerca de la capacidad de la pena para modificar los factores que condujeron al delito.

Así, decía Radbruch²⁷ que «el ladrón quiere para sí la propiedad que lesiona en otro; el falsificador de documentos exige para el documento falso la misma fe pública que él perturba con su falsedad; ambos afirman por principio el merecimiento de tutela y la protección penal del bien jurídico atacado por ellos y, en consecuencia, no pueden quejarse si la tutela punitiva se dirige precisamente en su contra. El delincuente común está en contradicción consigo mismo; como representante de su propia individualidad, mejor y más avisada, le sale al paso el Estado que pune. En cambio, el delincuente por convicción no es rebatible a partir de sí mismo. Frente a la encarnada en el poder punitivo, se halla otra cerrada convicción. Por más que el Estado lo combata con toda severidad como su adversario, no puede pretender corregirlo como haría con un sujeto falto de consistencia moral». El verdadero delincuente por convicción sería, por tanto, aquel cuyo sistema de valores es el contrario al del ordenamiento y su delito la manifestación de dicha opción, sin que se pueda afirmar que la misma se ha realizado de forma irracional. Nos referimos a los supuestos en los que el delito es precisamente la expresión de la negación del bien jurídico por parte del sujeto, como puede ser, por ejemplo, el antiguo delito de insumisión a la prestación del servicio militar y la prestación social sustitutoria. Aunque no es impensable que un sujeto cambie durante su vida su esquema de valores o llegue a ver otras aristas o consecuencias de sus hechos, en principio en estos casos parece que carece de sentido incluso pretender un cambio en la mentalidad del sujeto que, siendo perfectamente cons-

recho», en Alonso Rimo. A./Gil Gil, A., (eds.), *Prevención de la radicalización violenta en prisión*, Dykinson, 2021, pp. 124 ss.

²⁷ RADBRUCH, G., «El delincuente por convicción», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-r4, 2005, accessible en <http://criminol.ugr.es/recpc> ISSN 1695-019.

ciente de la ilicitud de su conducta, la elige precisamente como manifestación de su oposición a la norma. Nos encontramos en los casos extremos de divergencia entre la ética del sujeto y el contenido de la norma. En estos supuestos la pena solo podría tener una función preventivo general, e intimidatoria o inculcadora, pero no preventivo especial positiva.

Sin embargo, no es esta la situación más habitual en la delincuencia de motivación ideológica. Por el contrario, muchos de los delitos cometidos por motivación ideológica en lo que discrepan del ordenamiento es en los medios considerados legítimos por unos y por otro para alcanzar un determinado objetivo (que puede ser también incompatible con la legalidad vigente, pero no es la búsqueda de dicho fin lo que se castiga, sino los medios empleados para ello). Así, el sedicioso pretende para su autoridad el respeto que le niega a otra, el terrorista quiere para el orden que intenta instaurar la intangibilidad que le niega al sistema democrático, etc. En particular, el delincuente por motivación ideológica de esta segunda categoría suele considerar justificada la utilización de medios ilícitos en su situación concreta, ante la imposibilidad de lograr sus objetivos por los cauces legales. Así, tanto en el terrorismo como en la rebelión, la sedición, etc. no es tanto el fin último, sino la forma de conseguirlo, lo que choca con las normas. Y evidentemente toda esa justificación de unos medios cuya ilegalidad *a priori* se conoce necesita de unas narrativas sobre las que es posible trabajar, desmontando las distorsiones cognitivas que las alimentan.

2. ¿Es posible la resocialización de delincuentes por motivación ideológica?

Desde luego esta tarea no es fácil, a veces las distorsiones cognitivas, o las creencias que están en la base de delito son tan arraigadas, o son confirmadas con tal frecuencia por el entorno del sujeto, que es muy difícil desmontarlas; además, están implicados aspectos emocionales muy complejos, como la necesidad de justificación y los mecanismos de defensa, que dificultan la asunción de responsabilidad²⁸. Por tanto, no es razonable esperar que el condenado llegue a prisión con motiva-

²⁸ RUIZ ARIAS, S., et al., *Violencia de género. Programa de intervención para agresores (PRIA)*, Documentos penitenciarios, n. 7, mayo 2010, pp. 129 ss.

ción de cambio. Por ello mismo, los tratamientos penitenciarios incluyen módulos de motivación.

Existen estudios que muestran la oportunidad que ofrece la prisión para separar al condenado de la influencia del grupo violento, darle la oportunidad de reflexionar sobre su comportamiento y desencantarse de las expectativas creadas en torno a la organización²⁹. La pena es castigo, pero también es tratamiento. Y ni el castigo resocializa sin el tratamiento, ni el tratamiento tendría los mismos efectos sin el *time-out* que supone la privación de libertad, sin la llamada de atención, el mensaje sobre el desvalor del hecho que supone el castigo, sin la motivación conseguida mediante el castigo y los incentivos de mejora en el cumplimiento del mismo³⁰. Pero, en todo caso, para que el tratamiento sea legalmente admisible, y técnicamente eficaz, ha de ser enfocado como un derecho del interno que la Administración Penitenciaria ha de ofrecer y fomentar, pero nunca imponer³¹.

Hay que recordar que no se trata de modificar por la fuerza sus esquemas de pensamiento (lo que además sería imposible), sino de exponerles las vías legales para que ese pensamiento pueda tener cabida en nuestra sociedad³². Por ello tampoco conviene obsesionarse con combatir una determinada ideología³³. En ocasiones el bagaje ideológi-

²⁹ BUBOLZ, B./SIMI, P., «Leaving the World of Hate Life-Course Transitions and Self-Change», en *American Behavioral Scientist*, vol 59, Issue 12, 2015, pp. 1588 ss., HORGAN, J., *Walking Away from Terrorism Accounts of Disengagement from Radical and Extremist Movements*, Routledge, 2009, pp. 40 ss. Por su parte, REINARES, F., «Exit From Terrorism: A Qualitative Empirical Study on Disengagement and Deradicalization Among Members of ETA», en *Terrorism and Political Violence*, volume 23, Issue 5, 2011, p. 80, relata como durante la historia de ETA cientos de militantes se han «desenganchado». Unos pocos lo hicieron siendo todavía pistoleros, basantes estando huidos en otros países, pero la gran mayoría lo hizo mientras estaba en prisión.

³⁰ Con mayor detalle GIL GIL, A., «El concepto de resocialización», ob. cit.

³¹ SOLAR CALVO, P., «¿Es posible la intervención terapéutica con todo tipo de internos?» en *LegalToday*, 1 de octubre de 2020, accesible en <https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/es-posible-la-intervencion-terapeutica-con-todo-tipo-de-internos-2020-10-01/>.

³² SOLAR CALVO, P., «¿Es posible la intervención terapéutica...», ob. cit.

³³ NEUMANN, P. R., «The trouble with radicalization», en *International Affairs*. Jul 2013, vol. 89 Issue 4, pp. 873 ss., señala como la aproximación europea al fenómeno de la violencia de motivación ideológica, a diferencia de la anglosajona, ha sido enfrentar tanto la radicalización del comportamiento como la radicalización cognitiva, entendiéndola esta última como un problema y como un peligro. Este enfoque presenta el riesgo, en su opinión, de ser mal utilizado, limitar la tolerancia y acabar en un sistema menos democrático. Sobre los problemas del enfoque europeo también CORRAL MARAVER, N., «La legislación penal contra el terrorismo en la Unión Europea y en España Algunas reflexiones a raíz de la directiva 2017/541», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 126, 2018, pp. 181y ss. La doctrina en España ha advertido insistentemente sobre los peligros del progresivo adelantamiento de la intervención penal en este ámbito. Véase, entre otros muchos, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, Ed. Reus, 2010, pp. 24 ss., el mismo, «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», en CUERDA RIEZU, A. R., (dir.), *El derecho penal ante el fin de ETA*, 2016, pp. 55 ss.,

co del delincuente es pobre³⁴, es más bien de un ropaje justificador, una narrativa que articula y ampara la opción por la violencia de determinados perfiles individuales³⁵. Y aun cuando la ideologización sea fuerte, los expertos destacan que «la adhesión a unos fines políticos, incluso maximalistas en sus planteamientos, raramente explica por sí misma la decisión individual de convertirse en miembro de un grupo terrorista». No se puede negar que hay idearios más proclives a estimular comportamientos radicalizados y violentos, pero lo cierto es que en casi todos los casos «las distintas motivaciones inciden entremezcladas y se ordenan jerárquicamente según el perfil sociológico de cada persona, las experiencias de socialización que haya vivido o los rasgos de su personalidad, entre otros aspectos intervinientes»³⁶. Y es precisamente en esos rasgos individuales de personalidad y en las carencias personales donde hay que trabajar más.

Por ello, lo esencial es recordar que el éxito de la resocialización radica en el desarrollo de una narrativa en torno a la cual el sujeto construya su autocomprensión y se dote de significado al margen del delito³⁷. Especialmente en la delincuencia de motivación ideológica, en la que precisamente ha sido cierta narrativa la que ha encauzado los rasgos de personalidad preexistentes hacia una actividad delictiva. Resulta esencial cambiar esa narrativa y esa autocomprensión por otras que permitan una vida en sociedad. En esta tarea, la atención individualizada a las características psicosociales de cada sujeto y el desarrollo de itinerarios personalizados³⁸ se revelan como esenciales para el éxito del tratamiento. Debe prestarse atención, por ejemplo, a la pérdida de significado primaria³⁹ que llevó al sujeto a buscarlo en la narrativa extremista, y sustituir la ganancia de significado que encontró en el grupo

en especial 62 ss. Este autor, con razón, conceptúa este sector de nuestro ordenamiento como un auténtico «derecho penal del enemigo».

³⁴ Sobre el excesivo peso que se da a la ideología en la explicación del comportamiento radical NEUMANN, P. R., «The trouble with radicalization», pp. 879 ss.

³⁵ FERNÁNDEZ GÓMEZ, C., «Radicalismo violento en prisiones: perspectiva actual», en ALONSO RIMO, A./GIL GIL, A., (eds.) *Prevención de la radicalización violenta en prisión*, Dykinson, 2021, pp. 106 ss.

³⁶ REINARES NESTARES, F., «Sociología política de la militancia en organizaciones terroristas», *Revista de estudios políticos*, núm. 98, 1997, pp. 97 ss.

³⁷ CID, J./MARTÍ, J., «El proceso de desistimiento de las personas encarceladas. Obstáculos y apoyos» en *Invesbren Criminología*, núm. 53, 2011, p. 7.

³⁸ NABASKUES MARTÍNEZ DE EULATE, I., «Radicalización y desradicalización de jóvenes yihadistas en Francia», en *Revista vasca de sociología y ciencia política*, núm. 63, 2017, p. 44.

³⁹ La teoría del «quest for significance model of radicalization» explica que las personas que experimentan una pérdida de significado personal (por ejemplo, debido a problemas sociales, rechazo, fracasos o injusticias, reales o percibidas) pueden buscar restaurar ese significado mediante medios extremos. Sobre este modelo explicativo y su importancia para la resocialización: DUGAS M./

violento por la proporcionada por grupos de amigos, aislando al sujeto del grupo criminal y reconectándolo con la comunidad, o por el desarrollo de un proyecto de vida propio.

Desde luego debe huirse de actuaciones o medidas que refuercen la narrativa victimista que ha llevado a la autoidentificación del sujeto con un grupo o ideología criminal, especialmente si conlleva la privación de derechos impuesta coactivamente⁴⁰. El tratamiento penitenciario debe ir dirigido a recuperar al sujeto para la sociedad, lo que se logrará, en su vertiente resocializadora positiva, consiguiendo ciudadanos libres, reforzando su dignidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales⁴¹ y dándoles las herramientas para liberarse, especialmente en el caso de motivación ideológica, de creencias distorsionadas y déficits cognitivos y de socialización que puedan estar en la base de la etiología delictiva.

III. El fin resocializador en la legislación y la jurisprudencia españolas relativas a delitos de terrorismo

1. Las progresivas reformas legales tendentes al endurecimiento de las condiciones de ejecución

Como es sobradamente conocido, desde hace años las sucesivas reformas en materia penal y penitenciaria han ido abandonando el ideal resocializador para incidir en los aspectos retributivos, preventivo generales y preventivo especiales negativos⁴². Esta tendencia alcanzó su punto álgido con la aprobación de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, ampliamente criticada por la doctrina por numerosos mo-

KRUGLANSKI, A. W., «The quest for significance model of radicalization: implications for the management of terrorist detainees», en *Behavioral Sciences & The Law*. 2014 may.-jun. 32(3), pp. 423 ss.

⁴⁰ Ejemplo, en este sentido, de lo que no hay que hacer es el AAN 530/2017 de 17 de julio de 2017.

⁴¹ Así el Tribunal Constitucional ha relacionado de manera positiva ese desarrollo de la personalidad dirigido a lograr la resocialización con el ejercicio de derechos fundamentales. STC de 27 de enero de 2020. Similar STC de 10 de febrero de 2020. Sobre estas sentencias véase el comentario de SOLAR CALVO, P., «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 202», en *La Ley Penal* núm. 144, mayo-junio 2020.

⁴² FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión* Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior, Madrid, 2014, p. 529. CERVELLÓ DONDERIS, V., «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social» en VV.AA., *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, 2005, pp. 217 ss.

tivos⁴³. Entre otras cosas, se ha reprochado, con razón, que la ley exija al delincuente no solo renunciar a los métodos delictivos, sino también a sus fines, que se sustituya el análisis del riesgo de reincidencia por la exigencia de la delación o que se pretenda entrar en la ética personal del sujeto, que se quiebre el principio de igualdad, al establecer un régimen excepcional, su incoherencia con la atenuante de colaboración, etc. No son pocos los autores que denuncian que tras esta reforma solo está la intención de garantizar el cumplimiento íntegro dentro de la prisión de las penas impuestas por terrorismo, en un énfasis retributivo que eliminaría la finalidad resocializadora de la pena.

A las anteriores siguieron todavía otras reformas⁴⁴ dirigidas a incidir en los fines retributivo e inocuidador⁴⁵, que, entre otras modificaciones, introdujeron la medida de libertad vigilada en 2010⁴⁶ y la pena de prisión

⁴³ Véanse, entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M., «Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas» en FARALDO CABANA, P., *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 341 ss.; RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., «El modelo penitenciario español frente al terrorismo» en *La ley penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 65, 2009, p. 74 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V., «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social», en *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 2005, pp. 217 ss.; FARALDO CABANA, P., «El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo en España», en *Revista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. VII, núm. 1, Gennaio-Aprile 2013, pp. 30 ss.; la misma, «Medidas premiales durante la ejecución de condenas por delitos de terrorismo y delincuencia organizada. Hacia un subsistema penal y penitenciario de excepción», en CANCIO MELIÁ M./GÓMEZ-JARA DÍEZ C. (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Volumen 1, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 771 ss.; la misma, «Un derecho penal de enemigos para integrantes de organizaciones criminales...», ob. cit., pp. 317 ss., La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas» *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 327; LANDA GOROSTIZA, J. M., «Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): Un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿hacia dónde?», en CANCIO MELIÁ M./GÓMEZ-JARA DÍEZ C. (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 1, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 177 ss., 198 ss.; DUFRAIX TAPIA, R. A., «Algunas reflexiones sobre la petición de perdón a las víctimas de delitos terroristas en España», en *Eguzkilore*, núm. 22, 2008, pp. 117 ss.; RENART GARCÍA F., *La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico: (adaptada a la L. O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)*, Edisofer, Madrid, 2003, p. 189; JUANATEY DORADO, C., «La ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal», en, pp. 5 ss.; CANO PAÑOS, M. A., «El régimen penitenciario de los terroristas de ETA: ¿Mantenimiento, supresión o modificación?», en *Diario La Ley*, núm. 7821, Sección Tribuna, año XXXIII, 20 de marzo de 2012, pp. 4 ss.

⁴⁴ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., «Terrorismo y tratamiento punitivista: más allá de la prisión», en Pérez Cepeda (dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, 2018, pp. 435 ss.

⁴⁶ La doctrina ha señalado que la medida de libertad vigilada para condenados por terrorismo tiene escaso contenido resocializador, incidiendo más bien en la finalidad de aseguramiento; REBOLLO VARGAS, R., «De las medidas de seguridad», en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Edit. Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 854, PÉREZ

permanente revisable en 2015⁴⁷, con sus peculiaridades de nuevo (períodos de seguridad, requisitos⁴⁸), en relación con el acceso al tercer grado, la libertad condicional o la revisión, contrarias al fin resocializador⁴⁹.

2. La expansión de los requisitos por vía jurisprudencial

Pero la jurisprudencia, lejos de ejercer un control sobre el legislador en defensa del mandato constitucional, ha seguido la misma orientación, replegando su doctrina ante cada nueva reforma⁵⁰, o, lo que es peor, expandiendo por vía interpretativa y retroactivamente los nuevos requisitos. Así, por ejemplo, el argumento de que los requisitos introducidos en 2003 para el acceso al tercer grado y la libertad condicional pudieran derivarse por vía interpretativa de la legislación anterior⁵¹, en tanto se relacionan con la progresión en la resocialización del penado, ha provocado su salto a la decisión de pasar de primer⁵² a segundo gra-

MACHO, A. I., «¿Garantismo versus impunidad?», en *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria, Revista de Pensamiento e Historia*, núm. 47, 2014, p. 64.

⁴⁷ Sería imposible citar aquí toda la doctrina que se ha manifestado en contra de esta pena denunciando su incompatibilidad con el mandato de orientar las penas privativas de libertad a la resocialización del condenado. Véase por todos GIMBERNAT ORDEIG, E., «Contra la prisión permanente revisable», *ADPCP*, tomo 71, fasc. 1, 2018, pp. 491 ss., GARCÍA RIVAS, N., «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 128, 2017, pp. 1 ss., ACALE SÁNCHEZ, M., «Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho penitenciario» en ARROYO ZAPATERO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/PÉREZ MANZANO (eds.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, 2016, pp. 16 ss., CANCIO MELIÁ, M., «La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal», en *Diario La Ley*, núm. 8175, 2013, p. 1554, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Análisis crítico de la libertad condicional en el proyecto de reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013 (especial referencia a la prisión permanente revisable)», en *La Ley Penal*, núm. 110, Septiembre-Octubre 2014, pp. 65 ss., DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 10, 2013, pp. 65 ss.

⁴⁸ Mención especial merecen los criterios a tener en cuenta en el pronóstico de reinserción y que nada tiene que ver con el riesgo de reincidencia: ROIG TORRES, M., «El pronóstico de reinserción social en la prisión permanente revisable», *InDret* 1/2018, pp. 18 ss., DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «La prisión permanente revisable...», ob. cit. pp. 80 ss., CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia, 2015, pp. 4 ss.

⁴⁹ Hoy se exigen en algunos supuestos, ya solo para acceder a la libertad condicional (o incluso al tercer grado en casos de concursos de delitos) plazos de cumplimiento superiores a aquellos que el Tribunal Supremo consideraba, en su antigua jurisprudencia sobre acumulación de penas, contrarios al mandato resocializador (SSTS 553/1998 de 30 de enero de 1998, 1996/2002 de 25 de noviembre de 2002, entre otras muchas). Sobre la incompatibilidad de esta regulación con el fin resocializador NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Análisis crítico...», ob. cit. pp. 65 ss.

⁵⁰ Con mayor detalle GIL GIL, A., «El concepto de resocialización», ob. cit.

⁵¹ Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 17 de diciembre de 2003.

⁵² Hay que recordar que los condenados por terrorismo son sistemáticamente clasificados en primer grado, en aplicación del art. 102.5 del Reglamento penitenciario, que regula como una de las situaciones de peligrosidad extrema, la de pertenecer a organizaciones delictivas o a bandas

do⁵³, y a la concesión de otros beneficios para los que tampoco está previsto, como el de la redención extraordinaria de penas por el trabajo⁵⁴, en una estrategia que recuerda demasiado a la malograda «doctrina Parot»⁵⁵. Pero, además, por esta vía interpretativa, los requisitos se han endurecido, convirtiéndose, del medio de prueba opcional y alternativo que prevé la ley, en exigencia imprescindible, y terminando por modificar, solo para el terrorismo⁵⁶, el concepto de resocialización⁵⁷. En este ámbito, la jurisprudencia⁵⁸ no se conforma con las manifestaciones del recluso de rechazo al uso de la violencia para la consecución de objetivos políticos, sino que exige una petición de perdón expresa a las víctimas concretas, que además debe responder a un arrepentimiento ético, espontáneo y sincero⁵⁹.

armadas. Véase sobre ello RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., «El modelo penitenciario español frente al terrorismo» en *La ley penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 65, 2009, pp. 68 ss., RÍOS MARTÍN, J., «Medios y fines de la política penitenciaria para presos de ETA», en RIVERA. A./MATEO E., *Víctimas y Política Penitenciaria*, Catarata, 2019, p. 132.

⁵³ El Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 4 de noviembre de 2019 establece: «Teniendo en cuenta la trayectoria delictiva del interno, de los delitos especialmente graves cometidos por los que cumple el máximo de condena, 20 años de prisión, que no ha dado ninguna muestra de pedir perdón a las víctimas del delito, ni de satisfacer la responsabilidad civil, dado el tiempo de cumplimiento de condena, que no llega a la mitad de la misma, es por lo que, a pesar del informe mayoritario favorable de la Junta de Tratamiento debe mantenerse en el primer grado penitenciario». Similar AAN Sala Penal Sección 1.ª de 22 de julio de 2019.

⁵⁴ AAN, Sala de lo Penal de 1 de diciembre de 2014, AAN 321/2018 de 12 de abril de 2018, AAN 943/2020, de 30 de diciembre de 2020 y AAN 944/2020, de 30 de diciembre de 2020, entre otros.

⁵⁵ Sobre esta doctrina, véase entre otros muchos comentarios, véase HAVA GARCÍA, E., «Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias», en *Ennomía. Revista en Cultura de la Legalidad* núm. 6, marzo-agosto 2014, pp. 153 ss.; CÁMARA ARROYO, S., «La doctrina Parot», en Bustos Rubio, M./Abadías Selma, M., A. (dirs.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, 2020, pp. 141 ss.; CUERDA RIEZU, A., «El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot: observaciones legales y constitucionales», en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7, 2006, pp. 291 ss.

⁵⁶ Aunque la alusión al arrepentimiento del condenado aparece en las resoluciones judiciales relativas a otros delitos diferentes del terrorismo, en ellas es siempre traído a colación de manera positiva, como prueba de la resocialización, y no, como sucede cuando se trata de terroristas, como requisito cuya no verificación impide afirmar el necesario avance en el proceso personal de resocialización. Véase, por ejemplo, AJVP La Coruña de 18 de noviembre de 2005, AJVP San Sebastián, de 13 de noviembre de 2007, AJVP Barcelona 1 de 14 de septiembre de 2007, AJVP Barcelona 1 de 27 de noviembre de 2007, AJVP Salamanca de 8 de febrero de 2008, AJVP Melilla de 30 de octubre de 2006.

⁵⁷ Con mayor detalle GIL GIL, A., «El requisito de «petición expresa de perdón a las víctimas» ¿signo de la progresión personal en el proceso de resocialización?», en *Revista General de Derecho penal*, núm. 36, mayo 2021.

⁵⁸ AAN, Sala de lo Penal, de 1 de diciembre de 2014, AAN 321/2018 Sala penal Sección 1.ª de 12 de abril de 2018 AAN 321/2018 de 12 de abril de 2018, AAN Sala Penal Sección 1.ª de 22 de julio de 2019, AAN Sala Penal Sección 1.ª de 22 de julio de 2019, AAN 943/2020, de 30 de diciembre de 2020 y AAN 944/2020, de 30 de diciembre de 2020

⁵⁹ Sobre las nefastas consecuencias de esta jurisprudencia, en tanto priva de efectos a la petición de perdón, al colocarla siempre bajo sospecha, supone una utilización de víctimas y con-

IV. La práctica de los procesos de abandono de la violencia terrorista. Desenganche v. desradicalización.

Existen desde hace años multitud de estudios psicosociales sobre los procesos de radicalización y desradicalización⁶⁰. Lo primero que señalan los expertos es la necesidad de distinguir entre desenganche y desradicalización⁶¹. Mientras el desenganche hace referencia a la renuncia a la actividad violenta, la desradicalización se refiere al abandono de la ideología extremista. Aunque desde luego la aceptación de las valoraciones del ordenamiento es la mejor garantía de cumplimiento

denados, abre un espacio donde no debería haberlo a la «batalla de narrativas», y, sobre todo, pervierte el concepto de resocialización, haciéndolo imposible, véase GIL GIL, A., «El requisito de «petición expresa de perdón...», ob. cit.

⁶⁰ Por citar algunos estudios: REINARES NESTARES, F., «Sociología política de la militancia en organizaciones terroristas», ob. cit., el mismo, «Exit From Terrorism...», ob. cit., pp. 780 ss.; ROY, O., *Le djihad et la mort*, Paris, Seuil, 2016; SCHMID, A., *Radicalisation, De-Radicalisation, Counter-Radicalisation: A Conceptual Discussion and Literature Review*. International Center for Counter-Terrorism, The Hague, 2013, accesible en <https://www.icct.nl/download/file/ICCT-Schmid-Radicalisation-De-Radicalisation-Counter-Radicalisation-March-2013.pdf>; BUBOLZ, B., y SIMI, P., «Leaving the World of Hate Life-Course Transitions and Self-Change», en *American Behavioral Scientist*, Vol 59, Issue 12, 2015, pp. 1588 ss.; DALGAARD-NIELSEN, A., «Promoting EXIT from Violent Extremism: Themes and Approaches», en *Studies in Conflict and Terrorism*, 36:3, 2013; GUNARATNA, R., «Terrorist Rehabilitation: Genesis, Genealogy and Likely Future», en GUNARATNA R./BIN ALI, M., eds. *Terrorist Rehabilitation: A New Frontier in Counter-terrorism*, London: Imperial College Press, 2015, p. 3; HORGAN, J./BRADDOCK, K., «Rehabilitating the Terrorists?: Challenges in Assessing the Effectiveness of De-radicalization Programs», en *Terrorism and Political Violence*, núm. 22, 2010.

⁶¹ Existen sin embargo pequeñas variantes en lo que los autores entienden por estos términos. Particular es la explicación elaborada para ETA por REINARES, F., «Exit From Terrorism...», ob. cit. p. 780, quien asocia el desenganche con el cese de la participación relacionada con la actividad violenta, lo que en su opinión incluye el cese de la pertenencia a la organización y de la sujeción a su disciplina y la desradicalización con un cambio de actitud en la que ya no se aprueba ni justifica el terrorismo. NEUMANN, P. R., «The trouble with radicalization», en *International Affairs*, Vol. 89 Issue 4, julio 2013, p. 873 ss., explica que radicalización cognitiva es la referida a las ideas extremistas, mientras que la radicalización del comportamiento sería la relativa a un comportamiento extremista. HORGAN, J., *Walking Away From Terrorism: Accounts of Disengagement from Radical and Extremist Movements*, London, Routledge, 2009, distingue radicalización, entendida como el proceso social y psicológico de compromiso progresivo con una ideología política o religiosa extremista, y que puede no conducir necesariamente a la violencia, aunque se considera uno de los factores de riesgo necesarios, entre otros, para ello (p. 152), y radicalización violenta, como proceso social y psicológico de radicalización creciente y focalizada mediante la participación en un movimiento violento no estatal. La radicalización violenta así entendida abarcaría las fases de a) integrarse en un grupo terrorista y b) permanecer integrado y participar en actividades terroristas; la radicalización violenta implica un proceso pre-integración, buscando la oportunidad de participar en la violencia y la exploración de alternativas en competencia; para enrolarse en la radicalización violenta el individuo debe tener tanto la oportunidad de involucrarse como la capacidad de tomar la decisión de comprometerse (p. 152). Sobre los distintos estadios de radicalización, divididos en cuatro etapas o grupos, véase MOYANO, M./TRUJILLO, H., *Radicalización islamista y terrorismo. Claves psicosociales*, Granada, Universidad de Granada, 2013, pp. 13 ss.; CANO PAÑOS, M. A./CASTRO TOLEDO, F. J.: «El camino a la (Ciber) Yihad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-15, 2018, pp. 5 ss.

de las normas y el abandono de la ideología extremista supone eliminar un factor de riesgo, es preciso recordar que la modificación de la ideología es solo, en su caso, un medio entre otros, para lograr la resocialización, pero no es el fin (además de que no es posible por medios coercitivos, ni sería legítimo siquiera intentarlo); que la resocialización debe conformarse, por tanto, con conjurar el riesgo de reiteración delictiva; y que las investigaciones, además, han descartado que la desradicalización, en el sentido de modificación de la ideología, sea imprescindible para el desenganche⁶². La práctica demuestra, al contrario, que los procesos de desenganche suelen comenzar con desacuerdos o desengaños del sujeto con la organización⁶³.

Pero más desconectado todavía de la realidad se revela el empeño en exigir, para afirmar un progreso en la resocialización, un arrepentimiento moral, porque aquí juega en contra no solo la ideología, que puede perdurar aunque el sujeto haya comprendido la futilidad o inconveniencia de perseguir su implantación por vías violentas⁶⁴, sino además la necesidad del ser humano de dotar a su existencia de un sentido, donde entran las explicaciones y justificaciones personales⁶⁵. Los estudios a nivel internacional demuestran que la mayoría de los exterroristas

⁶² HORGAN, J., «From Profiles to Pathways and Roots to Routes: Perspectives from Psychology on Radicalization into Terrorism», en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 618, 2008, p. 80, HORGAN, J./BRADDOCK, K., «Rehabilitating the Terrorists?» ob. cit., pp. 267 ss. MATTSSON, C./JOHANSSON, T., «Talk is silver and silence is gold? Assessing the impact of public disengagement from the extreme right on deradicalization», en *Journal for Deradicalization*, núm. 24, 2020, p. 82 ss., REINARES, F., «Exit From Terrorism...», ob. cit. p. 780.

⁶³ MATTSSON, C./JOHANSSON, T., «Talk is silver...», p. 104, REINARES, F., «Sociología política de la militancia en organizaciones terroristas», *Revista de estudios políticos*, núm. 98, 1997, pp. 110 ss., el mismo, «Exit From Terrorism...», ob. cit. p. 781 ss., con detalle sobre los motivos que llevan al desenganche en el caso de miembros de ETA, y que, sin embargo, no comportan desradicalización. Los clasifica este autor en factores estructurales (cambios sociales y políticos), organizacionales (referidos al propio funcionamiento de la organización terrorista) y personales (cambios de preferencias tras largos años de privación de libertad).

⁶⁴ Los militantes que abandonan ETA sin repudiar su pasado violento, a menudo lo hacen por considerar que la vía violenta no es útil ni conveniente, REINARES, F., «Exit From Terrorism...», ob. cit. p. 801.

⁶⁵ Sobre estas dificultades RÍOS MARTÍN, J., «Medios y fines de la política penitenciaria para presos de ETA», ob. cit., p. 126. Hay que recordar que también algunos de los presos críticos acogidos a la vía Nanclares, a pesar de su sincera petición de perdón a las víctimas, siguen explicándose de alguna manera su comportamiento pasado. Por ello me parece más acertada la interpretación de los requisitos legales que han hecho algunos magistrados de vigilancia penitenciaria que trataron con los presos de la Vía Nanclares, intentando reconducirlos al concepto jurídico de resocialización. Así, el magistrado José Luis Castro de Antonio deduce del abandono de la organización, sabiendo el coste económico, personal y familiar que ello podía comportar a los exmiembros de ETA, y de la observación personal, el exigido arrepentimiento de los condenados, con independencia de las vías, «directas» o «indirectas», que les hubieran conducido a ese abandono. Véase TERRADILLOS, A., *Vivir después de matar*, La Esfera de los Libros, Plaza, 2016, capítulo 4, apartado 2.

tas justifica el pasado, aunque niega que la lucha armada pudiera ser eficaz en el presente⁶⁶ y que no es el sentimiento de culpa el que impulsa el abandono de la violencia, aunque pueda venir después. En concreto, se ha puesto de manifiesto como el arrepentimiento viene determinado por el tipo de afrontación de su pasado que elija el sujeto. Así, quienes eligen la vía de la confesión pública y la participación en actividades preventivas suelen caminar hacia la desradicalización en mayor medida que quienes simplemente deciden cambiar de vida ocultando su pasado. Estos últimos pueden, en mayor medida, conservar ideas extremistas y se ven privados de los beneficios terapéuticos que a los primeros les proporciona su estrategia, aunque ambos grupos consigan evitar la reincidencia en la violencia. En ninguno de ambos casos el sentimiento de culpa es el motivo inicial para el desenganche. Los motivos son las circunstancias sociales y personales. El sentimiento de culpa viene después, en la confrontación pública de lo realizado, para quienes eligen la primera estrategia⁶⁷.

Vista esta extendida realidad y comprendidas sus razones, y, sobre todo, que no existe relación entre esos comportamientos autoexplicativos y un riesgo de reincidencia, empeñarse en exigir una especie de contrición moral y conversión ideológica no puede tener otro sentido que enmascarar un énfasis retributivo sobre aquellos considerados «enemigos», aquellos a los que no se ha conseguido derrotar también en sus convicciones y en su fuero interno⁶⁸.

En definitiva, el proceso de desenganche es largo y complejo, suele comenzar, no con una reflexión crítica sobre el propio comportamiento, sino con una desilusión y una progresiva separación de la organización, pero necesita, además, de una estrategia para convertir con éxito una identidad estigmatizada en una nueva y aceptable presentación del

⁶⁶ Véase WALDMANN, P. (Ed.), *Beruf Terrorist. Lebenslaufe im Untergrund*. C. H. Beck, Munich, 1993, *passim*.

⁶⁷ MATTSSON, C./JOHANSSON, T., «Talk is silver and silence is gold?...», *ob. cit.*, p. 105.

⁶⁸ Por todo lo dicho, estimo que acierta GARRO CARRERA, E., «Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa: Claves para una reelaboración», en *Indret*, núm. 1, 2013, p. 23, cuando afirma que, «dado que ni el arrepentimiento ha de conformar la esfera de lo jurídicamente relevante, ni el valor expresivo exigible al comportamiento postdelictivo positivo queda subordinado a que el colaborador deje de ser quien fue, o a que reniegue de su valoración pasada de las circunstancias políticas o sociales que le llevaron a ingresar en la organización o a colaborar con ella, no debe verse como un indicio de falta de verosimilitud del comportamiento postdelictivo positivo el que el sujeto que abandona la organización explique su historia, o los factores o vivencias que le llevaron a ingresar en la asociación (lo que será especialmente probable si se perteneció a una organización orientada a la consecución de fines políticos), siempre que el relato no se utilice para insinuar que el mal causado estaba justificado».

yo⁶⁹. Privar al condenado de su proceso de autocomprensión, ofrecerle como única alternativa el rol de delator o de traidor, o entrar en la confrontación dialéctica con él, no parecen estrategias ni realistas, ni convenientes para trabajar su resignificación como persona alejada del delito⁷⁰.

Para favorecer a la resocialización del condenado es conveniente trabajar la empatía y la asunción de responsabilidades en el marco del tratamiento resocializador individualizado y voluntario, al igual que procurar los encuentros restaurativos⁷¹, pero resulta, por el contrario, contraproducente, intentar imponerlo de la manera que se está haciendo.

V. Conclusiones

La legislación penal y penitenciaria española ha renunciado hace tiempo a la finalidad resocializadora de la pena cuando se trata de condenados por delitos de terrorismo, poniendo el énfasis en los fines retributivo, preventivo general y preventivo especial negativo (inocuidación).

La jurisprudencia, por su parte, maneja un doble juego: por un lado, a la hora de enjuiciar una ley o una decisión de la administración, adaptándose a los deseos del legislador, ha convertido el mandato resocializador en un mero principio dirigido a evitar la desocialización, cuyo contenido, además, ha ido menguando paulatinamente. Pero al mismo tiempo, exige a los condenados por terrorismo, para conceder la progresión en grado o los beneficios penitenciarios, una prueba de progreso personal en la resocialización, que además debe demostrar en todo caso un arrepentimiento ético, espontáneo y sincero.

Con ello se ha producido una modificación del contenido de la resocialización solo para este tipo de delincuentes, entrando en un con-

⁶⁹ MATTSSON, C./JOHANSSON, T., «Talk is silver...», p. 104.

⁷⁰ Se ha advertido, en este sentido, que la confortación con el preso puede provocar la resistencia del mismo, en el efecto que se conoce como «disonancia cognitiva» o incluso el reforzamiento de sus convicciones («reactancia»). Por el contrario, la intervención externa debería, según los expertos, aprovechar las dudas y el desencanto naturales del sujeto sobre su militancia y permanecer cercana a esas dudas, hacer que el intento de influencia sea lo más sutil posible, usar narrativas y estrategias de autoafirmación para reducir la resistencia a la persuasión y considerar la posibilidad de promover un cambio de actitud a través del cambio de comportamiento, como alternativa para buscar influir directamente en las creencias. DALGAARD-NIELSEN, A., «Promoting EXIT from Violent Extremism...», ob. cit., pp. 99 ss.

⁷¹ Sobre la utilidad de los programas restaurativos para trabajar en la resocialización del condenado véase RÍOS MARTÍN, J. C./OLALDE ALTAREJOS, A., J., «Justicia restaurativa y mediación...», p. 15.

cepto moralizante, de imposible comprobación, contrario al principio de indemnidad del fuero interno, que no responde a la realidad de los procesos de desenganche y que además sustituye a la verdadera resocialización a la que hace referencia el mandato constitucional: la referida exclusivamente a la conjura del riesgo de reincidencia.

Esta transmutación, en definitiva, infringe el art. 25.2 CE, y encubre un énfasis retributivo e inocuidador contra aquellos considerados enemigos, en tanto no expresen públicamente su derrota mediante la renuncia, no ya al uso de la violencia (lo que debería bastar), sino a su ideología.

La estrategia resulta no solo contraproducente para la resocialización, sino inútil para las víctimas.

THE ENIGMA OF *DE FACTO* ABOLITION OF CAPITAL PUNISHMENT

ROGER HOOD*

I. Prelude

I first met Professor Luis Arroyo Zapatero in the Spring of 2009 at the World Congress Against the Death Penalty held in Geneva, and was immediately impressed by his enthusiasm, forceful energy, and utter commitment to do what he could to move forward the human rights agenda to end the death penalty throughout the world. He had been inspired by the Spanish initiative, announced in 2008, at the United Nations General Assembly, by the President of Spain –Jose Zapatero, Luis' cousin– to create the conditions and a structure to achieve a «universal moratorium» on the use of the death penalty by 2015, as a first step towards its «definite abolition»¹. This initiative was inspired by the UN's declaration of Millennium Objectives and «Development Goals» aimed to eliminate poverty, to promote peace, and to end violence and conflicts so as to achieve justice for all' which Luis Arroyo considered particularly relevant to the «renouncement of capital punishment because we repudiate killing in cold blood»².

The vehicle was to be the establishment in 2009 by the Spanish government, as part of its National Plan on Human Rights, of an International Commission Against the Death Penalty. Two of its main objectives would be: «to promote the establishment of an immediate moratorium on the use of the death penalty in all regions of the world,

* Roger had written a full draft of this essay when he fell ill and asked his colleagues for comments. Carolyn Hoyle and Saul Lehrfreund returned to it after his death and completed it for this collection.

¹ RODRÍGUEZ ZAPATERO, J. L., «For the Universal Abolition of the Death Penalty», in Luis Arroyo, Paloma Biglino Campos And William A, Schabas (eds.), *Towards Universal Abolition of the Death Penalty*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010 17-26 at 25.

² ARROYO ZAPATERO, L., «Towards a Universal Moratorium on the Death Penalty», *ibid.* 40-50 at 49.

aiming to achieve the effective implementation of a universal moratorium... prior to its complete abolition [and] to promote abolition in the legislature of those countries, *carefully considered* (my emphasis) that apply *de facto* moratoria on the use of the death penalty»³.

To support the Spanish government's initiative, the Commission, and governments and NGOs elsewhere dedicated to the abolitionist cause, Luis Arroyo founded in 2009 a new collaborative organisation called «Academics for Abolition» (known as the International Academic Network for the Abolition of Capital Punishment, or REPECAP). He recognised that although the great progress made towards universal abolition was undoubtedly significant and encouraging for abolitionists, it did not, as he put it, «represent the *end of the history* of abolition»⁴. Undoubtedly, he had in mind the considerable number of countries that continued to impose death sentences, though the number which regularly executed them had fallen substantially.

II. The Issue

The purpose of this short essay is to assess what progress has been made in the decade since the Spanish inspired project began in 2008. In particular, it focuses on the goal of persuading countries considered to be «abolitionist *de facto*» to take the decisive step to complete abolition. These are countries that retain the death penalty *de jure* but have not carried out an execution for at least 10 years, or if so, have within that period announced an official moratorium, or ratified the Second Optional Protocol to the ICCPR «aiming at the abolition of the death penalty»⁵. It sheds light on this issue by drawing on research recently carried out in the Caribbean on why some countries that have long ceased to execute offenders convicted of capital crimes, and therefore could be classed as abolitionist *de facto* (ADF) on the 10-year rule, appear to have set their face against abolition *de jure*. The message

³ See VALLE GARAGORRI, R., «The constitution of the International Commission; A group of likeminded States», *ibid.* 443-445 at 444; and ARROYO ZAPATERO, L., «Towards a Universal Moratorium on the Death Penalty». *ibid.* 40-50 at 49.

⁴ ARROYO ZAPATERO, L., «Towards a Universal Moratorium on the Death Penalty», *op. cit.* at 45.

⁵ This is the definition of *de facto* abolition now used by the United Nations. It should be noted that the UN does not count Taiwan (Province of China) as an independent jurisdiction, but Amnesty International does, while the UN number includes the tiny Pacific island Niue, but Amnesty International does not.

that I hope to convey, is that the goal of the abolitionist movement should be to remove the threat of the judicially imposed death penalty, whether enforced by executions or not, from the laws of all countries. By doing so, the moral message that it cannot prevail in any form, even symbolically without executions, can prevail universally.

III. Questions of Definition and Counting

It may help briefly to explain how the concept of *de facto* abolitionist status developed and the significance of how its definition has been changed and the category differentially applied in the past thirty years. Was it meant to indicate the countries that were clearly «on the road», to abolition; or indeed that it was the main, natural, or even essential, road to take? Or was it more broadly meant to signify that the practice of judicial execution had ceased for a sufficient period to be able to assume that it would not be revived?

Marc Ancel's report to the United Nations entitled *Capital Punishment*, and his report to the Council of Europe on *The Death Penalty in European Countries*, both published in 1962, applied the term *abolition de facto* to those countries:

«whose positive law (penal code or special statutes) make provision for the death penalty and where sentences of death are passed but in which such sentences are never carried out by virtue of an *established custom*» (my emphasis)⁶.

It is notable that, at that time, he applied it restrictively to only four states (only one of which could be described as a populous country): Belgium, Liechtenstein, Luxembourg and the Vatican City State, even though he recognised that there were other states and territories which had ceased executions, some of which had done so for over 10 years.⁷ These he characterised instead as retentionist jurisdictions «in

⁶ Both reports are discussed in the Amnesty International Report, *The Death Penalty*, 1979. London, 24-25.

⁷ It should also be noted that the first reports commissioned by the UN from Professors Ancel (1962) and Morris (1967) included as separate jurisdictions the states of federal systems: Australia, the United States and Mexico in their calculation of the number of abolitionist and retentionist countries. Thus, «In Australia only Queensland had abolished the death penalty; in Mexico five of the 29 states retained the death penalty; in the USA the federal system, the Dis-

which an experiment in abolition appears to be in progress»⁸. Indeed he noted that «The process of abolition has usually taken a long time and followed a distinctive pattern ... leading to de facto abolition, and eventual abolition de jure»⁹.

On receiving the report, the UN Economic and Social Council (ECOSOC), «urged UN member governments... to remove the punishment from the criminal law concerning any crime to which it is, in fact, not applied or to which there is no intention to apply it (*de facto* abolitionist countries)». Norval Morris, in his follow-up report to the UN published in 1967, covering the period 1961-65, listed the countries and territories «whose laws provide the death penalty at all, whether it is used in practice or not». He observed that «Actual utilization of capital punishment as an instrument of public policy... must be addressed quite apart from the existence or non-existence of legal provisions for the death penalty», but made no attempt to provide a criterion for defining a list of *de facto* countries.¹⁰

When Amnesty International produced its first, country by country, report in 1979 on *The Death Penalty*, covering the years 1973 to 1976, it began in an Editorial Note with the following statement: «The contents list shows [marked by an asterisk] those countries which have totally abolished the death penalty for all crimes, whether committed in peacetime or in time of war. *It is only such countries which can properly be classified as abolitionist*» (my emphasis). Following this principle, there was no attempt to separate a *de facto* category. And when the UN began to conduct quinquennial surveys in 1975 the writers of the reports used the restrictive term favoured by Ancel: namely «abolition by custom», which William Schabas has revealed «referred to a State which had not sentenced a person to death or carried out an execution for at least 40 years»¹¹. This obviously indicated a very high standard of proof that a return to executions was unlikely. Yet, by the

trict of Columbia and 41 of the 50 states retained it». The Western Pacific Islands were grouped as one entity.

⁸ United Nations, *Capital Punishment* (Ancel Report). New York, 1962, paras 8 and 9 and fn. 4, page X: «To these countries which are *certainly* abolitionist *de facto* could be added, to some extent at least, those [few] in which an experiment in abolition appears to be in progress... The exact scope of these experiments is, however, debatable».

⁹ MARC ANCEL, *The death penalty in European Counties*. Strasbourg: Council of Europe 1962, 12-13

¹⁰ United Nations, *Capital Punishment. Developments 1961 to 1965* (Morris Report), New York 1967, p. 7.

¹¹ WILLIAM SCHABAS «International Trends towards limitation and abolition in the world», in Arroyo *et al.* (ed.), *op. cit.*, 27-37 at 29.

third quinquennial report in 1985 (which was only published internally) it was decided that retentionist states which had not executed a person for an «ordinary crime» for at least 10 years should be separately classified as «abolitionist *de facto*»¹².

This was the convention I followed when invited to update the Morris Report to cover the developments during the period 1965 to 1988. By 1988, 52 countries had abolished the death penalty completely or for ordinary crimes committed in peacetime and 26 were now classified as ADF. However, 13 countries which had become ADF had resumed executions during this 23-year period.¹³ The conclusion was clear: at this time cessation of executions, even for as long as 10 years, could not be taken automatically as a signal that a country was firmly allied to the abolitionist cause.

Nor did it turn out, as the abolitionist movement proceeded rapidly to gather adherents in the years following the fall of the Berlin Wall¹⁴, that becoming ADF was a necessary or even typical precedent to finally abolishing the death penalty completely. Over the period from 1989 to 2014 only 25 of the 58 countries that abolished the death penalty preceded this with a 10-year period of ADF¹⁵.

In the 5th edition of *The Death Penalty*, published in 2015, Carolyn Hoyle and I concluded: For all these reasons ... «abolitionists cannot be satisfied with non-enforcement of capital punishment, even when it has lasted 10 years or so». As a result, our ADF category was unambiguously defined as a sub-category of retentionist countries: «Retentionist but abolitionist *de facto*». This was because we believed its «dormant existence in law can readily be translated into a practical reality in response to a heightened fear of crime or political instability, such that the practice of executing offenders can be revived after decades without use»¹⁶.

¹² It is interesting to note, however, that none of the 18 countries which at that time retained the death penalty for «exceptional crimes» but had not carried out an execution for at least 10 years, were classified as abolitionist *de facto*.

¹³ Bahrain, Barbados, Bermuda, Chile, Gabon, Gambia, Grenada, Guyana, Indonesia, Libya, Mauritius and St Kitts. See Roger Hood, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, Oxford: Oxford University Press, 1st edition, 1988, at 8. Of these, countries 32 years later in 2018 [UN 2020], only Gabon and Mauritius have fully abolished the death penalty, although Gambia was classified as abolitionist in 2018 by the UN (but ADF by Amnesty International). Bahrain, Indonesia and Libya remain retentionist states, Chile abolitionist but for ordinary crimes only, and Barbados, Bermuda, Grenada, Guyana and St Kitts remain retentionist but abolitionist *de facto*.

¹⁴ By 2001 the number of completely abolitionist nations had jumped from 35 in 1988 to 75. Hood 3rd edition 2002, 14.

¹⁵ ROGER HOOD/CAROLYN HOYLE, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, 5th edition, 2015, at 16 and 18.

¹⁶ ROGER HOOD/CAROLYN HOYLE 5th edition, *op. cit.*, at. 174.

There remain disputes about which countries should be defined as abolitionist and retentionist, which affect the number categorised as ADF according to the UN and those defined as «abolitionist in practice» by Amnesty International, who in addition to the criterion of non-execution for at least 10 years add an additional criterion, namely that they «are believed to have a policy or established practice of not carrying out executions».

As a result, the 10th UN Quinquennial Survey categorised 50 states as ADF at the end of 2018, whereas Amnesty International only placed 28 countries in its «abolitionist in practice» category¹⁷ at the end of the same year. The UN reported 47 States as «retentionist» in 2008, but only 30 in 2018, a fall of 36 per cent. Because of its stricter definition, Amnesty's total of 56 retentionist States for 2018 was only two fewer than the 58 recorded a decade earlier¹⁸.

The number of abolitionist states (114) reported by Amnesty International in 2018 was virtually identical to the UN's total (115)¹⁹. The difference therefore lies in the «definitional dispute» surrounding the *de facto* category. Indeed, of the 56 countries listed as retentionist by Amnesty International in 2018, 21 were classified as abolitionist *de facto* by the UN report²⁰. Thus the UN recorded 168 States as «abolitionist or abolitionist *de facto*» comprising 86% of UN member states, while Amnesty International considered only 142 as «abolitionist in law or practice», amounting to 72% of nations.

This difference is troubling for those seeking to decide the most suitable strategy to increase the number of countries committed through their laws or constitutions to fully embrace and cement their abolitionist status. It is troubling because it undermines the argument employed to convince the retentionist nations of the size of the

¹⁷ Amnesty International, *Death Sentences and executions in 2018*, ACT 50/9870/2019, Annex II, 48-49.

¹⁸ Of the 56 countries counted as retentionist in 2018 by AI, 35 had executed in the last 10 years, just five more than the UN retentionist total. The five states not counted as retentionist by the UN but counted as such by AI were: Taiwan (not recognised by UN); Palestine, Gambia, Oman, and Equatorial Guinea.

¹⁹ This does not mean that they were exactly the same countries. For example: The Russian Federation and Liberia were counted as Abolitionist by the UN but ADF by Amnesty; Nauru was ADF according to the UN but Abolitionist by Amnesty. Oman and Qatar were ADF according to the UN but regarded as retentionist by Amnesty.

²⁰ They were: Caribbean Commonwealth countries (11): Antigua and Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica Guyana, Jamaica, St Kitts and Nevis, St Lucia, St Vincent and the Grenadines, and Trinidad and Tobago. Africa (7): Comoros Chad (became fully abolitionist in 2020), Democratic Republic of Congo. Ethiopia, Lesotho, Uganda and Zimbabwe. Other (3): Cuba, Lebanon, and Qatar.

international consensus on abolition. Some commentators are confident that states that do not carry out any executions for more than ten years are highly unlikely to do so. As Professor William Schabas argues, «... the phenomenon of halting executions for ten years and then resuming them seems to have declined significantly. It is almost as reliable a predictor of future conduct as *de jure* abolition»²¹. I share his optimism but have also warned of the danger of campaigning organisations assuming that it is acceptable to ignore ADF countries who clearly are not committed to removing the death penalty from their laws, political discourse, and their culture, forever²².

One must bear in mind that 10 years is also an arbitrarily devised criterion. The evidence that no *de facto* abolitionist countries resumed executions between 2004 and 2018 cannot be a cast-iron guarantee that in uncertain political circumstances executions might be resumed in some ADF countries that have so far declined to commit themselves to abolition²³. Indeed, the latest UN survey notes that several countries that had appeared to be heading towards abolition resumed executions²⁴. There is clear evidence that public outrage has also interrupted the long-movement to abolish the death penalty. For example, in India a man was executed for the rape-murder of a child in 2004, the first since 1995. This was followed by a 16-year gap in executions for «ordinary» crimes until the next executions in 2020 –of four men for a notorious rape-murder of a young woman, though there were a few executions for terrorist offences during this time. In the United States, seven federal executions took place under the Presidency of Donald Trump, a strong supporter of the death penalty, in 2020, the first for 17 years.

Furthermore, movement away from ADF status has been slow. Of the 47 ADF states and territories which the UN 8th quinquennial report listed in 2008, 37 were again listed in 2018: 18 of these countries had last carried out an execution between 20 and 29 years previously

²¹ William SCHABAS, «International Law and the Abolition of the Death Penalty», in C. S. Steiker and J. M. Steiker, *Comparative Capital Punishment*. Edward Elgar Publishing 2019, 217-231 at 227.

²² See Roger HOOD, «Staying Optimistic», in Lill Scherdin, *Capital Punishment: A Hazard to a Sustainable Criminal Justice System?* Ashgate Publishing 2014, 293-314 at 305-6.

²³ William Schabas has suggested that one way of overcoming inertia would be to promote a significant increase in the number of abolitionist *de facto* nations by convincing them to ratify the Second Optional Protocol to the ICCPR aimed at the abolition of the death penalty ... as «an indirect way of prohibiting the death penalty by law when enactment of national legislation is difficult for political reason» (SCHABAS, 2019 at note 22).

²⁴ 10th quinquennial Report, E/2020/53, para 19. Referring to: Bahrain in 2017 (2010); Pakistan 2014 (2008); Thailand 2018 (2009); Botswana 2016 (2013), Nigeria 2016 (2013). See para 224 pp 11-12.

and 19 had been *de facto* abolitionist for thirty years or longer.²⁵ In other words, countries can remain in ADF status for decades and may sentence to death many hundreds of people over that time. As the 10th UN quinquennial report put it:

«It is not uncommon for States in the *de facto* category to continue to pronounce sentences of death, even if there is no intention of having them carried out. ... This is not without negative consequences, however, because in some States where it seems highly unlikely that there will be any executions, “death row” continues to exist, with all of its attendant conditions. The spectre of execution, however remote it may be, continues to haunt prisoners and their families»²⁶.

In fact, 36 of 50 countries identified as ADF by the UN in 2018 had imposed at least one death sentence since 2008 and 32 of them had done so in the five years 2014-2019, according to Amnesty International.

Yet another indicator of attitudes of ADF countries to the question of abolition is the way they have voted, seven times since 2007, at the UN General Assembly on the resolution to establish a universal moratorium on the use of the death penalty.²⁷ In 2007, only 13 of the UN *de facto* countries listed in 2008 had voted in favour, 14 against, and 17 abstained (one was not present). Eleven years later, in 2018, two countries that had voted in favour of the moratorium had changed their votes: one voting against, the other abstaining. One that had voted against voted in favour (Dominica) and four others that had voted against abstained. Meanwhile, five countries that had abstained gave their support for the moratorium in 2018.²⁸ So, only six countries changed their initial vote from 2007 to vote in favour of the moratorium in 2018. No one could claim that this was a massive shift in opinion of the kind that would signal a rapid movement in favour of a

²⁵ Benin, Burkina Faso, Burundi, Gabon, Suriname, Tajikistan, and Togo became fully abolitionist; Guatemala became abolitionist for ordinary crimes. Russia and Gambia were deemed abolitionist by the UN but not by AI. 25 of the 49 ADF states had not conducted an execution for 25 years or more on 31 Dec 2018 (UN para 13 p. 8).

²⁶ E/2010/10, para 23 p. 14. For an account of conditions under sentence of death on death row and the consequences for those so confined, see Roger Hood and Carolyn Hoyle, 5th edition, *op.cit.* pp 202-222.

²⁷ Bearing in mind that not everyone voted as might be expected over that period; see Daniel Pascoe and Sangmin Bae «Idiosyncratic Voting in the UNGA Death Penalty Moratorium Resolutions», *International Journal of Human Rights*, 2020, vol 20, online.

²⁸ Central African Republic, Eritrea, Malawi, Niger, and Sierra Leone.

world-wide moratorium. Perhaps a more optimistic measure was the fall in the number who have endorsed the *Note Verbale* protesting against the issue being introduced at all as a proper matter to be voted on by the UN General Assembly. The Note asserts that it is not the business of the UN to vote on this matter as it is not an issue of human rights but one of national sovereignty. In 2007, 25 UN ADF countries signed the *Note* sent to the secretary-general, whereas following the vote in 2018 only nine did so.

The *de facto* category therefore appears to merge two different conceptions: one sees ADF status as a steppingstone towards, or indication oftention to embrace full abolition in principle; the other employs it as a compromise between retaining the death penalty as a symbol of ultimate state power but not enforcing it. Non-enforcement can be for a variety of political reasons, including the diplomatic disadvantage of retentionist countries allying themselves with several of the few states which are renowned for their determination to continue executions on the grounds that they have sovereign decision-making powers over all aspects of their criminal justice policy.

It is not acceptable to portray the ADF sub-category as being almost indistinguishable from the countries that have expunged the death penalty from all their laws or even their constitution. Indeed, to do so endangers the prospect of all countries accepting, as a matter of principle, that this punishment is utterly unacceptable. After all, as Professor Schabas notes, as party to the ICCPR, these countries are reminded by the Human Rights Committee that Article 6(6), which demands that nothing in the treaty shall be invoked to «delay or to prevent the abolition of capital punishment», that they should all be «on an irrevocable path towards complete eradication of the death penalty, *de facto* and *de jure*, in the foreseeable future»²⁹. Certainly, over 25 years as ADF is far too long to justify, to use Marc Ancel's words, «an experiment in abolition».

IV. An Empirical Contribution

The question therefore arises: Why do some countries resist so strongly the appeal to finally abolish the death penalty? In the various editions of *The death penalty: A worldwide perspective*, Carolyn Hoyle

²⁹ Human Rights Committee in its general comment No 36. E/2020/53.

and I have suggested that the answer can probably be found in a combination of assumptions about hostile public opinion, continuing belief in the uniquely deterrent effect of the death penalty, the view that it must still be available for exceptionally grave crimes, and the political fear that abolition may be perceived as «a sign of weakness», particularly among political leaders who do not enjoy strong support³⁰.

Believing that it was time to try to investigate this empirically, the Executive Directors of the Death Penalty Project –Saul Lehrfreund and Parvais Jabbar– and I decided to undertake an empirical survey, in collaboration with West Indian colleagues, in seven small independent Caribbean island States: Antigua and Barbuda, Dominica, Grenada, St Kitts and Nevis, St Lucia, St Vincent and the Grenadines, and Barbados³¹. All are classified by the 2020 UN quinquennial report as abolitionist *de facto*, but Amnesty International classifies six of them as «retentionist» (Grenada is the exception), accounting for a third of the 18 «UN *de facto* countries» that Amnesty believes should still be regarded as retentionist³². Yet, with the exception of St Kitts and Nevis, nobody has been judicially executed in any of the other countries for more than 20 years; and in three of them (Dominica, Grenada, and Barbados) for more than 30 years³³. Furthermore, death sentences have been imposed within the past 10 years only in St Lucia and Barbados; and in four of these seven nations there were no persons still under sentence of death on «death row» in 2018 when the study was carried out³⁴.

One hundred citizens of these island States, judged to be knowledgeable «opinion formers», drawn from politics, criminal justice, the clergy, civil society and the media, were interviewed about their own views on the question of retention or abolition of the death penalty in their country. Among other questions, they were asked what they be-

³⁰ ROGER HOOD/CAROLYN HOYLE, 5th edition, *op. cit.*, page 174.

³¹ ROGER HOOD and FLORENCE SEEMUNGAL (2020), *Sentenced to death without execution: Why capital punishment has not yet been abolished in the Eastern Caribbean and Barbados, The Views of opinion formers*, London: The Death Penalty Project. A similar survey, based on a similar questionnaire to that used in the Eastern Caribbean, was carried out a little later by my colleague, Carolyn Hoyle (2020), in Zimbabwe.; *Time to Abolish the Death Penalty: Exploring the Views of its Opinion Leaders*, London: The Death Penalty Project.

³² All these countries had (with the exception of Dominica in 2017) signed the Note *Verbale* to the UN General Assembly protesting against and dissociating themselves from the bringing forward and adoption of the moratorium resolution.

³³ The last execution in St Kitts and Nevis took place in 2008 (after a gap of 10 years) The last execution in the other nations was: Antigua & Barbuda (1991), Dominica (1986) Grenada (1978) St Lucia (1995), St Vincent and the Grenadines (1995), and Barbados (1984).

³⁴ There was one death row prisoner in 2018 in Grenada and, one in St Vincent and the Grenadines, and 11 in Barbados: all 11 are due to be resented now that Barbados has renounced the mandatory death penalty for murder.

lieved would be the consequences if the death penalty were to be abolished; and what attitudes and factors they thought still constrained their governments from finally abolishing capital punishment. The informants were almost equally divided between those who favoured retention (52) and those who supported abolition (48).

There is not space here to report on all the findings which are available in the published report, but key conclusions will be highlighted. Most (84%) of those who favoured retention did so for a retributive reason and only 10% because they believed it was a deterrent; and none because they thought public opinion was opposed. On the other hand, the majority of retentionist and abolitionists thought that the government had not embraced abolition either «because [their government] believed that the majority of citizens are still in favour of it, [so] there is no pressure to do so»; and /or because «politicians think support for abolition would make them unpopular and/or stir up opposition in the media»; and/or because their government «like other OECS countries and Barbados, believe it is [an] especially necessary deterrent to control the incidence of murder». Clearly, there was a large gap between what the informed respondents had stated was *their* justification for retaining capital punishment and the reasons they attributed to *their governments* for not abolishing the death penalty. In particular, 90% of the «opinion formers» who personally favoured retention had not chosen «public opinion is opposed» as a reason, whereas the majority thought that the government believed that the majority of citizens were in favour of retention and not ready to embrace abolition.

In fact, the findings revealed weak support for the use of the death penalty even among those who favoured its retention. Only 18 of the 100 favoured any expansion in the use of the death penalty or in the number of executions. Furthermore, when asked to rank nine social and criminal justice policies, a list that included more executions, in terms of their likely effectiveness as a way of controlling violent crime leading to death, 90 per cent did not chose «more executions», but preferred improved educational and social policies or more effective policing. In response to a question about what might happen if the government abolished the death penalty, only 19 (seven of the 52 abolitionists and 12 of the 48 retentionists) endorsed the view that «there would be demonstrations of strong public dissatisfaction, in the media and elsewhere, against the decision and repeated calls for its reinstatement». Most thought there «might be some demonstrations or expressions of dissatisfaction leading up to abolition, but the majority of the

public would come to accept it once the law was passed». When asked for their personal views, only 12 of the 100 informants, all of them retentionists, said they would strongly oppose any legislation to abolish the death penalty by definitely voting against legislation.

It is clear that supporting retention of capital punishment did not imply that most of our informants believed abolition would be unacceptable to the majority of the population of their country once it had passed into legislation. However, the majority were ignorant of the negative response of their own government to the international efforts of abolitionist countries to persuade all UN member states to support a universal moratorium. Only 20 per cent knew that their governments, with the sole exception of Dominica in 2017,³⁵ had signed the *Note Verbale*.

Perhaps it is not so surprising that almost all the informants who favoured retention shared their government's view that the question of abolition should not be influenced by, or follow, the policy adopted by the majority of nations. When asked:

Does the fact that, in recent years, since 1989, the number of countries worldwide that have completely abolished [the death penalty] has now risen from 35 to 106 – AND that eight states of the USA have abolished capital punishment [New York, Illinois, New Mexico, Connecticut, Maryland, New Jersey, Delaware and Washington] – alter your view on whether your country should follow the international trend ?

Forty-four of the 48 (92%) answered no: «it makes no difference; I would still support the death penalty»; four said they were «not sure» or expressed no opinion; but none said yes. This was very strong evidence that they gave no weight to the international or regional movement to embrace abolition.

The findings of this survey suggest that «opinion formers» who supported the retention of the death penalty, and their government's resistance to the international moratorium, were strongly influenced by the view that the issue of capital punishment is a matter of national sovereignty and justified by cultural exceptionalism. However, they did not personally accept that assumptions about the strength of public opposition to abolition, or assumptions about the death penalty's dete-

³⁵ Even so, none of the 15 participants from Dominica were aware that their government had, for the first time, not signed the *Note Verbale*.

rent effect, should determine the issue. When questioned more closely, most of these knowledgeable and influential citizens did not believe that a policy of executing those convicted of murder was likely to be effective in reducing violent crime leading to death, nor did they predict that there would be a serious reaction from the public if the death penalty were to be abolished completely and –with only a few exceptions– they would not oppose or reject total abolition of capital punishment if their government were to take the lead.

These findings could provide ammunition to those who work to eliminate the shadow of the death penalty in the Eastern Caribbean, to challenge the assumption that leaving it on the statute book without enforcing it is sufficient. Only when the death penalty has been abolished through legislation or a change to the constitution and excised from political debate can a culture that rejects it completely as a violation of universal human rights take hold. The seven Caribbean countries included in this survey are illustrative of a wider phenomenon witnessed in the 50 ADF states accounted for by the United Nations. Executions cease and become a matter of historical record in virtually all these states, yet the longer they remain ADF, the possibility that states take the final bold steps to abolish the death penalty altogether diminishes over time.

For a state to remain ADF for decades without taking the steps to remove the death penalty from all their laws represents a failure to shed the vestiges of the inhumanity of the past. While a state remains in ADF status, the idea that it is legitimate for the state to kill its citizens remains embedded in the culture, whereas abolition *de jure* clearly signals that it is unthinkable for even the most authoritarian government to employ the death penalty.

LA PROHIBICIÓN DE PENAS INHUMANAS O DEGRADANTES

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ
Universidad Autónoma de Madrid

I. Introducción

1. Curiosamente, la enumeración de los principios penales fundamentales propios de un Estado democrático se ha convertido en una especie de batiburrillo en el que cuesta ver la unanimidad de fondo que predicán los diversos autores. A pesar de no coincidir en número, denominación y organización, es bien cierto sin embargo que existe un amplio consenso respecto a los aspectos esenciales de la suma del contenido de estas normas básicas de política criminal. Un mismo líquido repartido en un número distinto de vasijas de diferente tamaño.

Sí que existe empero acuerdo en la inclusión en la lista de principios de la prohibición de penas inhumanas o degradantes, quizás por una expresa mención constitucional (art. 15 CE) de la que carecen, por ejemplo, el principio de proporcionalidad o el de culpabilidad. Ese acuerdo no alcanza a la denominación, que se divide entre la transcrita, fiel a la expresión constitucional, y «principio de humanidad de las penas», quizás más extendida y a mi juicio menos afortunada, en cuanto que no deja de tener un cierto regusto de cinismo el establecer que la inflicción intencional de un mal grave por parte del poder público a uno de sus ciudadanos —que no otra cosa es la pena¹— debía ser «humana», «sensible al infortunio ajeno». Más bien lo que se trata de impo-

¹ Para H. L. A. Hart son cinco los caracteres de la pena. La pena es, en primer lugar, la privación de un bien. La segunda característica de la pena es que viene precedida y motivada por la infracción de la norma jurídico-penal. El tercer rasgo radica en la coincidencia entre el autor de la infracción y el sujeto que sufre la sanción. El cuarto indica que la privación ha de ser impuesta por uno o varios hombres de un modo intencional. Se quiere diferenciar con ello la pena de otros fenómenos naturales convulsivos y de otros medios coactivos, como, por ejemplo, la cuarentena. El quinto y último rasgo de la pena señala que la misma ha de ser impuesta por la «autoridad constituida por un sistema jurídico en contra del cual se ha cometido la violación» («Introducción a

ner son ciertos límites a la cantidad o calidad de pena en relación con la dignidad humana, idea mucho mejor representada por «la prohibición de penas inhumanas». Así, en negativo, es por cierto como se contempla en todos los instrumentos internacionales, que no compe- len a que los castigos sean humanos sino que prohíben que sean inhu- manos.

A la unanimidad en la proclamación de la prohibición de penas inhumanas no le han seguido, creo, excesivas aportaciones en la doctri- na española sobre su contenido. Tenemos aún insuficientes razones que nos ayuden a delimitar cuáles de los males graves imponibles estatal- mente con intencionalidad aflictiva son indignos y por qué; por qué, por ejemplo, hemos llegado a un cierto consenso respecto a la interdic- ción de cualquier castigo corporal, incluidos los leves, y en cambio ten- demos a legitimar con cierta naturalidad el encierro, la prisión, inclui- do la que se prolonga durante años. Quizás parte del problema esté en la propia maleabilidad del valor que trata de preservar la prohibición. Y es que «la dignidad es palabra tan excesiva que solo el silencio estaría a su altura»².

2. Las siguientes reflexiones tratan de ser una sucinta aproxima- ción global al principio. Se escriben en homenaje a Luis Arroyo, quien, sobre todo en los últimos años y sobre todo en relación con la pena de muerte, aún tan vigente en muchos ordenamientos, se ha dedicado con pasión a desentrañar y combatir «La pasión de la crueldad»³. Él, que ha subrayado el papel que en el proceso de abolición de la pena capital han tenido «los académicos, tanto en la propia esfera universitaria como en su participación en órganos de orden político representativo», ha sido y es uno de tales importantes actores de aquel proceso, uno de los bus- cadores «de una guía para la acción humana fundada en la búsqueda del bien común, en la solidaridad y en el rechazo de la crueldad con preten- sión de búsqueda científica, más allá de universalismo ético kantiano y del pensamiento moral cristiano»⁴.

los principios de la pena», en Betegón Carrillo, J./De Páramo Argüelles, J. R. (dirs.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ed. Ariel, 1990, p. 165).

² JIMÉNEZ CAMPO, J., «Comentario al artículo 10.1», en Rodríguez-Piñero, M., y Casas Baar- monde, M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, I, 2.^a ed., Ed. BOE, 2018, p. 217.

³ ARROYO ZAPATERO, L. (dir.), *La pasión de la crueldad*, Ed. UCLM, 2016.

⁴ ARROYO ZAPATERO, L., «Actores, factores y proceso en el camino de la Abolición Uni- versal de la pena de muerte», en Arroyo Zapatero, L./Estrada Michel, R./Nieto Martín, A. (dirs.), *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, Ed. UCLM, 2016, pp. 304, 308.

II. Fundamento

1. Nadie discute que el valor que está detrás del principio fundamental de prohibición de penas inhumanas es el de la dignidad de la persona. El punto de partida es la insoportabilidad de determinados tratos a los penados como contenido de su pena, por mucho que esas personas hayan tratado inhumanamente a sus víctimas. No es por lo tanto una cuestión de proporcionalidad y en tal sentido un postulado ya cubierto por ese principio. No se trata de eso: podría infligirse una pena inhumana de un modo necesario y útil para la prevención de conductas extremadamente lesivas. La pena inhumana puede ser proporcionada. Digna es lo que no sería: acorde con la dignidad de la persona y con una sociedad que en cuanto democrática se pretende decente.

2. El razonamiento conduce al concepto de dignidad humana en su vertiente de *sanctasancctorum*, de inviolabilidad de la persona en el sentido de que hay ciertas conductas a las que el poder público –o cualquiera– no puede obligar a una persona a ser sujeto pasivo o activo de las mismas, bajo ninguna justificación⁵. Cuáles son las dimensiones de ese territorio y por qué son esas y no otras, son, respecto a la pena, las preguntas a cuya respuesta estas líneas pretenden algún acercamiento.

Partamos ahora de algunas intuiciones que creo que son compartidas. La primera de ellas es que se trata de una frontera que ha ido variando con el tiempo y, contemplada con suficiente amplitud diacrónica, siempre en la misma dirección restrictiva. Lo que en otros tiempos se vio con naturalidad hoy se ve con repugnancia en las sociedades democráticas, como las penas corporales, la pena de muerte ejecutada con ensañamiento o la pena de muerte misma. Estaríamos ante un principio en sentido estricto, un mandato de optimización, en el que la línea roja de exclusión ha ido avanzando con el tiempo, proscribiendo cada vez más modalidades de pena⁶.

La segunda percepción es la de que la pena indigna no se mide solo por la cantidad de privaciones irrogadas al penado sino también por su naturaleza, por su calidad, por la generación de humillación⁷. No duda-

⁵ Sobre el concepto de dignidad, v. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?», en *REDC*, 102, 2014, pp. 167 ss.

⁶ Sobre la interpretación evolutiva de la prohibición en el TEDH, v. CANOSA USERA, R., «La prohibición de la tortura y de penas y tratos inhumanos o degradantes», en *Teoría y realidad constitucional*, 42, 2018, pp. 248 ss.

⁷ Recuerda esta idea a lo que sucede con el principio de igualdad, para cuya vulneración no importa tanto la cuantía de la diferenciación como la razón de la diferenciación, que se ha llegado

mos hoy, por ejemplo, que sería indigna la pena consistente en el abofeteamiento por parte del juez al autor del delito leve⁸. De esta cereza tira la tercera intuición, que es la de la objetividad de la inhumanidad, que no depende ni de la percepción del sujeto penado ni de su falta de aceptación de la pena. Las bofetadas públicas al penado no dejan de ser indignas si el mismo opta por ellas para evitar el pago de una multa o su estancia breve en prisión⁹.

3. Los valores de partida de un sistema de legitimación democrática son la igualdad y la libertad; los mismos tienen como una especie de presupuesto la dignidad de la persona. Se trata de un valor intrínseco e igual del ser humano que provoca la cosoberanía del ciudadano y que no puede ser suprimido en el ejercicio de la misma. Entre todos decidimos sobre nuestra interacción, pero nuestros propios presupuestos de justicia vedan que tales decisiones puedan suprimir, ignorar, transformar o expulsar a los individuos codecisores. Con este punto de partida considero que son indignas las penas corporales, la de exclusión social, las avergonzantes, las de transformación de la personalidad y las de desesperanza.

III. Contenido

1. La prohibición de penas corporales obedece a la que es quizás la manifestación más primitiva de la dignidad humana, que es la de la intangibilidad corporal frente a las intromisiones no consentidas. Somos ante todo cuerpo y radicalmente soberanos de nuestro cuerpo, idea que veda, entre otras cosas, que la pena pueda consistir en la supresión de partes del cuerpo o en la inflicción de sufrimiento físico o mental. Por debajo, esta prohibición no se detiene en la tortura en cuanto acto por el cual se causa «intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin [...] de castigarla por un acto que haya cometido, [...] cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas» (art. 1.1 de la Convención contra la Tortura y otros

a tildar en algunos casos de «odiosa» (STC 62/2008, FJ 5).

⁸ El propio TEDH ha señalado que el trato degradante no se define solo por la lesión objetiva a la víctima sino también y sobre todo por la humillación producida (STEDH Yankov c. Bulgaria, de 11 de diciembre de 2003).

⁹ Como afirman VON HIRSCH, A. y NARYAN, U., es una falacia «la teoría de que cualquier cosa es mejor que la cárcel» (*Censurar y castigar*, Ed. Trotta, 1998, p. 130).

Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes). Comprende cualquier otro dolor o sufrimiento de menor gravedad, que constituiría una pena inhumana o degradante¹⁰. Por encima, la prohibición de penas corporales comprende la prohibición de la pena de muerte en cuanto que esta tiene por contenido la entera supresión del cuerpo¹¹.

La prohibición de pena corporal no comprende los dolores o sufrimientos anexos a la privación de libertad, pero sí las formas de cumplimiento de la pena de prisión que comporten otros daños innecesarios a la salud, derivados, por ejemplo, de la falta radical de socialidad (aislamiento prolongado), de condiciones higiénicas¹² o de asistencia médica o farmacológica.

5. Hablando de privación de socialidad: existen penas que son inhumanas porque privan radicalmente al condenado de la misma. Y es que la socialidad es un rasgo del ser humano, que está diseñado para «relacionarse socialmente, formar parte de un grupo y ser aceptado»¹³. La socialidad humana, «en su nivel más profundo y originario, tiene un carácter inequívocamente mamífero. En realidad, esa socialidad parece ser el resultado del hiperdesarrollo de los mecanismos sociocognitivos en los que se ha ido especializando progresivamente esta clase de animales»¹⁴. Tal socialidad es especialmente intensa en los primates: «nunca hubo un momento en el que devinimos sociales: descendemos de antepasados altamente sociales –un largo linaje de monos y simios– y siempre hemos vivido en grupo [...]. Cualquier zoólogo clasificaría nuestra especie como obligatoriamente gregaria»¹⁵.

¹⁰ Lo aclara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Tyrer contra el Reino Unido: «aunque el demandante no sufriera lesiones físicas graves o duraderas, su castigo, consistente en tratarlo como un objeto en las manos del poder público, afectó a algo cuya protección figura precisamente entre las finalidades principales del artículo 3, la dignidad y la integridad física de la persona» (STEDH de 25 de abril de 1978, § 33).

¹¹ Del «sustrato biológico de la persona» (PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal», III, en Lascraín Sánchez, J. A. (dir.): *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Ed. Civitas, 2015, p. 143).

¹² La Corte Constitucional colombiana ha afirmado que «tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión (SCCC, 3.ª, 28.04.1998, T. 153, p. 36). Desde las perspectivas de la dignidad involucradas, obsérvese que el hacinamiento no solo comporta un riesgo para la salud, sino una pérdida casi radical de intimidad. V. al respecto, ESCOBAR MARULANDA, G., «La pena privativa de libertad para la Colombia del postconflicto: abolición de la pena de mazmorras», en *Indret* 1/2018.

¹³ MARINA TORRES, J. A., *Las arquitecturas del deseo*, Ed. Anagrama, 2007, p. 58.

¹⁴ NAVARRO SUSTAETA, P., «La socialidad humana como anomalía evolutiva», en *Papers* 68, 2002, p. 75.

¹⁵ DE WAAL, F., *Primates y filósofos. La evolución moral del simio al hombre*, Ed. Paidós, 2007, p. 28.

Una pena que privara permanentemente al sujeto de su inserción en un grupo humano sería en el sentido expresado una pena de disminución de la humanidad. Esta *asocialización* disminuye si disminuye su tiempo y si tolera cierto contacto del condenado. Lo primero sucede con las sanciones de aislamiento, en las que habrá de ponderarse en qué lapso relevante devienen inhumanas¹⁶. En todo caso quedará vedado con el internamiento de por vida, cuya indignidad ha sido proclamada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en cuya injusticia abunda su añadida contrariedad al mandato de resocialización¹⁷.

6. Si algunas penas son indignas por profanar el cuerpo y otras por ser «eliminadoras, no en el sentido físico, pero sí en el sentido de excluir para siempre una persona del consorcio humano»¹⁸, existe en el castigo un tercer baldón para la dignidad, que es el de la minusvaloración de la persona. Se trata de penas que persiguen o que comportan la degradación del delincuente en el sentido de «ser tratado como algo inferior a una persona y hacerle sentir menos que una persona»¹⁹.

Se preguntará el lector cuáles son tales penas, cuándo se produce tal cosa. Al fin y al cabo, cabría entender que el delincuente se ha degradado a sí mismo infringiendo las reglas básicas de convivencia y que no solo es que la constatación judicial del delito comporte reproche, el propio de la quiebra del mínimo moral colectivo, sino que el mismo es inescindible de la pena y motor de su efecto preventivo. Por poner un ejemplo de un debate actual: buena parte de la insistencia de muchos ordenamientos en que la responsabilidad sancionadora de la persona jurídica sea penal tiene que ver con los efectos preventivos negativos y

¹⁶ Lo que sucede no solo por su duración. Así, SSTEDH Van der Ven c. Países Bajos, de 4 de febrero de 2003, § 51; Rohde c. Dinamarca, de 21 de julio de 2005, § 93. También, diversos informes del Comité para la Prevención de la Tortura (por ejemplo, Rumanía CPT/Inf 2008, 41, § 105). V. al respecto RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 17, 2017, pp. 247 ss.; MÍNGUEZ ROSIQUE, M., *El principio de humanidad de las penas como límite al legislador penal*, tesis doctoral, UAM, 2019, pp. 277 ss.

¹⁷ Afirma el TEDH que «tal y como el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoció [...] sería contrario a la disposición de la Ley Fundamental que prevé la dignidad humana que el Estado prive a una persona por la fuerza de su libertad sin que le dé la oportunidad, en algún momento, de recuperarla. [...] Consideraciones similares son aplicables en el sistema previsto por el Convenio, cuya verdadera naturaleza es, tal y como ha determinado en muchas ocasiones el Tribunal, el respeto de la dignidad humana» (STEDH Vinter y otros contra el Reino Unido, de 9 de julio de 2013, § 113).

¹⁸ FERRAJOLI, L., «Ergastolo y derechos fundamentales», en Hurtado Pozo, J. (dir.), *Anuario de Derecho Penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal*, Ed. Asociación Peruana de Derecho Penal, 1999, p. 298.

¹⁹ VON HIRSCH, A. y NARYAN, *Censurar*, p. 132.

positivos que se asocian al intenso reproche social que comporta la calificación de una conducta como delito.

Al igual que en Psicología se distingue entre un tipo de vergüenza como emoción útil y una vergüenza tóxica como «sentimiento profundo de fracaso, de indignidad»²⁰, cabe, en paralelo, diferenciar la expresividad al respecto de la pena, en la transmisión de información a la que procede en relación con el penado. La indignidad en sentido fuerte no está en la culpabilidad del sujeto por el delito cometido sino en la focalización del castigo en la figura del delincuente como sujeto inferior por traicionar nuestras convenciones básicas. Existe una sutil frontera entre el indispensable juicio de culpabilidad seguido de una publicidad limitada, que provoca en realidad «el anonimato de la condena desde el punto de vista del reconocimiento social», de la «cosificación del delito en la persona del delincuente»²¹. Tal cosa se produce básicamente, creo, con la publicidad intensa e intencional de la condena —se busca que la condena sea conocida y se busca facilitar ese conocimiento a la población²²— o con la señalización del sujeto, obligándole a que exhiba signos físicos que indiquen que es un delincuente o un determinado tipo de delincuente²³. Más discutible es la cuestión de si son irrespetuosas con el contenido esencial de la dignidad las propuestas de irrogación de vergüenza reintegradora, que tratan de compensar el efecto inicial de minusvaloración de la persona con estrategias de reaceptación del delincuente, de modo que «se comunique el reproche desde el respeto al ofensor como persona»²⁴.

El debate sobre las penas avergonzantes ha cobrado fuerza por sus innegables ventajas relativas al efecto preventivo que se deriva de su propia expresividad, a sus bajos costes económicos y a que permite eludir la crueldad de la cárcel²⁵. Frente a ello, y más allá de otros inconvenientes que suscitan estas penas, debe insistirse en la función de los

²⁰ V. CORRAL MARTÍNEZ, M., LÓPEZ, C., Y ESCRIVÁ CÁMARA, J., «La vergüenza como castigo al crimen: una reflexión para el siglo XXI», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2019, 4, pp. 13 ss.

²¹ PÉREZ TRIVIÑO, J. L., «El renacimiento de los castigos avergonzantes», en *Isonomía*, 15, 2001, p. 201.

²² Se publicita la ofensa a una audiencia que en condiciones normales no sería consciente de ella: GARVEY, S. P., «Can shaming punishments educate?», en *The University of Chicago Law Review*, 65, 1998, p. 738.

²³ El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura ha vedado estas prácticas en prisión. V. por ejemplo Ucrania CPT/Inf (2007) 22, § 116.

²⁴ BRAITHWAITE, J., «Shame and criminal justice», en *Canadian Journal of Criminology*, 42, 2000, p. 282.

²⁵ Sigo la exposición de PÉREZ TRIVIÑO (*Castigos avergonzantes*, pp. 197 ss.). Una amplia reflexión al respecto puede encontrarse en MÍNGUEZ ROSIQUE, *El principio de humanidad*, pp. 397 ss.

principios de freno a los argumentos utilitarios y en la imposibilidad de que, en este caso, se impongan con un coste de indignidad. De acuerdo con Pérez Triviño, «los castigos avergonzantes son una afrenta a la dignidad humana [...] porque degradan al condenado»²⁶. Y procede recordar con Margalit que es indecente la sociedad que institucionalmente degrada a sus individuos²⁷.

7. Una breve recapitulación en este punto nos lleva a afirmar que son indignas las penas corporales, las de aislamiento y las humillantes: las que inciden en el cuerpo de la persona o suprimen el desarrollo de su socialidad o su condición de perteneciente igual a la sociedad. Queda aún en el *sanctasanctorum* que la dignidad humana preserva la manera de ser, el carácter, el controvertido concepto de personalidad²⁸. En la definición clásica de Gordon Allport, la personalidad es «la organización dinámica, en el interior del individuo, de los sistemas psicofísicos responsables de su conducta y pensamiento característicos»²⁹. Para Lawrence Pervin, «la personalidad es la organización compleja de cogniciones, emociones y conductas que da orientaciones y pautas (coherencia) a la vida de una persona. Como el cuerpo, la personalidad está integrada tanto por estructuras como por procesos y refleja tanto la naturaleza (genes) como el aprendizaje (experiencia). Además, la personalidad engloba los efectos del pasado, incluyendo los recuerdos del pasado, así como las construcciones del presente y del futuro»³⁰.

Responde a nuestras intuiciones elementales que el valor de la dignidad –y el de la autonomía personal, imbricado en la misma idea de dignidad– veda la manipulación externa e impuesta de la personalidad. Como valor, la autonomía presupone la potestad del sujeto de guiar los procesos de construcción permanente de su personalidad –de tratar de ser quien desea ser–, pero veda la intervención coactiva externa sobre tales procesos –que otros hagan que el sujeto sea de determinada manera–. Está en juego la idea misma de individualidad.

Trasladado al ámbito del contenido de las penas, el respeto al «libre desarrollo de la personalidad» impide constitucionalmente las estrate-

²⁶ Castigos avergonzantes, p. 205. También, MÍNGUEZ ROSIQUE, *El principio de humanidad*, p. 406.

²⁷ MARGALIT, A., *La sociedad decente*, Ed. Paidós, 1997, p. 15.

²⁸ Señalan Von Hirsch y Naryan que son deshumanizadoras las medidas «que real o potencialmente pueden destruir la personalidad del infractor. Estas son las intervenciones que destruyen (o interfieren sustancialmente con) la habilidad de la persona condenada para comportarse como un ser humano capaz de sentir, reflexionar y elegir» (*Censurar*, pp. 132 y s.).

²⁹ *La personalidad. Su configuración y su desarrollo*, Ed. Herder, 1986, p. 47.

³⁰ *La ciencia de la personalidad*, Ed. McGraw-Hill, 1998, p. 444.

gias manipulativas que tanto nos repugnaban en *La naranja mecánica* y que además cabrá catalogar normalmente sin dificultad como penas corporales y por ello indignas en cuanto corporales³¹. El foco de discusión en este punto se refiere a las penas largas privativas de libertad: en qué extensión y en qué condiciones constituyen una alteración relevante no querida de la personalidad del penado. Una afirmación clásica al respecto es la de que «las penas superiores a quince años producen graves daños en la personalidad del recluso»³². Creo que si este daño es relevante e irreversible estamos *per se* ante una pena inhumana, por tal deterioro impuesto de la individualidad, a la vez que una vulneración del mandato de resocialización –¿quién se resocializa, si se resocializa?–³³ y quizás, discutiblemente, ante una pena corporal³⁴.

8. En los últimos tiempos se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia³⁵ y en la doctrina³⁶ el deshumanizador efecto de desesperanza que comportan algunas penas. Tal sentimiento lo provocará ya sin duda la privación de libertad que se demora a la espera de la ejecución de una pena de muerte segura o probable; también, y esto tiene relevancia para nuestra prisión permanente revisable, las penas de prisión prolongada, sin límite cierto y sin que tal límite dependa con mínima certidumbre de lo que pueda hacer o dejar de hacer el penado.

Este panorama puede aproximar la pena a una pena indeterminada, o a una destructora de la personalidad, o a una pena corporal, en cuanto generadora de un grave mal psíquico, aunque parece más propio situar su rasgo deshumanizador en su propia esencia de desesperación y aludir a la privación del deseo humano esencial de «ampliar las posibilidades de acción»³⁷, «principal responsable del carácter expansivo y dinámico de la economía libidinal humana»³⁸. Como afirma la Magis-

³¹ MÍNGUEZ ROSIQUE, *El principio de humanidad*, p. 376.

³² MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 10.^a, Ed. Reppertor, 2016, p. 720.

³³ Así, MÍNGUEZ ROSIQUE, *El principio de humanidad*, p. 385.

³⁴ Así, PÉREZ MANZANO, *Principios*, p. 147.

³⁵ Ya en su sentencia de 21 de junio de 1977, el Tribunal Constitucional alemán señala que el Estado afectaría al verdadero núcleo de la dignidad humana si despojase al recluso de toda esperanza de recobrar de nuevo su libertad (1 BvL 14/76). El Comité para la Prevención de la Tortura ha afirmado en sus últimos informes generales que es inhumana la prisión de por vida que no ofrece una esperanza real de liberación (v. en RODRÍGUEZ YAGÜE, *Los estándares internacionales*, p. 256).

³⁶ ASHWORTH, A., y ZEDNER, L., «Some dilemmas of indeterminate sentences: risk and uncertainty, dignity and hope», DE KEIJSER, J./ROBERTS, J./RYBERG, J., *Predictive Sentencing. Normative and empirical perspectives*, Ed. Hart, 2019, pp. 137 y s.; MÍNGUEZ ROSIQUE, *El principio de humanidad*, pp. 288 ss.

³⁷ MARINA TORRES, *Las arquitecturas*, 58, 121.

³⁸ RIECHMANN, J., «Sobre socialidad humana y sostenibilidad», en Riechmann, J. (dir.), *¿En qué estamos fallando?*, Ed. Icaria, 2008, p. 300.

trada Power-Forde en su voto particular a la STEDH Vinter y otros contra el Reino Unido, de 9 de julio de 2013, los penados, «por muy largas y merecidas que sean sus condenas de prisión, mantienen el derecho a esperar que, algún día, puedan haber expiado los males causados. Negarles la misma supondría negarles un aspecto fundamental de su humanidad, y hacer eso sería degradante».

IV. Retos

1. Son varias las perspectivas de la inhumanidad de la pena que quedan amenazadas por la prisión permanente revisable³⁹. Quizás la más incisiva es la de que, siquiera condicionada, se trata de una pena de radical aislamiento: de un encarcelamiento permanente, de por vida. El ejemplo de la pena de muerte resulta aquí revelador: ¿caso sería legítima una pena de muerte aplazada y condicionada a la peligrosidad del penado en el momento de cumplimiento del plazo? La réplica habitual consistente en que se trata de una pena revisable y en ese sentido no necesariamente de por vida puede ahuyentar la tacha de inhumanidad por desesperanza, pero no la de inhumanidad por aislamiento. Una pena inhumana sometida a condición no deja de ser una pena inhumana.

Decía que la revisabilidad hace que no sea una pena que genere desesperanza. Eso podría ser así en función del plazo de revisión, de la claridad de las condiciones para la liberación y de la dependencia de las mismas de la voluntad del sujeto. Los tres factores son hartamente débiles en la regulación española. El plazo de revisión, en primer lugar, es de como mínimo veinticinco años y puede llegar a los treinta y cinco. En segundo lugar: no se han establecido garantías suficientes para la fiabilidad del «pronóstico favorable de reinserción social»: para una decisión tan trascendente solo se prevé que la adopte «el tribunal [...] previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine» y «tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado»

³⁹ Al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./PÉREZ MANZANO, M./ALCÁZER GUIRAO, R./ARROYO ZAPATERO, L./MARTÍNEZ GARAY, L./DE LEÓN VILLALBA, J. «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable» en Arroyo Zapatero, L./Lascuráin Sánchez, J. A./Pérez Manzano, M. (dirs), «Contra la cadena perpetua», Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 28 ss.

(art. 92.1.c CP). *Nota bene*: estamos ante un conflicto de bienes constitucionales (la inexistencia de penas inhumanas y la resocialización, por un lado, y los bienes personales y colectivos que se trata de prevenir frente a delitos graves, por otro) en el que la inconstitucionalidad de la solución puede provenir de la falta de garantías para la constatación del conflicto, como sucedió con la primera regulación despenalizadora de ciertos supuestos de aborto consentido (STC 53/1985).

No ayuda, en fin, a la tolerabilidad de la pena, en tercer lugar, el que casi ninguno de los factores elegidos para valorar la reinsertabilidad del penado tenga que ver con su propio esfuerzo rehabilitador: «la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas» (art. 92.1.c CP).

2. Una pregunta recurrente es la relativa a la legitimidad de la castración química consentida como alternativa a la pena de prisión para los delincuentes sexuales. «¿Por qué no?», se dice, «si todo son ventajas: el penado lo prefiere, es más barata para el Estado que la prisión y desde el punto de vista preventivo aporta cierta permanente inoquización». Que la respuesta no es tan fácil, que no son todo ventajas, lo muestran casos análogos de penas inhumanas consentidas. ¿Y si el ladrón prefiere la amputación de la mano a la prolongada prisión? ¿Y si el asesino prefiere la muerte a la prisión permanente revisable?

En realidad, se confronta aquí la dignidad como inviolabilidad con la inviolabilidad como autonomía⁴⁰ con la que está tan imbricada: el respeto al hombre es el respeto a sus decisiones si las mismas no perjudican a los demás. El paternalismo jurídico tiene así una difícil convivencia con la dignidad-autonomía salvo en aquellos casos en los que quepa cuestionar que estemos ante un ejercicio genuino de autonomía; siguiendo a Garzón Valdés, salvo que se trate de casos de incapacidad básica del sujeto en los que el Estado pretende superar el déficit generado por la incompetencia del sujeto⁴¹.

⁴⁰ Dicho con LEGAZ LACAMBRA, L., «[e]l valor de la persona consiste, por lo pronto, en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida, y esta superación, este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona» («La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre», en *Revista de Estudios Políticos*, 55, 1951, p. 15).

⁴¹ GARZÓN VALDÉS, E., «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», en *DOXA*, 5, p. 156.

El discurso hasta aquí parecería inclinarse hacia la opción por las penas objetiva o convencionalmente indignas pero preferidas por sus destinatarios, si no fuera por que estamos ignorando dos elementos cruciales inexistentes en los casos clásicos debatidos de paternalismo. Cabe cuestionar, en primer lugar, si se dan las condiciones necesarias para el ejercicio respetable de la autonomía. Recuérdese que no se trata aquí sin más de un varón que ha optado por privarse de la capacidad de erección, sino de tal decisión condicionada por la elusión de una severa pena de cárcel. En segundo lugar, procede llamar la atención acerca de que no estamos ante una autolesión o ante la lesión consentida de un tercero individual, como son los casos de quienes conducen en moto sin casco, mantienen relaciones sexuales por dinero, se someten a intervenciones quirúrgicas deformantes se dejan lanzar por a otros hacia una diana. Lo que se discute aquí es si, con la anuencia del destinatario, el propio Estado puede irrogar tratos inhumanos en contra de sus propios valores y de su empeño general por preservarlos. No estamos sin más ante el argumento de preservación general del valor frente a decisiones individuales, sino de la quiebra del mismo por parte de la misma sociedad que lo proclama.

Dicho de otro modo: puede ser que la dignidad deba tolerar su autoviolación o incluso la heteroviolación consentida, pero su preservación no tolera la violación, siquiera consentida, por parte del Estado. Considero, en fin, que la castración química consentida es una pena inhumana a la que no debe proceder el Estado democrático.

3. La propaganda de las penas por determinados delitos mediante listas públicas fácilmente accesibles afecta a la humanidad de las penas en lo que pueda tener de degradación, y afecta también, al mandato de resocialización. Es una cuestión que se ha planteado tradicionalmente respecto a los delitos sexuales y modernamente respecto a los delitos fiscales y de corrupción pública.

Ya he comentado antes que me parece una mala idea en términos del valor de la dignidad, detrimento no suficientemente compensado por el efecto preventivo que pueda desplegar. De ahí sin embargo no se deriva sin más su radical intolerabilidad, su inconstitucionalidad. Para afirmar esta, deberíamos tratar de precisar la línea roja de la minusvaloración insoportable, que en este ámbito va a depender de la persistencia, la intensidad y el propio contenido de la publicidad y de las valoraciones que contenga el mensaje emitido. No parece que tal vaya a ser el caso, por ejemplo, de la publicación sin más en la página web del Ministerio de Hacienda de un listado de delincuentes fiscales.

4. Usualmente tiende a considerarse que la obligación de desempeñar un trabajo como contenido de la pena constituye una pena inhumana y que a ello responde la prohibición constitucional de los trabajos forzados (art. 25.2 CE). Constitucional o no, esta idea parece muy poco convincente desde una perspectiva de legitimación democrática⁴².

No se entiende muy bien que encerrar a alguien no sea indigno y sí lo sea obligarle a que, con las condiciones laborales preceptivas, cuide jardines, atienda ancianos solitarios o asesore social o jurídicamente a inmigrantes. El trabajo obligado, al que el Estado recurre en ocasiones sin rasgarse las vestiduras –servicios militares o civiles–, no encaja en los tipos de indignidad que he dibujado. No es –o no tiene que ser– una pena corporal, ni lo es de aislamiento; no transforma la personalidad ni genera desesperanza. Y tampoco creo que pueda ser catalogada como degradante, por mucho que en general sea más coactivo obligar a hacer algo que impedir hacer algo, máxime cuando no reputamos como indigno impedir algo tal genérico y primitivo como es moverse, deambular.

Creo que es hora de reconducir la prohibición de esta pena a su origen histórico y renunciar a que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad deba ser siempre una pena alternativa que el penado acepte, aceptando nosotros que no es forzada su decisión por ella para eludir el abismo de la prisión: «pulpo como animal de compañía»⁴³. Si existe una prohibición histórica de pena de trabajos forzados es porque su contenido era una inhumana mezcla de privación de libertad y trabajo prolongado y penoso⁴⁴. Que tal es su sentido lo revela, creo, su proclamación constitucional, que no es absoluta, ni contenida en el precepto que proscribe las penas inhumanas, sino relativa al contenido de las penas privativas de libertad, que son las que «no podrán consistir en trabajos forzados».

⁴² En este sentido, VON HIRSCH, A. y NARYAN, *Censurar*, p. 135.

⁴³ De hecho, BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., habla de «una simple conformidad del penado» (*La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 293).

⁴⁴ Así, BRANDARIZ GARCÍA, *Trabajos en beneficio de la comunidad*, p. 301. Así se manifestó en esencia el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG 13.01.87, 2 BvR 209/84).

SOFT LAW PENITENCIARIO EN EL ÁMBITO EUROPEO: *THE COST OF NON-EUROPE*

BEATRIZ LÓPEZ LORCA
Universidad de Castilla-La Mancha

Esta contribución constituye un homenaje al europeísmo y universalismo que Luis Arroyo nos ha transmitido a los que, a lo largo de nuestra trayectoria, hemos tenido el privilegio de crecer a su lado.

I. Introducción. ¿Una posición europea común hacia el castigo?

A diferencia de lo que ocurre con algunas materias del ámbito penal dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, no existe un instrumento normativo de carácter vinculante para los Estados europeos en materia penitenciaria, lo que, entre otras razones, se explica por la tradicional renuencia de los Estados a ceder parte de su soberanía sobre esta manifestación del *ius puniendi*, obstaculizándose así, que, hasta el momento, la Unión Europea posea competencias específicas en esta materia. Esta situación permite reflexionar acerca de si la pretendida posición común europea hacia el castigo es una cuestión del pasado o si, por el contrario, existe un paradigma europeo del castigo, distintivo y propio, frente al enfoque de otros sistemas y jurisdicciones¹. De

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La Crueldad en el Derecho penal contemporáneo: pena de muerte, ejecuciones extrajudiciales y cadena perpetua» (SBPLY/19/180501/000292), codirigido por Luis Arroyo Zapatero y Cristina Rodríguez Yagüe, y financiado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

¹ Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, Daems, T./Snacken, S./Van Zyl Smit, D. (eds.), *European Penology?*, Hart Publishing, 2013; Snacken, S./Dumortier, E. (eds.), *Resisting Punitiveness in Europe?*, Willan Publishing, 2011, y, de la misma, «Prisons en Europe: Pour une pénologie critique et humaniste», *Leçon Inaugurale, Belgian Francqui Chair 2008-2009*, 20 February 2009; «A Reductionist Penal Policy and European Human Rights Standards», *European Journal of Criminal Policy and Research*, vol. 12, 2006; GIRLING, E., «European identity, penal sensibilities and communities of sentiment», en Armstrong, S./Mcara, L. (eds.), *Perspectives on Punishment*, Oxford

sobra es conocido cómo las ideas humanistas y reformistas del pensamiento ilustrado suponen un punto de inflexión en cómo los europeos entienden la finalidad de la pena y el tratamiento de las personas privadas de libertad, pero también queda constatado que este consenso inicial no tarda mucho en quebrarse²; y, si bien el proceso más amplio de reconocimiento y positivización de los derechos humanos iniciado después de la Segunda Guerra Mundial impulsó la adopción de normas de evidente calado en el ámbito europeo, lo cierto es que la actual posición común europea sobre el castigo está articulada sobre la base de *soft law* con la excepción del rechazo hacia la pena de muerte³. No obstante, la buena noticia es que el debate acerca de la necesidad de elaborar un instrumento vinculante en el que se aborde *ad hoc* la problemática del ámbito penitenciario no se ha soslayado completamente sino que, al contrario, continúa formando parte de la agenda de las instituciones europeas de manera recurrente.

En 1994, el Comité de Expertos para el Desarrollo de los Derechos Humanos del Consejo de Europa elaboró un proyecto de protocolo al CEDH con la finalidad de ampliar los derechos reconocidos en este texto a las personas privadas de libertad. Un año después, en su Recomendación 1257 (1995), la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa instó a que este proyecto se acelerara y se concluyera tan pronto como fuera posible, que no parecía cristalizar⁴. En el año 2000, el Comité de Ministros volvió a retomar esta cuestión pero, en contra de lo que cabría esperar, el Comité Director de Derechos Humanos, que consideró que este protocolo al CEDH sería de gran utilidad al constituir

University Press, 2006; ASHWORTH, A.: «European Sentencing Traditions: Accepting Divergence or Aiming for Convergence?», en Tata, C./Hutton, N. (eds.), *Sentencing and Society: International Perspectives*, Ashgate; Tonry, M./Frase, R. (eds.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Oxford University Press, 2001.

² Vid. VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y política penitenciaria europea*; Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 31-36.

³ Ciertamente, el rasgo más sobresaliente de la posición común europea hacia la forma de entender el castigo es una prohibición sin fisuras de la pena de muerte, que es considerada por el TEDH como una pena contraria al art. 2 del CEDH y también al art. 3 (vid. *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom* 2 March 2010 (61498/08)). La abolición de esta pena es una condición para lograr la adhesión a la Unión Europea, lo que determina que sea una de las pocas regiones del mundo donde no se aplica la pena de muerte, con la única excepción de Bielorrusia que no forma parte del Consejo de Europa. Aunque, inicialmente, el Protocolo número 6 al CEDH obligaba a los Estados a abolir la pena de muerte en tiempos de paz (art. 1) y permitía su aplicación en tiempo de guerra o ante la amenaza inminente de actos de guerra (art. 2), esta posibilidad se desterró de manera definitiva por el Protocolo número 13, que obliga a los Estados a eliminar la pena de muerte en todas las circunstancias, prohibiéndose expresamente la posibilidad de derogar o realizar reservas al texto de este articulado (arts. 2 y 3).

⁴ Recommendation 1257 (1995), Conditions of detention in Council of Europe member states. 1 February 1995, § 11.4.

una guía para los legisladores nacionales a la hora de configurar sus sistemas penitenciarios, desaconsejó su elaboración al entender que adoptar un texto fijo en aquellos momentos entorpecería el proceso de reconocimiento y ampliación de los derechos humanos en el ámbito penitenciario iniciado por el TEDH. Sin embargo, unos años más tarde, la Asamblea Parlamentaria volvería a plasmar su preocupación por el estado de los sistemas penitenciarios europeos y adoptó dos nuevas Recomendaciones a este respecto. En la primera de ellas, abandonando la idea de un protocolo adicional al CEDH, apostó por la estrategia de crear una Carta penitenciaria europea⁵, y, en la segunda, cuya denominación es precisamente «Carta Penitenciaria Europea», volvió a reclamar la elaboración de un convenio vinculante y obligatorio, que debería ser construido sobre el texto del proyecto de la Carta penitenciaria europea que acompañaba al informe que origina esta Recomendación⁶.

Junto a estas iniciativas desarrolladas en el ámbito del Consejo de Europa, en la Unión Europea, ha sido el Parlamento Europeo el que ha insistido en la necesidad de establecer un posicionamiento común europeo de carácter vinculante en materia penitenciaria. En el año 2003, adoptó una conocida Recomendación en la que se introducía la propuesta de elaborar una «Carta Penitenciaria Europea común a todos los países del Consejo de Europa» que incluyese normas «precisas y obligatorias»⁷. Posteriormente, se han ido sucediendo otras iniciativas⁸, como la última desarrollada en el año 2017, en la que se vuelve a solicitar a los Estados miembros la elaboración de una Carta Europea de Establecimientos Penitenciarios⁹.

Hasta el momento, ninguna de las diferentes propuestas elaboradas por el Consejo de Europa y el Parlamento Europeo ha sido fructífera. No se ha conseguido avanzar en la redacción de un texto específico con normas obligatorias relativas al ámbito penitenciario que, sin duda, permitiría que esa posición común europea sobre el castigo cristalizara

⁵ Recommendation 1656 (2004), Situation of European prisons and pre-trial detention centres. 27 April 2004, § 6.1.

⁶ Recommendation 1747 (2006), European prisons charter. 26 May 2006, § 9.

⁷ Recomendación de 9 de marzo de 2004 del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre los derechos de los detenidos en la Unión Europea, § 1a-1b.

⁸ *Vid.*, por ejemplo, Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar. En esta Resolución, vuelve a reiterarse la petición de adoptar «una decisión marco sobre normas mínimas en materia de protección de los derechos de los reclusos» (§ 1).

⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios, § 59.

al mismo tiempo que se avanzaría en la construcción de mayores niveles de cooperación y armonización en un ámbito de enorme relevancia¹⁰. Con independencia de que esta posición común se plasmase en un protocolo adicional al CEDH o en una Carta penitenciaria europea, opciones que, por otra parte, presentan distinta viabilidad, un instrumento normativo de estas características impulsaría la puesta en marcha de una verdadera política penitenciaria europea común a través de la sistematización de los estándares existentes, que, ha de recordarse, configuran un *soft law* que no genera ninguna obligación jurídica y, por tanto, no permite exigir a los gobiernos nacionales actuaciones concretas en el ámbito penitenciario.

La preocupación de las instituciones europeas ante los desafíos comunes que presenta el ámbito penitenciario existe y puede identificarse un interesante diálogo entre el propio Parlamento Europeo y el Consejo de Europa del que se trasluce un consenso en torno a la conveniencia y necesidad de establecer una posición europea común frente al castigo. Lejos de lo que podría suponerse, el momento político para fijar una posición común en materia penitenciaria no ha pasado, más bien al contrario, y la progresiva consolidación de lo que ya se denominan unos principios generales de Derecho penitenciario europeo constituye una fortaleza que puede –y debe– instrumentalizarse para impulsar una eventual negociación. Tal y como se ha puesto de manifiesto en diver-

¹⁰ A este respecto, junto a las consideraciones habituales, no ha de pasarse por alto la especial importancia que adquiere la existencia de unos estándares penitenciarios europeos lo más armonizados posibles en el marco de la cooperación judicial penal desarrollada al abrigo de ese Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia a través, esencialmente, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros; la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea –estas dos últimas Decisiones modificadas por la Decisión marco 2009/199/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009–; la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y regímenes de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, y 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 sustitución de la prisión provisional. Aunque estas Decisiones no generan nuevos estándares de naturaleza penitenciaria, sí proyectan los estándares del Consejo de Europa hasta el extremo de poder llegar a condicionar la implementación de los instrumentos de cooperación que acaban de señalarse. Sobre esta cuestión, *vid.* RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de Derecho penitenciario», en Nieto Martín, A./García-Moreno García-Galana, B. (dirs.): *Ius puniend y Global Law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 600-610; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2017; y BARAS GONZÁLEZ, M., *El espacio penitenciario europeo*, Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, 2013.

Los informes y estudios, todavía existe un apreciable margen de mejora en los sistemas penitenciarios europeos en materia de sobrepoblación, en el diseño de medidas alternativas a las penas de privación de libertad, el uso de la prisión preventiva, en la calidad de la atención sanitaria o la previsión de medidas específicamente orientadas a determinados grupos de internos que, bien por su especial vulnerabilidad o por sus características, precisan una estrategia penitenciaria *ad hoc*¹¹.

II. La configuración del soft law penitenciario europeo. La consolidación por interacción

Los estándares penitenciarios europeos se han desarrollado en el marco del Consejo de Europa que, teniendo en cuenta su proyección espacial –el Consejo de Europa está integrado por la totalidad de los países europeos (47 Estados, 28 de los cuales son miembros de la Unión Europea), excepto Bielorrusia–, se ha convertido en un *actor penológico* de referencia a nivel global. Estos estándares se derivan de la red de *soft law* conformada por las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, incluidas las Reglas Penitenciarias Europeas (RPE), los informes elaborados por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) y de la jurisprudencia del TEDH; red que, además, se caracteriza por constituir un sistema de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad de carácter interactivo, dinámico y sinérgico.

1. El Comité de Ministros del Consejo de Europa

El Consejo de Europa es una organización internacional creada después de la Segunda Mundial (mayo de 1949) con la finalidad de fa-

¹¹ Vid., entre otros, European Prison Observatory, *Prisons in Europe. 2019 report on European prisons and penitentiary systems*, 2020; European Parliament, Policy Department C, *Prison Conditions in the Member States: Selected European Standards and Best Practices*, 2017; Daems, T./Robert, L. (eds.), *Europe in Prisons. Assessing the Impact of European Institutions on National Prison System*, Palgrave, 2017; MACULAN, A. et al., *Prisons in Europe: overview and trends*, European Prison Observatory, 2013; DÜNKEL, F./SNACKEN, S., *Prisons in Europe*, L'Harmattan, 2005; CASSESSE, A., *Inhuman States: imprisonment, detention and torture in Europe today*, Polity Press, 1996. En este punto, también se recomienda una lectura de los informes país elaborados por el CPT durante los últimos años.

vorecer el progreso económico y social en el ámbito europeo. Su actividad se centra en la defensa de los derechos humanos, la consolidación de la democracia y el fortalecimiento del Estado de Derecho como ámbitos de trabajo fundamentales. Una de las primeras cuestiones de las que se ocupó el Consejo de Europa fue la redacción del CEDH en 1950 con el que se quiso consolidar el reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito europeo tomando como referencia la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Ante la ausencia de un instrumento jurídico vinculante *ad hoc*, el CEDH constituye el *hard law* de referencia en el proceso de construcción de los estándares penitenciarios europeos en la medida en que conforma el sustrato a partir del cual se ha perfilado la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en el ámbito europeo. Los derechos reconocidos en el CEDH se proyectan al entorno penitenciario a través de la red de *soft law* que en esta materia se ha implementado en el Consejo de Europa, delimitándose, así, los estándares mínimos que permiten concluir que una privación de libertad es compatible con el derecho a la dignidad del interno, y, por extensión, con el ejercicio efectivo de los restantes derechos de los que se es un titular legítimo.

Dentro de la estructura del Consejo de Europa, el Comité de Ministros, como órgano ejecutivo, ha adoptado un amplio conjunto de recomendaciones relativas al ámbito penitenciario que tienen como objetivo principal y transversal conferir una protección más precisa y efectiva de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Estas recomendaciones operan como criterios generales que deben inspirar a los legisladores nacionales a la hora de elaborar e implementar su legislación y política penitenciaria, asegurando unas condiciones mínimas en los sistemas penitenciarios de los Estados miembros. A pesar de no tener carácter vinculante —el Consejo de Europa no tiene un mandato legislativo— estos estándares reflejan un consenso y un compromiso común del más alto nivel, reflejo de la propia composición del Comité de Ministros¹², lo que les confieren una significativa capacidad para transformar los sistemas penitenciarios europeos, que se ve potenciada por su inserción en la red de *soft law* penitenciaria europea. La interacción y la sinergia con la jurisprudencia del TEDH y los estándares del CPT, que cada vez con mayor frecuencia hacen referencia a las recomendaciones del Comité de Ministros en sus sentencias e infor-

¹² En el mismo sentido, *vid.*, MURDOCH, J. L., *The treatment of prisoners. European standards*, Council of Europe, 2006, pp. 33-35

mes, refuerzan y consolidan el peso específico de estas recomendaciones y las posiciona como los principios de referencia que vertebran el modelo de castigo en el entorno europeo.

La configuración de un ámbito penitenciario que refleje un enfoque estrictamente europeo del castigo ha sido una cuestión claramente prioritaria para el Comité de Ministros desde sus inicios que, inspirado por el Derecho internacional de los derechos humanos, ha ido perfilando y concretando los estándares penitenciarios europeos a través de un amplio catálogo de recomendaciones –inicialmente, resoluciones– que, a lo largo de los años, han ido centrando la actividad del Comité¹³.

Ya desde su primera etapa, pueden identificarse tres líneas de actuación fundamentales. Por un lado, en primer lugar, se adoptaron diversas resoluciones que perseguían limitar el uso de la pena de prisión como *prima ratio*, a través fundamentalmente de la búsqueda de medidas alternativas, y reducir la duración de las penas, con la finalidad de abordar el problema de sobrepoblación penitenciaria que ya entonces afectaba a los sistemas penitenciarios europeos. Esta línea de actuación ha tenido continuidad hasta la actualidad. En la década de los noventa, el persistente problema de hacinamiento en las prisiones europeas determinó que el Comité de Ministros adoptara la Recomendación (99) 22 relativa a la superpoblación de las prisiones y la inflación de la población penitenciaria, Recomendación que, en los últimos años, se ha complementado con otras que siguen incidiendo en la búsqueda de medidas alternativas y en la implementación de mecanismos de puesta en libertad temprana¹⁴. Por otra parte, el Comité de Ministros pronto puso en marcha una segunda línea de actuación centrada en mejorar el tiempo de estancia en prisión de la persona privada de libertad¹⁵ que condujo a la aprobación de la Resolución (73) 5 sobre las Reglas de estándares mínimos para el tratamiento de los reclusos, de 19 de enero de 1973, y, años más tarde, de las RPE de 1987 –que sustituyen a la anterior resolución–, inaugurando una estrategia de protección efectiva de los de-

¹³ Para una perspectiva general sobre el contenido de las resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros, *vid.* RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de Derecho penitenciario», pp. 544-555.

¹⁴ *Vid.*, por ejemplo, la Recomendación (2003) 22 relativa a la libertad condicional, la Recomendación (2010) 1 relativa a las normas *probation* del Consejo de Europa, y la Recomendación (2017) 3 relativa a las normas europeas sobre sanciones y medidas comunitarias.

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, la Resolución (75) 25 relativa al trabajo penitenciario, la Recomendación (82) 16 relativa a los permisos de salida, o la Recomendación (89) 12 relativa a la educación en prisión.

rechos humanos asentada sobre el respeto a la dignidad de la persona y la finalidad rehabilitadora de la pena.

Por otro lado, aunque claramente conectado con el problema de masificación de los sistemas penitenciarios europeos, a esta segunda línea de actuación han de circunscribirse igualmente las recomendaciones del Comité de Ministros que abordan el desafío de la salud en la prisión¹⁶. Y, por último, en tercer lugar, desde sus comienzos, el Comité de Ministros también ha prestado atención a la problemática específica que planteaban diversas categorías de internos¹⁷. En esta línea de actuación han de situarse la Recomendación (2003) 23 relativa a la gestión por las administraciones penitenciarias de los condenados a cadena perpetua y otros internos de larga duración (2003), la Recomendación (2008) 11 relativa a las Reglas europeas para jóvenes infractores sujetos a sanciones o medidas, la Recomendación (2012) 12 relativa a reclusos extranjeros, y la Recomendación (2014) 3 relativa a reclusos peligrosos.

Junto a las líneas de actuación anteriores, también han de señalarse las recomendaciones dirigidas al personal penitenciario¹⁸, considerado un elemento esencial del sistema penitenciario, así como la especial atención que en los últimos años se está prestando al desafío que representa el fenómeno de la radicalización y el extremismo violento en el ámbito penitenciario¹⁹.

Dentro de la segunda línea estratégica del Comité de Ministros a la que se acaba de hacer referencia, las RPE merecen especial referencia, ya que reflejan el esfuerzo más completo por estandarizar las políticas penitenciarias de los países europeos y posibilitar la creación de normas y prácticas comunes. En este sentido, las RPE se perfilan como el eje vertebrador de la red de *soft law* penitenciario europeo que permite interconectar la labor jurisdiccional del TEDH y la actividad de supervi-

¹⁶ Vid. Recomendación (93) 6 relativa a los aspectos penitenciarios y criminológicos en el control de enfermedades transmisibles, incluyendo el SIDA, y otros problemas sanitarios relacionados en las prisiones, y Recomendación (98) 7 relativa los aspectos éticos y organizativos de la asistencia sanitaria en prisión.

¹⁷ Vid., por ejemplo, la Resolución (66) 25 relativa al tratamiento de corta duración de jóvenes infractores menores de 21 años, la Resolución (76) 2 relativa al tratamiento de presos de larga duración, Recomendación (82) 17 relativa a la custodia y tratamiento de reclusos peligrosos, y Recomendación (84) 12 relativa a los reclusos extranjeros.

¹⁸ Vid., por ejemplo, la Recomendación (2010) 1 relativa al código deontológico del personal penitenciario, y la inicial Resolución (66) 26 relativa al estatuto, contratación y formación del personal penitenciario. Vid., igualmente, Council of Europe: *Combating ill-treatment in prisons: A handbook for prison staff with focus on the prevention of ill-treatment in prison*, 2016.

¹⁹ Vid. Guía para los servicios penitenciarios y de *probation* en relación a la radicalización y el extremismo violento.

sión del CPT²⁰. Este rol de liderazgo se deriva, por un lado, del «significativo reconocimiento judicial» de las RPE en la jurisprudencia del TEDH, donde cada vez con mayor frecuencia se citan reglas específicas y se alude a las finalidades que inspiran las RPE, especialmente en las sentencias piloto en las que aborda los problemas estructurales relacionados con unas condiciones de encarcelamiento inadecuadas, y, por otro, de la referencia constante del CPT a las RPE a la hora de justificar sus estándares penitenciarios o realizar recomendaciones a los Estados miembros²¹.

La elaboración de la Resolución (73) 5, antecedente directo de las RPE, se debió, como en el caso del CEDH, a un intento del Consejo de Europa de trasladar al ámbito europeo las Normas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas de 1955. Sin embargo, su contenido excesivamente programático y amplio determinó que pronto se perfilase como un instrumento obsoleto e insuficiente, por lo que, en 1987, la revisión de este texto derivó en la aprobación de las RPE de 1987 en las que ya se incorporó una perspectiva más claramente europea en torno al enfoque del castigo y el tratamiento del interno²². Desde entonces y hasta la fecha, las RPE se han revisado en dos ocasiones. La primera actualización se llevó a cabo en el año 2006 a través de la Recomendación (2006) 2 para reflejar los cambios que se habían sucedido desde el punto de vista político criminal y de las prácticas condenatorias así como en la gestión de las prisiones europeas²³; y, la se-

²⁰ Rodríguez Yagüe expresa esta idea de la siguiente manera: «Se puede afirmar que mientras el TEDH centra su atención sobre el pasado y el análisis individual de una situación lesiva de los derechos del CEDH, la labor del Comité de Ministros a través de sus Recomendaciones es *ad futurum* y general, tratando de reglar los principios mínimos necesarios para conformar las penas y gestionar su ejecución. entre ambas condiciones, entre lo general y lo individual, y entre el pasado y el futuro, actúa el CPT, puesto que sus estándares se construyen sobre el análisis de la suma de múltiples situaciones individuales, apreciadas en el pasado y algunas mantenidas en el presente, [...] que en el momento en el que se materializan como criterios, adquieren ese carácter general y que por tanto tienen vocación de actuación en el futuro cambio normativo y de gestión de la praxis penitenciario». RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de Derecho penitenciario», pp. 599.

²¹ European Committee On Crime Problems, *Revised commentary to Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules*, 22 May 2018, PC-CP/docs2018.ºPC-CP(2018)1_E REV 2, pp. 4-5.

²² Sobre la primera versión de las RPE, *vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A., *Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*, Edisofer, 2006, pp. 13 y ss.; y BUENO ARÚS, F., «Las Reglas Penitenciarias Europeas (1987)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 238, 1987.

²³ Sobre la segunda versión de las RPE, *vid.*, entre otros, SNACKEN, S., «Recommendation (2006). «A reductionist penal policy and European human rights standards», en *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 12, 2006; VAN ZYL SMIT, D., «Humanising imprisonment: a European project», en *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 12, 2006; y TÉLLEZ AGUILERA, A., *ob. cit.*

gunda, en julio de 2020, por medio de la Recomendación (2006) 2-rev, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el espíritu modernizador y humanista que subyace a la actualización de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas –las ahora conocidas como Reglas Nelson Mandela– efectuada en el año 2015, así como los estándares derivados de la jurisprudencia del TEDH y los informes del CPT²⁴.

La nueva versión de las RPE reproduce la estructura y número de disposiciones del anterior texto²⁵. Su ámbito de aplicación continúa incluyendo a las personas en prisión preventiva y a las personas privadas de libertad en virtud de una sentencia condenatoria (Regla 10.1). No obstante, las RPE también son aplicables a otras personas internas en prisión por causas distintas a las anteriores y a los privados de libertad por auto de prisión preventiva o sentencia condenatoria pero que se encuentren en otros lugares distintos a un centro penitenciario, con la finalidad de abarcar toda privación de libertad posible y garantizar un tratamiento homogéneo y garantista en todos los casos.

Como principios generales que han de inspirar la implementación de las RPE, la versión de 2020 continúa reafirmando que todas las personas privadas de libertad han de ser tratadas de manera respetuosa

²⁴ Vid. *European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment*, 25th General Report of the CPT (1 January-31 December 2015), CPT/Inf (2016) 10, Aril 2016, pp. 35-37. Vid., igualmente, MARTÍN DOMÍNGUEZ, L. M., «Sobre la reciente revisión de las Reglas Penitenciarias Europeas», *Diario La Ley*, núm. 9725, 2020.

²⁵ Las RPE se articulan sobre nueve partes en las que se agrupan temáticamente las reglas mínimas a las que deben ajustarse los sistemas penitenciarios del entorno europeo: Parte I. Principios Básicos (reglas 1-13), donde se establecen los principios sobre los que se han elaborado estas Reglas; Parte II. Condiciones de encarcelamiento (reglas 14-38), en la que se abordan un amplio conjunto de cuestiones relativas a las condiciones de vida en la prisión con la finalidad de garantizar un bienestar básico a los internos y fomentar su participación y corresponsabilidad; Parte III. Salud (reglas 39-48), en la que se presta especial atención a la forma en que las autoridades deben proteger la salud de los internos; Parte IV. Buen orden (reglas 49-70), donde se abordan un conjunto de estándares básicos relativos a la seguridad y la disciplina teniendo en cuenta la necesidad de que estas prácticas sean respetuosas con los derechos humanos de los internos y que sean utilizadas siempre como último recurso; Parte V. Dirección y personal (reglas 71-91), donde se incide en la necesidad de que las prisiones sean gestionadas dentro de un marco ético en el que se preste especial atención a la obligación de tratar a todos los internos con humanidad para favorecer su proceso de reinserción; Parte VI. Inspección y control (reglas 92-93), en la que se establece que los mecanismos de inspección y control deben vigilar que las condiciones de vida en la prisión respetan los derechos humanos de los internos; Parte VII. Internos preventivos (reglas 94-101), donde se especifican algunas cuestiones específicas de los internos preventivos sobre la base de las reglas generales de las condiciones de encarcelamiento; Parte VIII. Internos condenados (reglas 102-107), en la que, como en el caso anterior, se detallan determinadas cuestiones de las condiciones de vida de los internos condenados tomando como referencia las condiciones generales de encarcelamiento, y, finalmente, Parte IX. Actualización de las reglas (regla 108), en la que se determina que las Reglas han de ser actualizadas de forma regular, tal y como ha venido ocurriendo desde la aprobación del primer texto.

con los derechos humanos, los cuales conservan siempre que no hayan sido limitados expresamente por una disposición legal o por la sentencia condenatoria o el auto de prisión preventiva (principio de legalidad) e, incluso en estos casos, toda restricción de los derechos humanos ha de limitarse a lo estrictamente necesario y ser proporcionada (Reglas 1-3). En este sentido, igualmente, se continúa estableciendo que la falta de recursos no puede justificar la existencia de unas condiciones de internamiento contrarias a los derechos humanos (Regla 4). El segundo principio fundamental de las RPE es el principio de normalización²⁶, de acuerdo al cual la vida en prisión ha de gestionarse de tal manera que debe ofrecer unas condiciones de vida que se ajusten en lo máximo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior (Regla 5), cuestión de enorme trascendencia teniendo en cuenta que el internamiento ha de facilitar la reinserción social de la persona (Regla 6)²⁷. Por ello, las RPE consideran necesario potenciar la cooperación de los agentes sociales con la administración de la prisión y, en la medida de lo posible, la participación de la sociedad civil en la vida penitenciaria para evitar que las prisiones se conviertan en medios cerrados (Regla 7).

Por otra parte, conscientes de la importante labor del personal penitenciario, se incorpora una disposición en la se recomienda que la selección, formación y condiciones laborales de este personal alcance un alto nivel profesional (Regla 8). Y, finalmente, desde el punto de vista de la responsabilidad estatal en la gestión de las prisiones, se recomienda la inspección de los centros de forma regular y, en la medida de lo posible, su control por una autoridad independiente (Regla 9).

²⁶ Vid. MAPELLI CAFARENA, B., «Una nueva versión de las Normas Penitenciarias Europeas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8-01, 2006, p. 4.

²⁷ A este respecto, ha de precisarse que a pesar de hacerse referencia a la «reinserción en la sociedad libre», esta Regla no equivale a un reconocimiento formal de la finalidad resocializadora de la pena aunque, desde el punto de vista material, incide de manera directa en cuál ha de ser el objetivo del castigo. En este sentido, en los comentarios a la nueva versión se indica lo siguiente: «Rule 6 recognises that prisoners, both untried and sentenced, will eventually return to the community and that prison life has to be organised with this in mind. Therefore, proactive preparation for their release should be undertaken from the start of their detention. Reintegration requires that the negative effects that imprisonment may have should be combatted. Prisoners have a right to be kept physically and mentally healthy and the prison regime should provide them with opportunities to develop positively, to work and to educate themselves. Where it is known that prisoners are going to serve long terms, these have to be carefully planned to minimise damaging effects and make the best possible use of their time». European Committee On Crime Problems: ob. cit., p. 7.

2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH, creado en 1959, es el órgano judicial del Consejo de Europa con competencia única para conocer de las demandas fundamentadas en una violación del CEDH²⁸. Se trata de un tribunal internacional que tiene jurisdicción en toda Europa, ya que todos los Estados europeos, con excepción de Bielorrusia, han ratificado el CEDH.

Si bien, actualmente, la jurisprudencia del TEDH forma parte de la red de *soft law* penitenciario desarrollada en el marco del Consejo de Europa, la atención prestada por el Tribunal a las cuestiones que afectan al ámbito penitenciario fue, durante los primeros años, muy limitada²⁹. Esta situación se debió, en gran medida, a la restrictiva posición adoptada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en relación a la titularidad de los derechos de las personas privadas de libertad³⁰, pero también a las propias reticencias del TEDH a la hora de reconocer los derechos de los internos más allá del plano estrictamente procesal o formal; lo que, por otra parte, explica que, en la década de los noventa, la propuesta de elaborar un proyecto de protocolo al CEDH adquiriera gran fuerza. No obstante, la supresión de la Comisión en 1998 y la correlativa configuración del TEDH como única instancia judicial en el Consejo de Europa supusieron un claro punto de inflexión. A partir de ese momento, el TEDH no solo asumió una posición más garantista a la hora de abordar los problemas que afectaban a las personas privadas de libertad, por ejemplo, flexibilizando el ámbito de aplicación del art. 3 del CEDH, sino que, además, comenzó a hacer referencia de forma cada vez más frecuente a los estándares del CPT y, posteriormente, tras la actualización de las RPE en el año 2006, incorporó regularmente refe-

²⁸ Inicialmente, el TEDH se configuró como un órgano jurisdiccional facultativo y no permanente que únicamente entraba a conocer aquellos casos que superaban el examen inicial de la Comisión Europea de Derechos Humanos y que eran remitidos expresamente al Tribunal cuando no era posible establecer una mediación entre las partes. A finales de los noventa, el aumento del número de demandas que llegaban al Tribunal y la incorporación de nuevos países al Consejo de Europa se llevó a cabo una modificación de esta estructura con la finalidad de «mantener y reforzar la eficacia de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales» a través del Protocolo núm. 11 al CEDH, relativo a la reestructuración del mecanismo de control. Este Protocolo, que entró en vigor en noviembre de 1998, eliminó a la Comisión y configuró al TEDH como mecanismo de control único y permanente.

²⁹ A este respecto, Van Zyl Smit y Snacken precisan que, durante los 30 primeros años de funcionamiento del Tribunal, de los 72 casos remitidos por la Comisión Europea de Derecho Humanos al TEDH, solo 15 estaban relacionados con cuestiones penitenciaria. VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S., ob. cit., p. 43.

³⁰ De acuerdo al criterio de la Comisión, la privación de libertad comportaba la limitación automática de determinados derechos y libertades, criterio que se modificó después del caso Golder contra Reino Unido. Vid. Golder v. United Kingdom 21 February 1975 (4451/70).

rencias a este texto de referencia, estimulando una mayor interacción y sinergia entre los agentes de la red de *soft law* penitenciario europeo. Actualmente, la jurisprudencia del TEDH, especialmente las denominadas sentencias piloto³¹, es una fuente esencial para el desarrollo de los estándares penitenciarios europeos no solo porque sus sentencias están basadas en el CEDH, sino también porque, a diferencia de los estándares derivados de las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, incluidas las RPE, o de los informes del CPT, las sentencias del TEDH obligan jurídicamente al Estado demandado a adoptar medidas concretas que permitan restaurar el derecho infringido³².

Aunque el CEDH es de aplicación directa en el ámbito penitenciario y las personas privadas de libertad son titulares de la práctica totalidad de sus disposiciones, la actividad de control del TEDH se ha articulado, fundamentalmente, en torno a dos derechos concretos: la prohibición de torturas y tratos o penas inhumanas o degradantes (art. 3), y el derecho al respeto de la vida privada, vida familiar, domicilio y correspondencia (art. 8)³³.

³¹ Las denominadas *pilot judgments* hace referencia al procedimiento incorporado al art. 61 del Reglamento del TEDH para hacer frente al elevado número de demandas individuales que tienen su origen en una disposición del derecho interno o en una situación estructural del Estado demandado que deriva en una violación sistemática de alguno de los derechos protegidos por el CEDH. En estos casos, el TEDH puede seleccionar una o varias de estas demandas y proceder a su tramitación de manera prioritaria. Una vez estudiado el caso, el fallo intentará ofrecer una solución de amplio alcance y será el Tribunal el que determine el tipo de medidas reparatoras que el Estado demandado deberá poner en marcha. En relación al ámbito penitenciario, destacan las sentencias piloto sobre la eliminación del derecho al voto de las personas condenadas (*Vid.*, por ejemplo, *Hirst v. United Kingdom* (no 2) [GC] 6 october 2005 (74025/01); *Green and M. T. v. United Kingdom* 23 november 2010 (60041/08; 60054/08)) y, especialmente, sobre la problemática de la sobrepoblación penitenciaria (*vid.*, a modo de ejemplo, *Ananyev v. Russia*, 10 january 2012 (42525/07; 60800/08)). Sobre el procedimiento de la sentencias piloto, *vid.*, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, A.: «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.

³² No obstante, en este punto ha de hacerse referencia a la doctrina del margen de apreciación que, como en otros asuntos, puede originar que el TEDH decida inhibirse a la hora de pronunciarse sobre un aspecto con incidencia en el ámbito penitenciario bien porque las autoridades nacionales están mejor posicionadas para evaluar la necesidad y adecuación de las restricciones y limitaciones de los derechos reconocidos en el CEDH (el denominado margen de apreciación estructural), bien porque no existe un consenso ni en la legislación ni en la práctica de los países europeos con respecto a la cuestión a tratar. Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, GERARDS, J., «Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights», en *Human Rights Law Review*, vol. 18, 2018; GARCÍA ROCA, J., El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Civitas, 2010; ARAI-TAKAHASHI, Y., *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Interesentia, 2002.

³³ *Vid.*, entre otros, FOSTER, S., «Prison conditions, human rights and article 3 ECHR», en *Public Law*, 2005; y LIVINGSTONE, S., «Prisoners' rights in the context of the European Convention of Human Rights», en *Punishment and Society*, vol. 2, 2000.

El TEDH ha indicado que «El artículo 3 del Convenio consagra uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas. Prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes, independientemente de las circunstancias y del comportamiento de la víctima»³⁴. Para que la privación de libertad sea contraria al art. 3, se exige que exista «un nivel mínimo de severidad», cuestión que se perfila como eminentemente valorativa y que se determinará en función de cuáles sean las circunstancias del caso³⁵, aunque, en cualquier caso, se exige que «el sufrimiento y la humillación sufrida [...] [sea] mayor que el inevitable sufrimiento y humillación que conlleva toda forma legítima de pena o trato»³⁶.

En relación al art. 3 del CEDH, pueden identificarse, al menos, tres tipos de líneas jurisprudenciales. Aunque el Consejo de Europa es una zona libre de pena de muerte³⁷, el desafío que presenta la aplicación de esta pena por parte de algunas jurisdicciones ha originado que el TEDH se haya pronunciado acerca del denominado «síndrome del corredor de la muerte»³⁸, que se considera contrario al art. 3 del CEDH, y que haya tenido que entrar a valorar si, en el marco de un proceso de extradición o expulsión a los países de origen, el riesgo de ser condenado a pena de muerte y ejecutado resulta tan elevado que la entrega del demandante a un tercer Estado conduciría a la imposición de una pena contraria al art. 3 del CEDH³⁹. Del mismo modo, ha de hacerse especial referencia la sentencia *Al-Saadoon y Mufdhi contra Reino Unido*, ya menciona-

³⁴ *Labita v. Italy* [GC] 6 april 2000 (926772/95), par. 119

³⁵ «La evaluación de este nivel mínimo de severidad es relativa, pues depende de todas las circunstancias del caso, como la duración de ese trato, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima». *Valašinas v. Lithuania* 24 July 2001 (44558/98), pars. 100-101

³⁶ *Dougoz v. Greece* 6 de march de 2001 (40907/98), par. 46

³⁷ *Vid.*, por todos, HOOD, R./HOYLE, C., *The death penalty: a worldwide perspective*, Clarendon Press, 2008.

³⁸ *Vid.*, por ejemplo, la conocida sentencia en el caso *Soering v. United Kingdom* 7 July 1989 (14038/88), y, más recientemente, *Poltoratskiy v. Ukraine*, 29 April 2003 (38812/97); *Kuznetsov v. Ukraine* 29 April 2003 (39042/97); *Nazarenko v. Ukraine* 29 April 2003 (39483/98); *Dankevich v. Ukraine* 29 April 2003 (40679/98); *Aliev v. Ukraine* 29 April 2003 (41220/98); *Khokhlich v. Ukraine* 29 April 2003 (41707/98).

³⁹ *Al Nashiri v. Romani* 31 May 2018 (33234/12); *Al Nashiri v. Poland* 24 July 2014 (28761/11); *Husayn (Abu Zybaydah) v. Poland* 24 July 2014 (7511/13); *Rrapo v. Albania* 25 September 2012 (58555/10); *Babar Ahmad and others v. United Kingdom* 10 July 2012 (24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09, 67354/09); *Bader and others v. Sweden* 8 November 2005 (13284/04); *Jabari v. Turkey* 11 October 2000 (40035/98). Aquí debe incluirse el conocido caso *Öcalan contra Turquía* (*Öcalan v. Turkey* [GC] 12 May 2005 (46221/99)) en el que el TEDH consideró que la imposición de la pena de muerte en un proceso judicial resultó no ser equitativa y la posibilidad real de que el demandante fuera ejecutado en Turquía, a pesar de que existía una moratoria contra la aplicación de la pena capital desde 1984, constituía una situación contraria al art. 3 del Convenio.

da, en la que el TEDH consideró que la pena de muerte es una pena inhumana y degradante contraria al art. 3 del CEDH y a los Protocolos número 5 y número 13, que prohíben la aplicación de esta pena en cualquier circunstancia a los Estados miembros del Consejo de Europa, en la medida en que implica una decisión deliberada y premeditada de las autoridades de un Estado de arrebatar la vida a un ser humano que causa cierto grado de dolor físico y un intenso sufrimiento psíquico. Esta jurisprudencia refuerza la posición común europea hacia el castigo en relación a esta *ultimate penalty*.

La segunda línea jurisprudencial desarrollada por el TEDH –la más amplia– englobaría todas aquellas sentencias en las que se evalúa si las condiciones en las que se desenvuelve la vida en prisión generan un entorno de privación de libertad contrario al art. 3 del Convenio. Aquí habría que integrar todos aquellos casos en los que la problemática analizada está relacionada con las condiciones materiales de encarcelamiento⁴⁰, y aquellos otros en los que se abordan cuestiones más heterogéneas relacionadas con diversos aspectos tratamentales y regiminales como, por ejemplo, el aislamiento celular, los registros corporales con desnudo integral, el uso de la fuerza o el maltrato por parte del personal penitenciario o los compañeros de celda, el contacto con el exterior, o el derecho a la educación, a votar o a no ser discriminado. Cuando se produzca una denuncia acerca de las condiciones de encarcelamiento en relación con el art. 3 del CEDH, la ausencia de una investigación por parte de las autoridades de la prisión también se ha considerado igualmente contraria al art. 3 del CEDH⁴¹.

Y, en tercer lugar, en los últimos años, también puede identificarse una línea jurisprudencial emergente centrada en la problemática específica que, en relación con el contacto con el exterior y la orientación resocializadora de la pena, plantean las penas de cadena perpetua, cuestión sobre la que se volverá más adelante⁴².

⁴⁰ Vid., a modo de ejemplo, *Bulea v. Romania* 7 december 2013 (27804/10); *Ananyev v. Russia* 10 january 2012 (42525/07; 60800/08); *Porumb v. Romania* 7 december 2010 (19832/04); *Orchowski v. Poland* 22 october 2009 (17885/04); *Torregiani and others v. Italy* 8 january 2003 (43517/09; 46882/09; 55400/09; 57875/09; 61535/09; 35315/10; 37818/10); *Dougoz v. Greece* 6 de march de 2001 (40907/98).

⁴¹ Vid., por ejemplo, *Arratibel Garcilandia v. Spain* 5 may 2015 (58488/13); *Sevtap Veznedaroglu v. Turkey* 11 april 2000 (32357/96); *Askoy v. Turkey* 18 december 1996 (21987/93).

⁴² Vid., entre otras, *Marcello Viola v. Italy* (no. 2) 13 june 2019 (77633/16); *Petukhov v. Ukraine* (no. 2) 12 march 2019 (41216/13); *Hutchinson v. the United Kingdom* [GC] 17 january 2017 (57592/08); *Murray v. The Netherlands* [GC] 26 april 2016 (10511/10); *Bodein v. France* 13 november 2014 (40014/10); *László Magyar v. Hungary* 20 may 2014 (73593/10); *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria* 8 july 2014 (15018/11; 61199/12); *Öcalan v. Turkey* (no. 2) 18 march 2014 (24069/03, 197/04, 6201/06; 10464/07); *Vinter and others v. the United Kingdom*

Por otra parte, en relación al art. 8, el amplio ámbito de aplicación de esta disposición ha permitido que el TEDH haya abordado problemáticas de muy distinta naturaleza, entre las que ha de destacarse el derecho a mantener correspondencia y en cómo ésta ha de articularse en la práctica⁴³, el derecho a comunicarse con abogados sin interferencias no justificadas⁴⁴ o con otros profesionales, el derecho a contraer matrimonio⁴⁵ o el derecho a fundar una familia⁴⁶ e, incluso, el derecho de los padres a ejercer la patria potestad⁴⁷ o el derecho a la sexualidad⁴⁸. También merecen una especial referencia el significativo conjunto de sentencias que, desde la perspectiva del contacto con el exterior, han perfilado el contenido del derecho a la vida familiar de los privados de libertad. En este sentido, el TEDH se ha pronunciado sobre el disfrute de permisos penitenciarios por motivos humanitarios⁴⁹ o por el fallecimiento de un familiar⁵⁰, las visitas familiares⁵¹, y el cumplimiento de la pena en un establecimiento penitenciario próximo al lugar de residencia⁵², cuestión relacionada con la problemática de las políticas de dispersión.

[GC] 9 July 2013 (66069/09; 130/10; 3896/10); Iorgov (no. 2) v. Bulgaria 2 September 2010 (40653/98); Léger v. France 30 March 2009 (19324/02); Kafkaris v. Cyprus [GC], 21906/04, 12 February 2008. Vid., igualmente, VAN ZYL SMIT, D., «Un acercamiento a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre la cadena perpetua y su posible proyección sobre la prisión permanente revisable en España», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019.

⁴³ Vid., por ejemplo, Mehmet Nuri Özen and others v. Turkey 11 January 2011 (15672/08; 24462/08; 27559/08; 28302/08; 28312/08; 44823/08; 34823/08; 40738/08; 41124/08; 43197/08; 51938/08; 58170/08); Silver and others v. United Kingdom 25 March 1983 (5947/72; 6105/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75); Golder v. United Kingdom 21 February 1975 (4451/70).

⁴⁴ Vid., por ejemplo, Altaya v. Turkey (no 2) 9 April 2019 (11236/09); Pisk-Piskowski v. Poland 14 June 2005 (92/02); Dankevich v. Ukraine 19 April 2003 (40679/98); Frerot v. Italy 6 April 2000 (70204/01); Silver and others v. United Kingdom 25 March 1983 (5947/72; 6105/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75).

⁴⁵ Dickson v. United Kingdom [GC] 4 December 2007 (44362/04).

⁴⁶ Hamer v. United Kingdom [EU Comm] 13 December 1979 (7114/75).

⁴⁷ Hokkanen v. Finland 23 September 1994 (19823/92); Sabou and Pircalab v. Romania 28 September 2004 (46572/99).

⁴⁸ Burghatz v. Switzerland 22 February 1994 (16213/90); B v. France 25 March 1992 (13343/87).

⁴⁹ Vid., entre otras, Lind v. Russia 6 December 2007 (25664/05); Ptoski v. Poland 12 November 2002 (26761/95).

⁵⁰ Vid. Solcan v. Romania 8 October 2019 (32074/14); Vetsev v. Bulgaria 2 May 2019 (54558/15); Guimon v. France 28 May 2019 (48798/16); Feldman v. Ukraine (no 2) 12 January 2012 (42921/09); Lind v. Russia 6 December 2007 (25664/05); Schemkamper v. France 18 October 2005 (75833/01).

⁵¹ Vid., entre otros, Chaldayev v. Russia 28 May 2019 (33172/16); Mozer v. Moldova and Russia 23 February 2016 (11138/10); Khoroshenko v. Russia 30 June 2015 (41418/04); Vintman v. Ukraine 23 October 2014 (28403/05); Messina v. Italy (no 2) 28 September 2008 (25498/94); Ostrovar v. Moldova 13 September 2005 (35207/03); Van der Ven v. The Netherlands 4 February 2003 (50901/99); Lavents v. Lithuania 28 November 2002 (58442/00).

⁵² Vid., entre otras, Fraile Iturralde v. Spain 7 May 2019 (66498/17); Polyakova and other v. Russia 7 March 2017 (5090/09, 35845/11, 45694/13 and 59747/14); Rodzevillo v. Ukrai-

3. El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes

El CPT es el órgano de supervisión creado en el marco del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1987⁵³. Ha de subrayarse que no es un organismo de investigación, sino un mecanismo no judicial de carácter preventivo que se encarga de examinar el trato a las personas privadas de libertad con la finalidad de reforzar su protección contra la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes (art. 1 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes). Aunque, como acaba de indicarse, no se creó en el marco del CEDH⁵⁴, el CPT también forma parte del sistema del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y su labor es complementaria a la desarrollada por el TEDH. Mientras que el CPT es un mecanismo de actuación de carácter preventivo, el TEDH se encarga del control judicial posterior.

El CPT desarrolla su trabajo realizando visitas a los lugares de detención de los Estados parte del Convenio y, posteriormente, redacta un informe en el que se evalúan las condiciones de internamiento y se realizan recomendaciones para que, en su caso, los Estados las mejoren –los denominados informes país. En este sentido, probablemente la razón de la gran relevancia de los estándares elaborados por el CPT es que emanan directamente de la práctica penitenciaria que éste observa durante sus visitas y, por ello, conforman unos criterios concretos de actuación de gran utilidad para los Estados⁵⁵. Los principios bajo los que se realizan las visitas son, por un lado, la cooperación (art. 3 del Convenio), que implica que el Estado tiene la obligación de cooperar con

ne, 38771/05, 14 January 2016; Vintman v. Ukraine 23 October 2014 (28403/05); Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia 25 July 2013 (51111/07; 42757/07).

⁵³ Sobre el CPT, *Vid.*, entre otros, MORGAN, R./EVANS, M. D., *Protecting Prisoners. The standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*, Oxford University Press, 1999.

⁵⁴ Sin embargo, la puesta en marcha de este órgano de supervisión sí estuvo en parte motivada por la restrictiva aplicación del CEDH en el ámbito penitenciario por parte del TEDH (VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S., *ob. cit.*, p. 45), donde el fenómeno de la tortura adquiría múltiples variantes que la prohibición de la tortura y de los tratos o penas inhumanos o degradantes incorporada a la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas no había logrado minimizar (MORGAN, R., «The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment», en VAN ZYL SMIT, D./DÜNKEL, F., *Imprisonment today and tomorrow: international perspectives on prisoners' rights and prison conditions*, Kluwer Law International, 2001, p. 718).

⁵⁵ VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S., *ob. cit.*, p. 543; y MURDOCH, J. L., *ob. cit.*, p. 45.

el CPT sin que las visitas puedan someterse a condiciones u objeciones excepto en casos, por ejemplo, de seguridad pública, defensa nacional o desórdenes graves. Y, por otro, la confidencialidad durante las visitas y la redacción de los informes (art. 11), aunque, sin embargo, gran parte de la información obtenida por el CPT tiene carácter público y es de acceso abierto.

Por otra parte, los estándares del CPT en materia penitenciaria plasmados en sus informes generales, que son posteriormente compilados por el Consejo de Europa, son de gran importancia y tienen un notable impacto tanto en la jurisprudencia del TEDH como en la redacción de las recomendaciones del Consejo de Europa. Las condiciones de encarcelamiento son de vital importancia para el CPT a la hora de evaluar si los lugares de detención, incluidas, singularmente, los centros penitenciarios, son respetuosos con los derechos humanos de los internos. En este sentido, desde sus comienzos, el CPT ha prestado especial atención a las condiciones de alojamiento, criticando, por lo general, la práctica de alojar en dormitorios grandes a un número alto de internos, en la medida en que genera falta de intimidad y un aumento del riesgo de la violencia entre internos, y subrayando la importancia de que las celdas tengan dimensiones adecuadas y acceso a la luz natural y al aire fresco⁵⁶. En el mismo sentido, el acceso a los servicios y el mantenimiento de buenos niveles de higiene «son componentes esenciales de un ambiente humano», y, por ello, el CPT ha indicado la necesidad de que los internos tengan acceso a instalaciones de duchas o baños adecuadas que, a su vez, permitan a los internos mantener unas condiciones mínimas de privacidad⁵⁷.

Asimismo, el CPT considera que contar con un programa satisfactorio de actividades (trabajo, educación, deporte, actividades recreativas, etcétera) es de «crucial importancia para el bienestar de los internos». En este sentido, precisa que no se puede dejar a los internos «languidecer en sus celdas», con independencia de cuál sean sus condiciones, y que sería necesario garantizar que los internos (preventivos y condenados) pasasen al menos ocho horas fuera de las celdas, realizan-

⁵⁶ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment: *2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 december 1991*, CPT/Inf (92) 3, 13 april 1991; y, del mismo, *11th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 december 2000*, CPT/Inf (2001) 16, 3 september 2001.

⁵⁷ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment: *2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 december 1991*.

do actividades de diversa naturaleza, y que disfrutasen de al menos una hora al aire libre para realizar ejercicio físico⁵⁸.

Una de las cuestiones que más preocupa al CPT es la situación de hacinamiento en las prisiones europeas, «un fenómeno que destruye el sistema penitenciario en toda Europa»⁵⁹. Y, aunque en un principio, se trata de un problema localizado en las zonas en las que se aloja a los presos preventivos, se ha identificado, como tendencia general en los sistemas penitenciarios europeos, que la sobrepoblación también acaba afectando a los internos condenados. Los efectos negativos que conlleva el hacinamiento (alojamiento apretado y antihigiénico, falta de privacidad constante, reducción de las actividades fuera de las celdas, insuficientes instalaciones, servicios sanitarios sobrecargados, aumento de la tensión y la violencia entre los internos y entre los internos y el personal penitenciario) ha determinado que, en más de una ocasión, el CPT haya determinado que dicha situación origina condiciones inhumanas y degradantes. Junto al problema de la masificación, y, en gran medida, en relación con éste, la cuestión de la salud en prisión es también una de las principales preocupaciones del CPT, fundamentalmente por la ausencia de medidas efectivas para afrontar la propagación de enfermedades contagiosas, especialmente, la tuberculosis, la hepatitis y el VIH. El CPT considera fundamental que las autoridades entiendan que el deber de proteger la salud de los internos se acentúa en este tipo de situaciones. Para ello, es preciso que se pongan en marcha servicios permanentes de prevención, revisión y tratamiento médico para los internos que padecen enfermedades de transmisión, así como la implementación de un conjunto de estándares básicos que incluyen, por ejemplo, la utilización de métodos actualizados para la revisión médica y el suministro regular de medicación y de dietas especiales⁶⁰.

Por otro lado, el CPT confiere gran relevancia a las relaciones entre los internos y el personal penitenciario, que ha calificado como «la piedra angular de un sistema penitenciario humano». En contraste, los informes de CPT revelan que, con frecuencia, se detectan prácticas que

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment: *7th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1996*, CPT/Inf (97) 10, 22 August 1997; y, del mismo, *11th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2000*.

⁶⁰ EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN AND DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT: *3rd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1992*, CPT/Inf (93) 12, 4 June 1993; y, del mismo, *11th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2000*.

revelan cómo las relaciones entre los internos y el personal penitenciario se conciben como un aspecto marginal del proceso de reinserción a pesar de que la profesionalidad del personal penitenciario exige, en opinión del CPT, que se trate a los internos de manera digna y humana. Garantizar unas relaciones positivas que posibiliten la puesta en marcha de un modelo de seguridad dinámica no solo reduce el riesgo de malos tratos sino que también aumenta el control y la seguridad en los centros penitenciarios⁶¹.

Finalmente, ha de hacerse especial mención a la situación de los condenados a penas de cadena perpetua o larga duración, cuestión a la que el CPT se ha referido en varios de sus informes. En este caso, sus estándares están contruidos fundamentalmente sobre la Recomendación (2003) 23, y están orientados a mejorar el régimen de vida de este conjunto de internos, especialmente, mediante la implementación del principio de individualización, normalización, responsabilidad, seguridad, no segregación y progresión, a la vez que alienta la adopción de medidas que minimicen los efectos perjudiciales de esta pena que permitan una adecuada preparación del interno hacia su vuelta a la sociedad⁶².

III. Las reglas penitenciarias europeas. Una aproximación a los principales estándares aplicables a la privación de libertad

Lejos de presentar un carácter estático, la red de *soft-law* penitenciario europeo, con la que se pretende orientar y homogeneizar las legislaciones internas y la práctica de los Estados del Consejo de Europa hacia una posición común en torno al castigo, se encuentran en constante evolución hacia horizontes –en principio– cada vez más garantistas. La continua interacción entre las recomendaciones del Consejo de Europa, los estándares del CPT y la jurisprudencia del TEDH configuran un sistema normativo dinámico en el que los estándares se van

⁶¹ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment: *11th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2000*.

⁶² *Ibidem*; y European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment: *25th General Report of the CPT (1 January-31 December 2015)*. Sobre esta cuestión, *vid.*, igualmente, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 17, 2017.

construyendo, actualizando y reconfigurando conforme se presenta cada problemática específica. En este sentido, existe una importante labor valorativa a la hora de determinar cómo las circunstancias concretas de cada caso impactan con la red de *soft law* penitenciario, lo que determina que los estándares europeos aplicables a la privación de libertad no puedan ser del todo formulados en desconexión a los matices concretos del caso a partir del cual se originan. Del mismo modo, aunque la red de *soft-law* penitenciario europeo tiene un alcance amplio y permite dar respuesta a una multiplicidad considerable de desafíos, el desarrollo de los estándares no es homogéneo. Mientras que en unos casos podrá hacerse referencia a un principio o estándar nítido y claro, en otras ocasiones la existencia de una posición común no será tan sencilla de identificar –será, por ejemplo, demasiado casuística– o estará formulada de manera genérica. En este sentido, desde un punto de vista genérico, en aquellas cuestiones en las que el TEDH se ha pronunciado, los estándares serán más concretos en comparación con aquellas otras cuestiones en las que solo es posible hacer referencia a las recomendaciones del Consejo de Europa o a los estándares del CPT.

A continuación, se lleva a cabo una aproximación a los principales estándares aplicables a la privación de libertad, prestándose especial atención a algunos de los elementos que inciden en el proceso de normalización y resocialización del interno tomando como referencia las RPE en su versión del año 2020.

1. *Las condiciones de vida*

En las RPE, las condiciones de vida, agrupadas en la denominada Parte II, se regulan en un número importante de reglas que abarcan un amplio conjunto de cuestiones encaminadas a garantizar que las condiciones materiales en las que se desenvuelve la vida en prisión son respetuosas con su derecho a la dignidad: admisión (reglas 14-16); destino (regla 17) y lugares de internamiento o alojamiento (regla 18); higiene (regla 19); ropa personal y ropa de cama (reglas 20 y 21); alimentación (regla 22); asesoramiento jurídico (regla 23); contactos con el exterior (regla 24); régimen penitenciario (regla 25); trabajo (regla 26); ejercicio físico y actividades recreativas (regla 27); educación (regla 28); libertad de pensamiento, conciencia y religión (regla 29); información (regla 30); objetos retenidos/pertenecientes a los internos (regla 31); traslados (regla 32); puesta en libertad (regla 33); mujeres (regla 34); meno-

res (regla 35); niños de corta edad (regla 36); internos extranjeros (regla 37) y minoría étnicas y lingüísticas (regla 38). Junto a estas reglas, también ha de tenerse en cuenta la parte específica dedicada a la salud en la prisión (Parte III), introducida como novedad en la versión de las RPE del año 2006, y que detallan cuestiones relativas a los cuidados médicos (regla 39), a la organización de los servicios médicos en la prisión (regla 40), al personal médico y asistencial (regla 41), a los deberes del médico (reglas 42-45), a la administración de los cuidados médicos (regla 46), a la salud mental (regla 47) y a la experimentación médica en prisión (regla 48). Tomando como referencia estos principios, las RPE añaden dos apartados específicos que orientan las normas básicas a la situación concreta de los internos preventivos (Parte VII, reglas 94-101) y de los internos condenados (Parte VIII, reglas 102-107).

Como estándares generales en relación a las condiciones de vida, y desde la perspectiva del deber positivo de los Estados de garantizar unas condiciones mínimas de encarcelamiento, el TEDH ha afirmado que no es aceptable que el Estado justifique la existencia de unas condiciones de vida deficientes en sus centros penitenciarios por la falta de recursos financieros suficientes⁶³ o que la mala situación de las prisiones estatales no sea un hecho intencionado para intentar eludir su responsabilidad⁶⁴. A este respecto, el TEDH también ha rechazado que las condiciones de vida puedan determinarse en función de la conducta más o menos activa del interno o de su implicación en las actividades penitenciarias porque todos los internos deben disfrutar de unas condiciones compatibles con el art. 3 del Convenio⁶⁵.

a. ALOJAMIENTO

Las RPE establecen que los lugares de internamiento deben reunir dos características esenciales: por un lado, respetar la dignidad humana y, en la medida de lo posible, la privacidad del interno, y, por otro, cumplir unos requisitos mínimos en materia de salud e higiene que han de ser establecidos con las condiciones climáticas en relación al espa-

⁶³ *Muršić v. Croatia* [GC] 20 october 2016 (7334/13); *Neshkov and others v. Bulgaria* 27 january 2015 (36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12; 9717/13); *Poltoratskiy v. Ukraine*, 29 april 2003 (38812/97), I I contra Bulgaria 9 june 2005 (944082/98).

⁶⁴ *Mandić and Jović v. Slovenia* 20 october 2011 (5774/10; 5985/10); *Peers v. Greece* 19 april 2001 (28524/95).

⁶⁵ *Testa v. Croatia* 12 july 2007 (20877/04).

cio, el volumen de aire, la necesidad de tener luz natural, la calefacción y la ventilación (regla 18.1).

Esta regla también requiere que las ventanas sean lo suficientemente grandes para que los reclusos puedan leer y trabajar con luz natural y para que pueda existir una ventilación natural, salvo en aquellos casos en los que exista un sistema de climatización apropiado; que la luz artificial se adecue a las normas técnicas existentes y que exista un sistema de alarma para que los reclusos contacten con el personal penitenciario de manera inmediata (regla 18.2).

A este respecto, el CPT ha indicado que prácticas como cubrir o acristalar las ventanas con materiales opacos, tapiar las ventanas de las celdas o las propias celdas o utilizar celdas sin ventanas como alojamiento habitual o como celdas de castigo no son aceptables. La luz natural y el aire fresco son «elementos básicos de la vida que todo recluso tiene el derecho a disfrutar», por lo que se configuran como dos elementos de gran importancia para crear unas condiciones de encarcelamiento dignas⁶⁶.

Uno de los problemas fundamentales a los que se enfrentan los países europeos a la hora de garantizar unas condiciones adecuadas de alojamiento es la superpoblación penitenciaria, que el CPT ha calificado repetidamente como problema estructural de los sistemas penitenciarios europeos que puede suponer en sí mismo un trato inhumano y degradante contrario al art. 3 del CEDH⁶⁷. Una de las principales medidas adoptadas por el Consejo de Europa a este respecto ha sido la ya mencionada Recomendación (99) 22 relativa a la superpoblación de las prisiones y la inflación de la población penitenciaria, en la que se recomendaba a los Estados europeos fijar el máximo de la capacidad de los sistemas penitenciarios nacionales sin que sea posible elevarlo. Entre otras estrategias, esta medida implica incorporar a la política penitenciaria nacional el principio de utilizar la prisión como último recurso (*ultima ratio*) para abordar los problemas de criminalidad. El importante problema de hacinamiento de las prisiones europeas origina que la cuestión del espacio mínimo disponible para cada recluso sea

⁶⁶ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *11th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2000*. Vid., igualmente, *Ananyev v. Russia*, 10 January 2012 (42525/07; 60800/08).

⁶⁷ Vid., European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1991*; y, del mismo, *7th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1996*; y *11th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2000*.

una cuestión de gran trascendencia para garantizar el respeto a la dignidad e intimidad del recluso de acuerdo a la regla 18.1. Por ello, las RPE contienen una regla específica en la que se establece la necesidad de que las legislaciones nacionales prevean mecanismos internos que garanticen que las condiciones mínimas de encarcelamiento no se ponen en peligro por la sobrepoblación (regla 18.4). Por ejemplo, partiendo del tiempo que los internos deben pasar en sus celdas, el CPT considera que las dimensiones mínimas de los alojamientos deberían ser 4 metros cuadrados para alojamientos compartidos y 6 metros cuadrados para celdas individuales⁶⁸.

Sin embargo, las RPE no precisan cuáles han de ser las dimensiones concretas de dicho espacio. Tampoco el TEDH, que ha indicado que «no puede decidir a partir de un caso cuánto espacio personal debe ser puesto a disposición de los detenidos en relación a lo dispuesto por el Convenio y que esta conclusión sea aplicable de forma genérica a todos los demás casos. Esto depende de una gran cantidad de factores, como la duración de la detención y sus condiciones, las posibilidades de practicar ejercicio físico en el exterior, las condiciones físicas y mentales del detenido, etcétera. Ésta es la razón por la que aunque este Tribunal tenga que tomar en consideración los estándares genéricos desarrollados por otras instituciones internacionales, como el CPT, estos no pueden convertirse en argumentos decisivos»⁶⁹. Por ello, el TEDH no siempre ha considerado que la sobrepoblación penitenciaria fuera contraria al art. 3 del CEDH en la medida en que se trata de una situación que puede ser compensada por otros factores que inciden en las condiciones materiales de la vida en prisión. No obstante, ha de subrayarse que a partir del año 2001, el Tribunal ha estimado que algunas situaciones de hacinamiento sí pueden constituir por sí mismas un trato inhumano o degradante⁷⁰.

En cuanto al tipo de alojamiento, las RPE establecen que, en principio, el interno ha de estar alojado en una celda individual (regla 18.5), medida que posee una especial trascendencia en el caso de internos condenados a cadena perpetua o a penas de prisión de larga duración.

⁶⁸ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards*, CPT/Inf (2015) 44, 15 december 2015.

⁶⁹ Trepashkin v. Russia 19 July 2007 (36898/03), par. 91. *Vid.*, igualmente, Muršić v. Croatia [GC] 20 October 2016 (7334/13); Varga and others v. Hungary 10 March 2015 (14097/12; 45135/12; 73712/12; 34001/13; 44055/13; 64586/13); Samaras and others v. Greece 28 February 2012 (11463/09).

⁷⁰ Dorokhov v. Russia 14 February 2008 (66802/01); Lind v. Russia 6 December 2007 (25664/05); Mamedova v. Russia 1 June 2006 (7064/05); Kalashnikov V. Russia 15 July 2002 (47095/99).

La celda solo podrá ser compartida cuando esté adaptada para albergar un uso colectivo y debe estar ocupada por internos capaces de convivir (regla 18.6). Por esta razón, se establece como principio general que los reclusos deben poder elegir «con quien van a compartir la celda durante la noche» (regla 18.7). En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que el alojamiento en una celda individual durante la noche no ha de implicar ningún tipo de limitación en las relaciones de los internos durante el día, de manera que se ha de equilibrar el respeto a la intimidad de los internos durante la noche con la necesidad del contacto humano en otros momentos de su estancia en prisión (regla 25.2).

La importancia de garantizar un alojamiento que respete la dignidad del interno se complementa con otras normas sobre la distribución de la población penitenciaria. En este sentido, las RPE establecen la necesidad de distribuir apropiadamente a los internos, separando a los preventivos de los condenados, por sexo y en atención a la edad (regla 18.8). Sin embargo, en la medida en que la separación puede constituirse en un obstáculo para la resocialización, no se trata de una regla rígida sino que es posible que internos pertenecientes a diversos grupos cohabiten durante la noche si sus intereses comunes así lo recomiendan. En cualquier caso, durante el día, los distintos grupos de internos sí podrán participar conjuntamente en las actividades de la prisión (regla 18.9).

b. HIGIENE

Los estándares de higiene en la prisión están directamente ligados a la necesidad de proporcionar un alojamiento que respete la dignidad de los internos. Como ha indicado el CPT, «un acceso fácil a las instalaciones sanitarias y el mantenimiento de unos buenos estándares de higiene son componentes esenciales de un entorno humano»⁷¹. De acuerdo a este planteamiento, las RPE establecen diversas disposiciones para garantizar la limpieza tanto de la prisión (regla 19) que inciden en la corresponsabilidad de las autoridades penitenciarias y de los internos para lograr este objetivo. Si bien los internos deben encargarse de la limpieza de sus celdas y del aseo personal (regla 19.5), las autoridades penitenciarias deben asegurarse que el acceso a las instalaciones higié-

⁷¹ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 december 1991*.

nicas son respetuosas con la intimidad de los internos (regla 19.3)⁷², de que existe un número suficiente de baños y duchas adaptados a la climatología de cada país para que cada interno pueda utilizarlos diariamente o, al menos, dos veces por semana (regla 19.4), y, asimismo, se debe proporcionar los medios necesarios (artículos de aseo, ropa de cama y productos de limpieza, entre otros) para que se mantengan unas mínimas condiciones higiénicas (regla 19.6). En el caso de las mujeres, se prevé que se adopten medidas especial para responder a sus necesidades higiénicas, garantizando el acceso a productos de higiene femenina o el acceso a baños o duchas más de dos veces por semana cuando las mujeres están embarazadas o en periodo de lactancia⁷³.

Aunque el TEDH no ha considerado todavía la falta de higiene como un elemento que suponga en sí mismo un trato contrario al art. 3 del CEDH, la combinación de este aspecto con otros elementos como, por ejemplo, la situación de sobrepoblación y hacinamiento de la prisión, sí se han interpretado como una forma de trato degradante⁷⁴.

Por otro lado, al igual que el CPT, se ha entendido que determinadas intervenciones de las autoridades penitenciarias basadas en criterios de higiene pueden llegar a producir situaciones contrarias al art. 3 del CEDH. Por ejemplo, el TEDH ha considerado que el afeitado de la cabeza de los reclusos que eran confinados a una celda de aislamiento por supuestas razones higiénicas resultaba injustificado y, además, de tal severidad que constituía un trato degradante contrario al art. 3 del CEDH⁷⁵.

C. ROPA Y CAMA

La cuestión de la ropa y la cama es un aspecto que, como en los casos anteriores, contribuye a que las condiciones de alojamiento respeten la dignidad de los internos y, por ello, ropa inapropiada o ropa de

⁷² Szafranski v. Poland 15 december 2015 (17249/12); Lončić v. Croatia 4 december 2014 (8067/12); Longin v. Croatia 6 november 2012 (49268/10); Aleksandr Makarov v. Russia 12 march 2009 (15217/07); Moiseyev v. Russia 9 october 2008 (62936/00).

⁷³ En opinión del CPT, no satisfacer las necesidades de este colectivo puede llegar a suponer un trato degradante. *Vid.* European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *10th General Report on the CPT's Activities covering the period 1 january to 31 december 1999*, CPT/Inf (2000) 13, 18 august 2000.

⁷⁴ Melnik v. Ukraine 28 march 2006 (72286/01); Kalashnikov V. Russia 15 july 2002 (47095/99); Peers v. Greece 19 april 2001 (28524/95); Dougov v. Greece 6 de march de 2001 (40907/98).

⁷⁵ Yankov v Bulgaria 11 december 2003 (39084/97).

cama sucia son elementos que pueden contribuir a crear situaciones contrarias al art. 3 del CEDH⁷⁶. Las RPE establecen que deberá proporcionarse ropa adecuada a todos aquellos internos que carezcan de ella (regla 20.1) y que la ropa no puede ser degradante ni humillante (regla 20.2), lo que incluye que la vestimenta se mantenga en buen estado y pueda ser reemplazada cuando sea necesario, así como que las prendas que lleve un interno que disfruta de un permiso de salida no denote su condición (reglas 20.3 y 4). Igualmente, se establece que cada interno dispondrá de una cama separada⁷⁷ y de su propia ropa de cama individual y adecuada, que se mantendrá correctamente y se cambiará con la frecuencia que permita asegurar un buen estado de limpieza (regla 21).

La cuestión más relevante que se plantea en torno a esta cuestión es si los internos están obligados a llevar uniforme. Aunque las RPE parecen permitir que los internos condenados lleven uniforme (regla 97.2) y así lo ha admitido el TEDH por razones preventivas y de seguridad⁷⁸, en cualquier caso se tendrá que respetar lo establecidos en las reglas 20.3 y 4. Es decir, ha de evitarse que la vestimenta pueda ser utilizada como un elemento para estigmatizar a los internos⁷⁹.

d. ALIMENTACIÓN

Las RPE también establecen un conjunto de reglas relativas a la alimentación, cuyos criterios de calidad, especialmente, al contenido energético y proteico mínimo, debe estar determinados por la normativa interna de cada Estado miembro (regla 22.2)⁸⁰. Las reglas aplicables a la alimentación tienen como finalidad de garantizar una dieta adecuada a las características del interno, por lo que se recomienda que el régimen alimentario se adapte a la edad, al estado de salud y al estado psíquico del interno así como a la naturaleza del trabajo que se realiza (regla 22.1)⁸¹, lo que adquiere especial relevancia en el caso de madres

⁷⁶ Karalevičius v. Lithuania 7 april 2005 (53254/99).

⁷⁷ Ananyev v. Russia, 10 january 2012 (42525/07; 60800/08).

⁷⁸ Nazarenko v. Ukraine 29 april 2003 (39483/98).

⁷⁹ Giszczak v. Poland 29 november 2001 (40195/08); T. V. v. Finland [EU Comm] 2 march 1994 (21780/93).

⁸⁰ Vid. Ebedin Abi v. Turkey 13 march 2018 (10839/09), en el que el TEDH determina que la restricción de la calidad de esa dieta por razones económicas puede considerarse una violación del art. 3 del CEDH.

⁸¹ Dudchenko v. Russia 7 december 2017 (37717/05); Moisejevs v Latvia 15 june 2006 (64846/01); Kadikšs v. Latvia (no. 2) 4 may 2006 (62393/00).

que se encuentran en periodo de lactancia⁸². El CPT también ha subrayado la importancia de diseñar dietas adaptadas a las características de los internos, como mujeres embarazadas y adolescentes⁸³. También se reconoce la importancia del factor cultural en la configuración de la dieta al recomendar que el régimen alimentario tenga igualmente en cuenta la religión y a la cultura del interno como expresión del art. 9 del CEDH⁸⁴. Por otro lado, el TEDH ha considerado que restringir la dieta del interno como medida disciplinaria constituye una forma de tortura⁸⁵.

La existencia de una correcta alimentación no solo implica una dieta adaptada a las características del interno sino también que esa comida sea preparada y servida en condiciones higiénicas (regla 22.3), que las comidas sean servidas en raciones proporcionadas y distribuidas en intervalos razonables a lo largo del día (regla 22.4) y que exista acceso a agua potable en cualquier momento (regla 22.5).

e. SALUD

La salud es una cuestión que presenta importantes desafíos en el ámbito penitenciario, y, por ello, se trata de un ámbito al que se le ha prestado especial atención como lo ponen de manifiesto la Recomendación sobre aspectos criminológicos y penitenciarios del control de enfermedades infecciosas, incluido el SIDA, y problemas de salud en prisión de 1993 y la Recomendación sobre aspectos éticos y de organización de la salud en la prisión de 1998. También resulta de gran importancia el trabajo llevado a cabo por el CPT, que ha definido la protección de la salud en prisión como uno de sus objetivos más trascendentales⁸⁶ y ha elaborado algunos de los estándares que deben aplicarse no solo al conjunto de la población penitenciaria sino tam-

⁸² Korneykova and Korneykov v. Ukraine 24 march 2016 (56660/12).

⁸³ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *9th General Report on the CPT's Activities covering the period 1 January to 31 December 1998*, CPT/Inf (99) 12, 30 august 1999; y, del mismo, *10th General Report on the CPT's Activities covering the period 1 January to 31 December 1999*.

⁸⁴ Erlich and Kastro v. Romania 9 June 2020 (23735/16; 23740/16); Jakóbski v. Poland 7 December 2010 (18429/06); Vartic v. Romania (no. 2) 17 December 2013 (14150/08).

⁸⁵ Ilaşcu and others v. Moldova and Russia [GC] 8 July 2004 (48787/99).

⁸⁶ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *3rd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1992*. *Vid.*, igualmente, Council of Europe: *Prison health care and medical ethics. A manual for health-care workers and other prison staff with responsibility for prisoners' well-being*, 2014.

bién a otros colectivos de internos como, por ejemplo, adolescentes, mujeres, inmigrantes o enfermos mentales.

La importancia que a nivel europeo se ha conferido a garantizar la salud de los internos en prisión también se refleja en las RPE, que en su versión del año 2006 introdujeron una nueva sección dedicada a cuestiones referentes a la salud y la asistencia médica. Tomando como referencia el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce «el derecho de todas las personas a disfrutar del grado más alto posible de salud física y psíquica», las RPE establecen de manera clara el deber de las autoridades penitenciarias de proteger la salud de todos los internos (regla 39)⁸⁷. Con ello, no ofrecer asistencia médica a un interno cuando existe una sintomatología que así lo requiere puede llegar a constituir un trato degradante contrario al art. 3 del CEDH⁸⁸ al igual que si la muerte del interno se produce por no haberse proporcionado un tratamiento adecuado⁸⁹. Y, del mismo modo, tanto el CPT como el TEDH entienden que la falta de una asistencia médica adecuada puede constituir un trato degradante e incluso llegar a integrar un caso de tortura contrario al art. 3 del CEDH, especialmente cuando se combina con otras deficiencias en las condiciones de vida en la prisión, como, por ejemplo, el hacinamiento⁹⁰.

A la hora de regular la organización de la asistencia sanitaria en los centros penitenciarios, el principio general que subyace en las RPE es el de garantizar una asistencia equivalente a la asistencia que disfruta el resto de la sociedad⁹¹, que ya fue formulado en la Recomendación sobre aspectos éticos y de organización de la salud en la prisión al indicar que «la política sanitaria en el medio carcelario debería estar integrada y ser compatible con la política sanitaria nacional». De acuerdo a este planteamiento, en las RPE se hace referencia a que la asistencia sanitaria en las prisiones debe estar coordinada con el servicio de salud nacional (regla 40.1) y a que la política sanitaria debe estar integrada en la política nacional de salud pública (regla 40.2). Y, en el mismo sentido, se establece que cualquier persona detenida debe tener acceso a los servicios de salud disponibles en cada Estado sin que pueda producirse dis-

⁸⁷ Hilmioglu v. Turkey 15 september 2020 (60625/12); Mustafayev v. Azerbaijan 4 may 2017 (47095/09); Jasinskis v. Latvia 21 december 2010 (45744/08).

⁸⁸ Nevmerzhitskyi v. Ukraine 5 april 2005 (54825/00).

⁸⁹ McGlinchey and others v. United Kingdom 29 april 2003 (50390/99).

⁹⁰ Wenerski v. Poland 20 january 2009 (44369/02); Kudła v. Poland [GC] 26 october 2000 (30210/96); Alver v. Estonia 8 november 2005 (64812/01).

⁹¹ Blokhin v. Russia [GC] 23 march 2016 (47152/06); Cara-Damiani v. Italy 7 february 2012 (2447/05).

criminación por su situación jurídica (regla 40.3) y que el interno puede beneficiarse de las asistencia médica, quirúrgica y psiquiátrica disponible para el resto de la sociedad (regla 40.5), incluido un dentista⁹² y un oftalmólogo (regla 41.5).

Sin embargo, las circunstancias de la vida en prisión originan que las necesidades asistenciales sean habitualmente superiores a la del resto de la sociedad, por lo que garantizar una asistencia médica homogénea puede no ser suficiente para garantizar la vida y la integridad física de los internos y se requiere que los servicios médicos de la prisión se esfuercen en descubrir y tratar las enfermedades y carencias de los internos (regla 40.4). Es decir, se requiere a las autoridades penitenciarias que su implicación en el ámbito penitenciario sea el suficiente como para atender sus necesidades específicas. Por ejemplo, el TEDH ha entendido que existe una situación contraria al art. 3 del CEDH cuando un interno con una incapacidad grave no fue tratado adecuadamente por los servicios médicos de la prisión a pesar de que no se identifique ninguna evidencia de que el trato dispensado hubiera tenido la intención de humillar al interno⁹³. Igualmente, se ha considerado un trato degradante esposar a la cama o aislar a los internos a causa de sus enfermedades mentales⁹⁴.

Además de las reglas anteriores, las RPE regulan un estándar mínimo de la asistencia sanitaria en las prisiones, determinando que al menos exista un médico en la prisión convenientemente cualificado (reglas 41.1 y 4) y que, en todo caso, se asegure la intervención de un médico en situaciones de urgencia (regla 41.2). En caso de que los centros penitenciarios no dispongan de un médico a tiempo completo, se dispone que se concierten visitas regulares de médicos a tiempo parcial (regla 41.3).

En cuanto a los deberes de los médicos, las RPE regulan un amplio conjunto de recomendaciones que, de acuerdo a la Recomendación sobre aspectos éticos y de organización de la salud en la prisión, tiene como principal objetivo asegurar una asistencia y asesoramiento médico adecuado para todos los internos desde el momento en que estos ingresan en prisión. Por ello, se establece que los internos deben ser

⁹² V. D. v. Romania 16 february 2010 (7078/02).

⁹³ Kondrulin v. Russia 20 september 2016 (12987/15); Nogin v. Russia 15 january 2015 (58530/08); Xiros v. Greece 9 september 2010 (1033/07); Slyusarev v. Russia 20 april 2010 (60333/00); Price v. United Kingdom 10 july 2001 (33394/95).

⁹⁴ Hénaf v. France 27 november 2003 (65436/01); Keenan v. United Kingdom 3 april 2001 (27229/95).

examinados con la frecuencia que sea necesaria (regla 42.2), cuestión que adquiere especial importancia, por ejemplo, en aquellos internos que padecen enfermedades mentales, otros trastornos derivados del encarcelamiento o síndrome de abstinencia. Un examen médico solo se perfilará como innecesario cuando el estado de salud o los protocolos de actuación de la sanidad pública así lo consideren. Con independencia del momento en que se realicen los exámenes médicos (en el momento de ingreso o antes de la puesta en libertad, reglas 42.1 y 2), toda intervención está sujeta al consentimiento informado del interno, de conformidad con la Recomendación sobre aspectos éticos y de organización de la salud en la prisión. Así se establece explícitamente, por ejemplo, en el caso de los experimentos de carácter médico que puedan llevarse a cabo en prisión (regla 48.1), que, en todo caso, no deberían suponer un atentado contra la salud física o psíquica de los internos (regla 48.2).

2. El régimen penitenciario

El estándar europeo relativo al régimen penitenciario puede resumirse en cuatro principios generales. En primer lugar, la configuración del régimen penitenciario debe garantizar que el periodo de estancia en prisión no supone un trato inhumano o degradante y, en segundo término, los regímenes deben estar diseñados de tal manera que posibiliten el ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos. Además, el régimen penitenciario ha de estar claramente orientado hacia la resocialización del interno y, finalmente, ha de entenderse que existe un derecho a un régimen penitenciario adecuado para todos los internos con independencia de cuál sea su situación procesal.

Para que el régimen penitenciario no sea constitutivo de un trato inhumano o degradante, se ha de intentar minimizar los efectos negativos del encarcelamiento⁹⁵. Como ha indicado el CPT en varios de sus informes país, aunque las condiciones materiales de vida en la prisión sean buenas, la combinación de situaciones de hacinamiento, programas de baja calidad y un inadecuado acceso a las instalaciones sanitarias, puede originar situaciones degradantes contrarias al CEDH. Por ello, la mejor estrategia para garantizar que el encarcelamiento no su-

⁹⁵ Sobre la cuestión de los efectos negativos del encarcelamiento, *vid.*, entre otros, Liebling, A./Maruna, S. (eds.), *The effects of imprisonment*, Willan, 2005.

pone un trato inhumano o degradante es crear las condiciones para que los internos puedan ejercitar sus derechos fundamentales. En este sentido, las RPE reconocen que los efectos inherentes a la privación de libertad no deben ser agravados por las condiciones del régimen penitenciario (regla 102.2).

El régimen penitenciario ha de estar orientado a la resocialización, de manera que el interno pueda volver a la sociedad llevando una «vida responsable y alejada del delito» (regla 102.1). En consecuencia, resulta esencial que el régimen responda a las necesidades específicas («de bienestar social») de cada recluso (regla 25.3), especialmente de aquellos que han sufrido «abuso físico, mental o sexual» (regla 25.4), para lo cual se prevé el fomento de su participación en la configuración de su plan individualizado de ejecución de pena (regla 102.5).

De acuerdo a la regla 25.1, el programa de actividades ha de ser equilibrado y, en la medida de lo posible, ha de incluir un trabajo, formación, otro tipo de actividades recreativas, atención médica o psicológica y una preparación para volver a la sociedad (regla 103.1). También se subraya la importancia de los permisos de salida como parte del régimen penitenciario (regla 103.3), en el que también se podrán actividades de trabajo social (regla 103.2) e incluso la participación de los internos en programas de justicia restaurativa y de reparación de delitos (regla 103.4).

La necesidad de ofrecer un régimen penitenciario adecuado para cada interno implica que ha de prestarse atención a las necesidades específicas de los diversos grupos de reclusos existentes en la prisión. En este sentido, la regla 103.5 incide en que ha de prestarse especial atención a los condenados a penas de prisión de larga duración o cadena perpetua de acuerdo a la Recomendación sobre la gestión por la administración penitenciaria de las condenas a perpetuidad y otras penas de larga duración del año 2003, que subraya la importancia de ofrecer actividades que minimicen el impacto de los periodos largos de encarcelamiento y que, al mismo tiempo, se preste atención a la preparación para la puesta en libertad. Como ha señalado el CPT, «los reclusos de larga duración pueden tener efectos antisocializantes sobre e resto de los internos. Además de ser institucionalizados, los reclusos de larga duración pueden experimentar un amplio abanico de problemas psicológicos (incluida la pérdida de estima personal e incapacidad para relacionarse) y ser excluidos o rechazados por la sociedad a la cual la mayoría de ellos regresará en algún momento». En consecuencia, el CPT considera que a este tipo de internos ha de ofrecérsele un amplio con-

junto de actividades en el que se fomente «el ejercicio de su capacidad de decisión a la hora de elegir cómo se quiere emplear el tiempo y así potenciar el sentimiento de autonomía y responsabilidad»⁹⁶.

Por su parte, el CPT también ha indicado la necesidad de solucionar la ausencia de un régimen penitenciario adecuado para los detenidos en prisión provisional, cuestión que ha sido abordada tangencialmente en el texto de las RPE estableciendo que si un interno preventivo solicita incorporarse al régimen de los detenidos condenados, las autoridades penitenciarias deben satisfacer esta petición en la medida de lo posible (regla 101).

Además de los internos condenados a penas de prisión de larga duración, incluida la cadena perpetua, y la problemática de los internos preventivos, existen otros grupos de internos que precisan de una atención específica de acuerdo al principio de individualización científica. Éste sería el caso de las mujeres, a las que, como indica el CPT, se les debería ofrecer actividades que, siendo adecuadas para ellas, no refuerzan «el estereotipo social del papel de la mujer existente en la sociedad»⁹⁷, o los menores, para los que el Consejo de Europa ha elaborado unas reglas específicas (Reglas Europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas de 2008), en gran medida inspiradas en la Recomendación sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil de 2003, para asegurar que el tratamiento de este colectivo se orienta a su reintegración en la sociedad.

3. *El tratamiento penitenciario*

a. LA EDUCACIÓN

La educación se concibe como un instrumento esencial para la normalización de la vida en prisión y para la preparación del interno en su vuelta a la sociedad. Éste es el sentido de la Recomendación del Consejo de Europa sobre la educación en prisión de 1989, que establece como principio general el acceso de todos los internos a la educación

⁹⁶ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *11th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2000*.

⁹⁷ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *10th General Report on the CPT's Activities covering the period 1 January to 31 December 1999*.

(«que comprende todas las disciplinas escolares, formación profesional, actividades culturales y creativas, educación físicas y deportes, educación social y servicios de biblioteca»), enfatizando que ha de estar orientada «al desarrollo integral de la persona, teniendo en cuenta su contexto social, económico y cultural». De acuerdo a este planteamiento, las RPE reconocen el papel central de la educación en el régimen para lograr la incorporación del interno en la sociedad (regla 106.1) así como su importancia en la configuración de los programas formativos y de educación (regla 106.2). En consecuencia, se establece que todo centro penitenciario debe intentar ofrecer programas de enseñanza tan completos como sea posible y que respondan a las necesidades específicas de cada interno (regla 28.1), especialmente las derivadas de la duración de la condena (regla 106.3) y de necesidades educativas especiales, como, por ejemplo, la de los analfabetos (regla 28.2) o jóvenes (regla 28.3). Se establece igualmente la necesidad de que exista una biblioteca en el centro penitenciario siempre que sea posible (regla 28.6), a la que es recomendable que tengan acceso al menos una vez a la semana.

No obstante, no se reconoce de manera expresa un derecho a la educación de los internos. El TEDH no considera que el Estado esté obligado a proporcionar una educación determinada durante los periodos de detención, por lo que estas situaciones no quedan protegidas por el art. 2 del Protocolo 1 al CEDH⁹⁸. En esta línea, la falta de trabajo y medios educativos suficientes en prisión no puede ser entendido como un trato degradante contrario al art. 3 del CEDH cuando existen otros tipo de actividades en las que sí se puede participar⁹⁹.

b. LAS ACTIVIDADES DEPORTIVAS Y RECREATIVAS

La Recomendación de la educación en prisión parte de un concepto amplio de educación en el que quedarían integrados todas aquellas actividades de deporte y ocio disponibles para los internos. No obstante, este tratamiento unitario no es seguido por las RPE, que regulan estas actividades de forma independiente aunque, como en el caso de la educación y el trabajo, exigen que las actividades deportivas y recreativas formen parte del régimen penitenciario (regla 27.3). A este respec-

⁹⁸ *Georgius v. Greece* 13 January 2000 (45138/98); *Durmaz, Isik, Unutmaz and Sezall v. Turkey* 4 September 2001 (46506/99;46569/99;46570/99;46939/99).

⁹⁹ *Valašinas v. Lithuania*, 24 July 2001 (44558/98).

to, el CPT ha indicado que un régimen que no ofrezca actividades de esta naturaleza es muy posible que degenera en un trato inhumano o degradante, por lo que es necesario que estas actividades sean ofrecidas a los internos con unas características mínimas que permita en la medida de lo posible equipararlo a las condiciones en las que estas actividades se desarrollan en el exterior: «La práctica del ejercicio en el exterior ha de tratarse de forma específica. El requisito de que debe permitirse a los reclusos la práctica de ejercicio físico al menos durante una hora cada día al aire libre es ampliamente aceptado como un principio básico (preferiblemente esto debería formar parte de un programa más amplio que comprenda diversas actividades). El CPT quisiera remarcar que a todos los reclusos sin excepción (incluyendo aquellos que se encuentren en células de aislamiento como castigo) se les debería ofrecer la posibilidad de practicar ejercicio al aire libre. Es evidente que para practicar ejercicio al aire libre se debe contar con un lugar espacioso y, en la medida de lo posible, que cuente con un techado para protegerse de las inclemencias del tiempo»¹⁰⁰.

Estas recomendaciones fueron plasmadas en el texto de las RPE, que determinan que los internos deben tener la oportunidad de realizar ejercicio al aire libre durante al menos una hora al día (regla 27.1), debiéndose proporcionar soluciones alternativas en aquellos casos en los que el tiempo no permita a los internos estar en el exterior (regla 27.2). Con ello, en aquellos casos en que los internos no han podido o no se les ha permitido practicar ejercicio al aire libre o el tiempo autorizado para practicar ejercicio ha sido mínimo, el TEDH ha considerado normalmente que se trata de prácticas contrarias al art. 3 del CEDH¹⁰¹. Por otro lado, tanto las RPE (regla 27.7) como el CPT consideran que durante la realización de las actividades deportivas o recreativas debe permitirse que los internos se relacionen entre sí en la medida en que se trata de actividades que contribuyen en gran medida a normalizar la vida en prisión.

¹⁰⁰ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1991*.

¹⁰¹ *Tunis v. Estonia* 19 december 2013 (429/12); *Ananyev v. Russia*, 10 January 2012 (42525/07; 60800/08); *Gladkiy v. Russia* 21 december 2010 (3242/03); *Moiseyev v. Russia* 9 October 2008 (62936/00); *Mathew v. The Netherlands* 29 September 2005 (24919/03); *Becciev v. Moldova* 4 October 2005 (9190/03); *Poltoratskiy v. Ukraine*, 29 April 2003 (38812/97); *Dankevich v. Ukraine* 29 April 2003 (40679/98).

C. EL TRABAJO

Junto con la educación, el trabajo también es entendido como un elemento fundamental dentro del régimen penitenciario que normaliza la vida en prisión (regla 26.7) en la medida en que ha de permitir al interno aumentar sus competencias para poder «ganarse la vida» después de salir de prisión (regla 26.3)¹⁰². Por esta razón, no debe ser utilizado como una forma de sanción o castigo (regla 26.1) o subordinarse a la consecución de un beneficio económico que perjudique el interés superior del recluso (regla 26.8), y debe evitarse la discriminación sexual a la hora de distribuirlo (reglas 13 y 26.4). Se ha de posibilitar la máxima implicación del interno en el trabajo que realiza, por ejemplo, permitiéndole elegir qué tipo de actividad quiere llevar a cabo en la medida de lo posible (regla 26.6).

Como ocurre en el caso de la educación, no se ha configurado un derecho al trabajo en el ámbito penitenciario como puede inferirse de la regla 26.3, que si bien establece que las autoridades penitenciarias deben esforzarse por ofrecer un trabajo suficiente y útil, no reconoce un deber concreto del Estado de proporcionarlo con independencia de cuál se al tratamiento del trabajo penitenciario en las legislaciones nacionales.

Como principio general, se establece que el trabajo de los internos ha de ser remunerado de manera equitativa (regla 26.10) de tal forma que les permita destinar una parte del salario a la compra de efectos personales o a la manutención de la familia (regla 26.11) e incluso ahorrar (regla 26.12). Sin embargo, no se ha determinado un estándar acerca del concepto de «remuneración equitativa» ni siquiera por parte del CPT. Finalmente, han de resaltarse aquellas medidas de protección del trabajador en el ámbito penitenciario que hacen referencia a la necesidad de establecer medidas de seguridad e higiene (regla 26.13)¹⁰³ o de indemnización a las víctimas de accidentes laborales (regla 26.14) así como fijar el número de horas diarias y semanales máximas de trabajo (regla 26.15) y periodos de descanso (regla 26.16). También se precisa que, en la medida de lo posible, los internos estarán afiliados al régimen nacional de la seguridad social (regla 26.17).

¹⁰² Van Droogenbroeck v. Belgium 24 June 1982 (7906/77).

¹⁰³ Gorgiev v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia 19 April 2012 (26984/05).

4. *La libertad de pensamiento, conciencia y religión*

De acuerdo a lo establecido en el art. 9 del CEDH, que reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, las RPE establecen que estos derechos han de ser también respetados en el ámbito penitenciario (regla 29.1), lo cual implica que los internos tienen derecho tanto a recibir asistencia religiosa como a exteriorizar sus propias convicciones. De acuerdo a este planteamiento, se determina que el régimen penitenciario esté organizado de manera que los internos puedan practicar su religión o filosofía y participar en los servicios o reuniones organizadas por los representantes de dichas religiones o filosofías¹⁰⁴. También se deberá permitir a los internos tener libros o publicaciones de carácter religioso o espiritual (regla 29.2). Como consecuencia del reconocimiento de estas libertades, no puede obligarse a ningún interno a practicar o profesar una determinada religión o creencia (regla 29.3).

La protección del derecho a la libertad de conciencia o religiosa es una cuestión que se ha planteado en pocas ocasiones y, habitualmente, las pretensiones de los recurrentes han sido desestimadas. Por ejemplo, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que la negativa de las autoridades penitenciarias de conceder acceso a los centros a determinadas organizaciones no suponía un atentado contra su libertad de pensamiento aunque ello implicase que en el futuro no pudieran expresar sus opiniones sobre las condiciones de encarcelamiento¹⁰⁵. Tampoco entendió que la negativa de las autoridades a permitir que determinados internos no llevaran el uniforme oficial a causa de sus creencias religiosas fuera una práctica contraria, en este caso, al art. 9¹⁰⁶.

Por otro lado, la Comisión consideró que era posible que los derechos del art. 9 del CEDH pudieran ser restringidos cuando se ajustasen a los parámetros del art. 9.2, es decir, cuando situaciones de seguridad pública o la disciplina así lo exigiesen. De esta manera, se entendió que no permitir a un interno conservar un libro religioso que contenía una sección dedicada a las artes marciales por considerarlo peligroso era una práctica justificada¹⁰⁷ y no encontró problema en que a un interno bu-

¹⁰⁴ Moroz v. Ukraine (5187/07) 2 march 2017; Poltoratskiy v. Ukraine, 29 april 2003 (38812/97).

¹⁰⁵ Vereniging Rechtswinkels Utrech v. The Netherlands [EU Comm] 13 march 1986 (11308/84).

¹⁰⁶ X v. United Kingdom [EU Comm] 6 march 1982 (8231/78); McFeeley v. United Kingdom [EU Comm] 15 may 1980 (8317/78).

¹⁰⁷ Moroz v. Ukraine 2 march 2017 (5187/07).

dista se le negase la posibilidad de dejarse crecer la barba y poseer un rosario por cuestiones de orden y disciplina¹⁰⁸. No obstante, ha de tenerse en cuenta que muchas de estas decisiones en las que se rechaza la existencia de una vulneración de los derechos del art. 9 del CEDH ante determinadas prácticas de las autoridades penitenciarias fueron adoptadas antes de que la doctrina de la limitación automática de los derechos de los internos fuera rechazada de manera expresa por el TEDH en el ya mencionado caso *Golder contra Reino Unido* de 1975.

5. *Las relaciones con el exterior*

La idea que inspira los estándares europeos en esta materia es que la privación de libertad no ha de entenderse como una pérdida automática de contacto con la sociedad, por lo que, como principio general, los internos deben estar autorizados a comunicarse tan frecuentemente como sea posible con su entorno familiar, social y con sus representantes así como a recibir visitas (regla 24.1). Incluso en aquellos casos en los que existan causas que puedan justificar una restricción de las comunicaciones o visitas (orden, disciplina, seguridad, prevención de infracciones penales), se ha de garantizar en cualquier caso la existencia de un mínimo grado de contacto con el mundo exterior, lo que subraya la importancia que las RPE confieren a esta cuestión en el proceso de resocialización del interno.

Como ha indicado en diversas ocasiones el CPT, el contacto con el mundo exterior es una herramienta fundamental para evitar la institucionalización del interno y prepararlo para su eventual reincorporación a la sociedad, especialmente en el caso de aquellos condenados a penas de prisión de larga duración, incluida la cadena perpetua¹⁰⁹. Y, en esta línea, el TEDH ha considerado que la privación de todo contacto con el mundo exterior constituye una de las formas más severa de tratos inhumanos o degradantes e incluso tortura y, por tanto, se trata de una práctica totalmente contraria al art. 3 del CEDH¹¹⁰. Alternativamente, la vulneración del derecho al contacto con el mundo exterior puede reconducirse, como ya se ha visto, al art. 8 del CEDH, que sirve como

¹⁰⁸ *X v. Austria* [EU Comm] 15 february 1965 (1753/63).

¹⁰⁹ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 december 1991*.

¹¹⁰ *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia* [GC] 8 July 2004 (48787/99).

base para garantizar el respeto a la vida privada y familiar del interno, la cual exige una mínima actividad relacional.

Además de constituirse en un elemento esencial para la normalización de la vida en prisión y para preparar al interno para su vuelta a la sociedad, el contacto con el mundo exterior también es un requisito previo para el ejercicio de muchos derechos fundamentales que afectan a diferentes esferas de la vida personal, social e incluso política del interno, como el derecho a la correspondencia, el derecho a la vida familiar y el derecho a la libertad de expresión o el derecho al voto. Igualmente, se trata de una condición necesaria para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradante. A este respecto, por ejemplo, el CPT ha indicado que existen tres garantías fundamentales contra el maltrato a las personas detenidas que implican un evidente contacto con el mundo exterior: el derecho a notificar el hecho de la detención a una tercera persona de su elección, el derecho a un abogado y el derecho a solicitar un examen médico llevado a cabo por un médico de su elección¹¹¹; cuestiones, por otro lado, recogidas en el texto de las RPE.

Como ya se ha avanzado más arriba, el TEDH ha entendido que el derecho a la correspondencia incluye la correspondencia con los tribunales, con los asesores legales, con organismos internacionales y con familiares, amigos y otras personas del entorno social¹¹². Con este progresivo reconocimiento de las personas con las que los internos tienen derecho a comunicarse se ha consolidado el principio general de que los internos pueden comunicarse con cualquier persona, excepto cuando existan motivos justificados para limitar dichas comunicaciones y siempre de acuerdo al art. 8.2 del CEDH. Incluso las RPE hacen referencia a que las autoridades penitenciarias deben ayudar a los internos a mantener un nivel adecuado de contacto con el exterior (regla 24.5), por lo que, por ejemplo, el TEDH ha entendido que la negativa de las autoridades a suministrar los materiales necesarios a los internos para que pudieran escribir cartas supone una vulneración del art. 8 del CEDH¹¹³, ya que esta regla 24.5 precisa que las autoridades «proporcionarán la asistencia social apropiada» para que el interno puede llevar a cabo sus comunicaciones de manera adecuada.

¹¹¹ *Op. cit.*

¹¹² Valašinas v. Lithuania, 24 July 2001 (44558/98); Peers v. Greece 19 April 2001 (28524/95); Rehbock v. Slovenia 28 November 2000 (29462/95); Messina v. Italy 20 September 2000 (25498); Matwiejczuck v. Poland 2 December 2003 (37641/97); Campbell v. United Kingdom 25 March 1992 (13590/88); Silver and others v. United Kingdom 25 March 1983 (5947/72; 6105/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75).

¹¹³ Cotlet v. Romania 3 June 2003 (38565/97).

Además de las comunicaciones que puedan llevarse a cabo a través de la correspondencia, las comunicaciones telefónicas también son importantes para garantizar el contacto con el mundo exterior, por lo que el CPT criticó en su momento a aquellos países que no permitían a sus internos utilizar el teléfono, especialmente en aquellos casos en los que los familiares vivían lejos del centro penitenciario. Aunque el TEDH ha entendido que las comunicaciones telefónicas deben ser protegidas al mismo nivel que las comunicaciones por correspondencia, ha precisado que dicha protección no forma parte del ámbito de aplicación del art. 8.1 del CEDH¹¹⁴. Por su parte, las RPE no parecen agotar los medios a través de los cuales ha de concretarse el contacto con el mundo exterior a la correspondencia y a las comunicaciones telefónicas sino que al hacer referencia a que los internos han de comunicarse tan frecuentemente como sea posible a través de «otros medios de comunicación» (regla 24.1) podría entenderse que los medios electrónicos (correo electrónico) son también mecanismos adecuados.

En relación al derecho a la vida familiar, el TEDH ha señalado que se trata de un derecho fundamental en el ámbito penitenciario, como, por ejemplo, se indica en el ya mencionado caso Messina contra Italia del año 2000. Además de los estándares a los que ya se ha hecho referencia en relación a la jurisprudencia el TEDH sobre la proyección del art. 8 del CEDH al ámbito penitenciario, las RPE hacen explícita referencia a los permisos por razones humanitarias o los permisos en casos de enfermedad o muerte de un familiar, que implican una puesta en libertad transitoria del interno (regla 24.7). Finalmente, el contacto con el mundo exterior también comprende, entre otros tipo de contacto, el derecho a acceder a información sobre asuntos públicos de manera regular (regla 24.10), el derecho al voto (regla 24.11) y el poder establecer contacto con medios de comunicación (regla 24.12).

6. *Los mecanismos de puesta en libertad*

Los permisos penitenciarios son un mecanismo de puesta en libertad de carácter temporal que, de acuerdo a las RPE, son parte integrante del régimen (regla 103.3). Una de las primeras medidas adoptadas a nivel europeo para homogeneizar la práctica de los Estados en relación a la concesión de salidas temporales de la prisión es la Recomendación

¹¹⁴ A B v. The Netherlands 29 January 2002 (37328/97).

del Consejo de Europa sobre permisos penitenciarios de 1982. El objetivo principal de esta Recomendación era establecer una política penitenciaria europea común que contribuyera a humanizar las prisiones y a favorecer la reincorporación del interno en la sociedad, por lo que ya se animaba a los Estados a conceder permisos penitenciarios «tan pronto como sea posible y con la frecuencia que sea necesaria», incluidos los internos en régimen cerrado siempre que estas salidas transitorias no sean incompatibles con la seguridad pública. Este enfoque también subyace en la Recomendación del Consejo de Europa sobre la gestión de las Administraciones penitenciarias de la cadena perpetua y de otros presos de larga duración de 2003.

Junto con los permisos penitenciarios, la libertad condicional también forma parte de los mecanismos de puesta en libertad y, de acuerdo a la Recomendación del Consejo de Europa sobre libertad condicional del año 2003, «es uno de los medios más eficaces y constructivos para la prevención de la reincidencia y la promoción de la reintegración, siempre que el preso cuente con el apoyo y asistencia de la comunidad» que, como principio general, debe ser concedido siempre que no se haya cometido un delito grave. En la misma línea, el CPT y el TEDH han considerado que la libertad condicional forma parte de una política legítima en el proceso de reinserción. Esta Recomendación hace referencia a dos tipos de libertad condicional, una libertad condicional de carácter obligatorio y otra de carácter discrecional, que normalmente se aplica en aquellos casos en los que los internos han sido condenados a penas especialmente graves. En el caso de la libertad condicional obligatoria, la decisión de puesta en libertad se adopta de manera automática después de haber valorado si el interno cumple los requisitos previamente establecidos, por lo que se posibilita una mejor adaptación de los programas individualizados. En contraste, en la libertad condicional discrecional se debe adoptar una decisión sobre un conjunto de parámetros que pueden llegar a dificultar la existencia de una práctica homogénea y común. En este sentido, esta recomendación establece un conjunto de criterios que deberían ser determinados en cada legislación interna aunque sin llegar a establecer estándares concretos (periodo mínimo que un interno debe cumplir para obtener la libertad condicional, existencia de grupos de internos que deberían ser puestos en libertad lo antes posible, especificación de los requisitos que deben cumplirse para acceder a la puesta en libertad, etc.).

a. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ESTÁNDARES APLICABLES A LA PENA DE CADENA PERPETUA

La concesión de la libertad condicional adquiere especial relevancia en el caso de los condenados a cadena perpetua porque, tal y como reconoce la Recomendación sobre libertad condicional, «nadie puede fundamentar que esta clase de condenados siempre represente un peligro para la sociedad. Y [...] porque el encarcelamiento de personas que carecen de la esperanza de obtener la libertad plantea graves problemas de gestión, tanto en términos de crear incentivos para cooperar y redirigir el comportamiento conflictivo, como de cumplir los programas de desarrollo personas y de organización de ejecución de la pena y de la seguridad». Del mismo modo, el CPT ha indicado que todos los internos sin excepción deben tener la posibilidad de disfrutar de la vida en libertad¹¹⁵. En esta línea, el TEDH ha considerado que el cumplimiento de penas de cadena perpetua en los que no existe posibilidad real de acceder a la libertad condicional supone una situación contraria a la dignidad humana y, por tanto, se trata de situaciones contrarias al art. 3 del CEDH. No obstante, en otros casos, la posición del TEDH en relación a los mecanismos de puesta en libertad en el caso de condenados a cadena perpetua no ha sido tan clara y los problemas de compatibilidad con el art. 3 del CEDH han sido soslayados.

De acuerdo al TEDH, como regla general y como se avanzó en el caso *Kafkaris contra Chipre*¹¹⁶, la pena de cadena perpetua puede considerarse compatible con el art. 3 del CEDH cuando sean «*de iure y de facto* redimible», lo que incluye tanto la posibilidad de que el mecanismo de puesta en libertad sea de carácter judicial como de naturaleza ejecutiva. Es decir, «para que una pena a cadena perpetua sea compatible con el art. 3, deben existir tanto la expectativa de ser puesto en libertad como la posibilidad de la revisión de la pena», estándar que se formula en el conocido caso *Vinter contra Reino Unido*¹¹⁷ y que se proyecta posteriormente en casos como *László Magyar contra Hungría*, *Murray contra Países Bajos*, *Harakchiev y Tolumov contra Bulgaria*,

¹¹⁵ EUROPEAN Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *11th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 december 2000*.

¹¹⁶ *Kafkaris v. Cyprus* [GC], 21906/04, 12 february 2008. *Vid.*, igualmente, *Hutchinson v. the United Kingdom* [GC] 17 January 2017 (57592/08); *Vinter and others v. the United Kingdom* [GC] 9 July 2013 (66069/09; 130/10; 3896/10).

¹¹⁷ *Ibidem*, pars. 108, 119-122.

Bodein contra Francia, y Hutchinson contra Reino Unido¹¹⁸. Además, la puesta en libertad tiene que producirse cuando ya no existan motivos penológicos legítimos de política criminal que avalen el encarcelamiento del sujeto porque el progreso del interno en el sistema penitenciario ha sido relevante. Por ello, cuando la libertad del sujeto queda limitada a mecanismos de puesta en libertad de carácter ejecutivo (perdón, indulto) en los que no hay una evaluación del progreso del interno, se trata de penas incompatibles con el art. 3 del CEDH: el progreso hacia la rehabilitación pierde todo su sentido en este contexto¹¹⁹. En sentido contrario, si por cuestiones de peligrosidad un sujeto tiene que cumplir la totalidad de la pena, la pena puede no ser contraria al art. 3 CEDH¹²⁰; una cuestión sobre la que el TEDH no profundiza pero que, plantea, en última instancia, el problema de un cumplimiento indefinido de la pena en casos en los que la pena de cadena perpetua sea de carácter indeterminado, como el caso de la prisión permanente revisable.

Este estándar ha sido denominado «derecho a la esperanza» en uno de los cuatro votos particulares que se incluyeron en la sentencia del caso Vinter contra Reino Unido y ha tenido un gran éxito a nivel doctrinal a la hora de expresar lo que el criterio de la expectativa y la posibilidad de puesta en libertad simboliza para un condenado a cadena perpetua¹²¹. En concreto, la Jueza Power-Forde, en un voto breve pero muy preciso, afirma que el art. 3 del CEDH incluye un llamado «derecho a la esperanza» y que la sentencia del caso Vinter reconoce, aunque implícitamente, que la esperanza es un aspecto «importante e inherente a la persona», es decir, de su humanidad y, por ello, negar ese derecho constituye una pena degradante.

¹¹⁸ Hutchinson v. the United Kingdom [GC] 17 January 2017 (57592/08); Murray v. The Netherlands [GC] 26 April 2016 (10511/10); Bodein v. France 13 November 2014 (40014/10); Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria 8 July 2014 (15018/11; 61199/12); László Magyar v. Hungary 20 May 2014 (73593/10).

¹¹⁹ Murray v. The Netherlands [GC] 26 April 2016 (10511/10), par. 100; László Magyar v. Hungary 20 May 2014 (73593/10), par. 57. A este respecto, el TEDH señala que el interno «tiene el derecho a conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, lo que tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendrá lugar o puede esperarse que se produzca. En consecuencia, cuando el derecho nacional no prevea ningún mecanismo de revisión de una pena a cadena perpetua, la incompatibilidad de este tipo de pena con el artículo 3 se produciría en el mismo momento en el que se impone la pena a cadena perpetua y no con posterioridad en algún momento del transcurso de la condena».

¹²⁰ Hutchinson v. the United Kingdom [GC] 17 January 2017 (57592/08), par. 42; Murray v. the Netherlands [GC] 26 April 2016 (10511/10), par. 101; Vinter and others v. the United Kingdom [GC] 9 July 2013 (66069/09; 130/10; 3896/10).

¹²¹ *Vid.*, por ejemplo, PINTO DE ALBURQUERQUE, P., «Life imprisonment and the European right to hope», en *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2015.

En relación a la doble dimensión de la expectativa y la posibilidad de la puesta en libertad, el TEDH adopta una posición más clara que en otros casos anteriores con respecto al papel de la resocialización en los sistemas penales europeos y a su vínculo con el derecho a la dignidad de la persona, llegando a afirmar, posteriormente, que «el énfasis en la rehabilitación y reintegración se ha convertido en un «factor obligatorio» que los Estados Miembros tienen que tener en cuenta a la hora de diseñar sus políticas penales»¹²². Sin embargo, la doctrina del margen de apreciación proyectada sobre el sistema de penas y su configuración continúa siendo un filtro que dificulta el adoptar posicionamientos más decididos, lo que tiene mucho que ver con la lógica y funcionamiento del propio Tribunal (el consenso europeo). En este sentido, el TEDH ha señalado que, teniendo en cuenta el margen de apreciación que tienen los Estados Parte en materia de política criminal y Derecho penal, no le corresponde determinar la forma (revisión en manos del poder ejecutivo o del poder judicial) que debe adoptar este mecanismo de revisión ni tampoco cuándo debe realizarse esta revisión, aunque en el caso *Vinter* aconseja que la existencia de un mecanismo de revisión no debería tener lugar más tarde del transcurso de 25 años desde la imposición de la pena a cadena perpetua, con la previsión de revisiones periódicas con posterioridad a esa fecha¹²³. Es decir, el TEDH se mantiene en su línea de no posicionarse en contra de la pena de cadena perpetua aunque tampoco la apoya de manera explícita con independencia de que reconozca que los Estados poseen un margen de apreciación para imponer las penas más graves antes delitos especialmente graves

En el caso *Vinter* se asientan unos estándares de clara orientación garantista, que se alejan de planteamientos retributivos y preventivo-generales, aunque con matices, y enfatizan el fin resocializador de la

¹²² En este sentido, ha de subrayarse que el TEDH realiza un esfuerzo para incorporar todos aquellos referentes normativos que le permitan establecer un consenso internacional que avale que la finalidad de la pena debe estar orientada hacia la resocialización, dedicando más de 20 considerandos a analizar un amplio conjunto de referentes normativos (Recomendaciones del Consejo de Europa y estándares del CPT, art. 10.3 del PIDCP, Reglas Mandela, Estatuto de Roma) y jurisprudencia de tribunales constitucionales de Estados Miembros (sentencias del Tribunal Constitucional alemán y Tribunal Constitucional italiano y también de otros sistemas jurídicos (sentencia del Tribunal Supremo de Namibia y del Tribunal Supremo de las Islas Mauricio) lo que en el apartado III de la sentencia queda agrupado como «Derecho europeo, internacional y comparado pertinentes sobre la pena a cadena perpetua y penas «manifestamente desproporcionadas» *Vinter and others v. the United Kingdom* [GC] 9 July 2013 (66069/09; 130/10; 3896/10), pars. 59-81. *Vid.*, igualmente, *Khoroshenko v. Russia* 30 June 2015 (41418/04), par. 121; *Harachiev and Tolumov v. Bulgaria* 8 July 2014 (15018/11; 61199/12), pars. 243-246.

¹²³ *Vinter and others v. the United Kingdom* [GC] 9 July 2013 (66069/09; 130/10; 3896/10), pars. 117-118.

pena, que se anuda a la dignidad de la persona. Sin embargo, el avance que supuso el estándar del derecho a la esperanza se frustró poco después en el caso *Hutchinson contra Reino Unido*, ya mencionado, por el que se criticó duramente al TEDH ante lo que se interpretó como una decisión acomodaticia al imparable euroescepticismo de Inglaterra con la que se quiso aplacar las amenazas de abandonar el CEDH y el TEDH. Precisamente la sensación que transmitió el Tribunal de estar aplicando estándares diferentes para Inglaterra se agravó cuando en casos posteriores, como *Petukhov contra Ucrania* o *Matiošaitis contra Lituania*¹²⁴, se volvió a la senda del caso *Vinter*.

IV. Conclusión. Una carta penitenciaria europea o *the cost of non-Europe*

La expresión *cost of non-Europe*, que se utilizó por primera vez en la década de los años ochenta en relación al mercado único europeo, es un concepto en el que se engloba tanto el «valor añadido europeo» de una cualquier acción concreta como el coste que se derivaría de una ausencia de una posición común, y con el que se pretende orientar la labor de la Unión Europea a la hora de fijar su agenda legislativa. En los últimos años, este término se ha trasladado al Área de Libertad, Seguridad y Justicia y se ha aplicado, entre otros aspectos, a la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea en el marco de la cooperación judicial penal¹²⁵.

Esta perspectiva de análisis adquiere pleno significado en el contexto de la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Aunque, como se ha indicado, la red de *soft law* penitenciario europeo ha derivado en un sistema de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad caracterizado por su alto grado de interacción, dinamismo y sinergia, una aproximación a los principales estándares aplicables en este ámbito pone de manifiesto que se trata también de un sistema con un nivel de variabilidad considerable en supuestos de naturaleza equiparable que puede derivar en cierta falibilidad estructural. Ciertamente, la aplicación del CEDH

¹²⁴ *Petukhov v. Ukraine* (no. 2) 12 march 2019 (41216/13); *Matiošaitis v. Lithuania* 23 may 2017 (22662/13; 51059/13; 58823/13; 59692/13; 59700/13; 60115/13; 69425/13; 72824/13).

¹²⁵ VAN BALLEGOOIJ, W., *Procedural Rights and Detention conditions. Cost of non-Europe*, European Added Value Unit-European Parliamentary Research Service, december 2017.

no se detiene en la puerta de una prisión¹²⁶ pero *the cost of non-Europe* en el ámbito penitenciario puede significar que así sea en la práctica. Si bien el principio de que todas las personas privadas de libertad han de ser tratadas de manera respetuosa con los derechos humanos y el principio de normalización (reglas 1 y 5), en conexión con el ideal resocializador (regla 6), reconocidos expresamente en las RPE, revelan que, en el entorno europeo, la vida en un centro penitenciario se diseña desde parámetros integradores e inclusivos con una inspiración claramente garantista, estos principios pueden no ser garantía suficiente de que la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad se lleva a cabo en términos igualitarios. Sin embargo, como ha señalado el TEDH en el caso Selmouni contra Francia, «los estándares cada vez más altos exigidos en la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales precisa, correspondiente e inevitablemente, una mayor taxatividad a la hora de determinar qué supone una quiebra de los valores de las sociedades democráticas»¹²⁷. Y, en este sentido, la elaboración de un instrumento jurídico vinculante –preferentemente, una Carta penitenciaria europea, o, alternativamente, un protocolo *ad hoc* al CEDH–, construido sobre la densa red de *soft law* penitenciario europeo, se perfila como una opción viable y eficaz para superar, precisamente, *the cost of non-Europe* en este ámbito y establecer una posición genuinamente europea en relación a cómo debe ser el castigo en la sociedad contemporánea. El diálogo entre el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa y la sintonía que parecen haber alcanzado en torno a la conveniencia de redactar este instrumento normativo es una fortaleza que debería ser adecuadamente canalizada.

¹²⁶ Klibisz v. Poland 4 october 2016 (2235/02); Khodoskovskiy and Lebedev v. Russia 25 july 2013 (11082/06; 13772/05).

¹²⁷ Selmouni v. France [GC] 28 july 1999 (25803/94).

LA RIPULSA DELLA PENA CAPITALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E IL PASSO DECISIVO DEL DIVIETO DI ESTRADIZIONE

STEFANO MANACORDA

Ordinario di diritto penale. Università della Campania «Luigi Vanvitelli»

I. Premessa: le ragioni di un elogio e un debito di riconoscenza

Solo un giurista visionario, profondamente democratico, convintamente europeista e animato da una passione politica in via di estinzione avrebbe potuto concepire una campagna mondiale per il superamento della pena capitale pochi anni orsono. Luis Arroyo Zapatero, che riunisce queste ed altre qualità, è stato l'uomo della rinascita europea dell'abolizionismo, sulle orme di Robert Badinter, Roger Hood e Giuliano Vassalli, una genia di Maestri che ha illustrato mirabilmente queste virtù. Di tutti costoro Luis Arroyo Zapatero è l'unico che, per ragioni anagrafiche, non ha vissuto la barbarie nazifascista, anche se nessuno ignora che nel dispiegarsi di questo suo impegno civile ha pesato il dato biografico che lo ha visto, sin da giovanissimo, fiero avversario del franchismo.

Potrebbero bastare queste poche battute iniziali, che d'altronde ci introducono al tema analizzato in questo contributo, per comprendere la statura del giurista e dell'uomo e l'ammirazione che suscita.

Eppure, non mi sarebbe possibile procedere oltre senza citare le ragioni di un'amicizia di cui Luis mi onora da circa vent'anni e che rinvia a interminabili conversazioni, a progetti comuni, a lunghe serate e ad avventure coltivate insieme. Dovendo scegliere tra le tante qualità scientifiche del nostro onorato, segnalerei qui una curiosità intellettuale davvero fuori dal comune, costruita su solidissime letture, da un gusto per la prospettiva storica e da un'inesauribile ricerca di nuovi orizzonti culturali, che lo hanno portato di recente ad approdare –dopo anni tras-

corsi a contatto con la Germania e con l'intera America Latina– alla celeberrima *Académie* francese. Per volgermi invece al dato personale, Luis si è speso senza risparmiarsi, con una generosità rarissima, per cogliere tra i più giovani penalisti quanti ritenesse meritevoli della sua attenzione, rendendoli compagni di avventura più che discepoli, indipendentemente dal dato anagrafico. Io ho avuto la grande fortuna di rientrare in questo ampio novero di studiosi provenienti da tutte le latitudini ed oggi, a circa due decenni da un indimenticabile incontro a Città del Messico che suggellò la nostra amicizia, nutro per Luis Arroyo un'affezione e una stima che non hanno cessato di crescere.

Anche la scelta del tema è parte del debito di riconoscenza che mi lega al nostro onorato: non ebbi esitazioni, infatti, ad unirmi ad un eccelsa compagnia di giuristi –tra cui figuravano anche alcuni dei Maestri già evocati– nella campagna abolizionista capitanata da Luis Arroyo Zapatero, quando oramai il tema sembrava tramontato nel dibattito italiano ed europeo. Certo, lo sguardo era posato altrove, su quei Paesi, grandi e piccoli, che tutt'ora usano il sistema penale in spregio della vita umana¹, ma gettava le proprie radici nella coscienza del primato del nostro continente nella dura battaglia per il riconoscimento dei diritti umani e nella consapevolezza di avere ancora molta strada da compiere per il superamento globale di una tale barbarie. Il Don Chisciotte, il personaggio che maggiormente ispira lo slancio di Luis, benché accomunato dalla provenienza geografica nella Mancha, si distingue dal nostro onorato perché la battaglia intrapresa da quest'ultimo si è ampiamente compiuta, anche se non è ancora terminata.

Le pagine che seguono, oltre ad essere un omaggio, sono infatti al contempo la testimonianza che questo ammirevole obiettivo merita ancora di essere perseguito, come sta a dimostrare l'esperienza italiana. Sia chiaro: il giurista italiano sente con orgoglio di appartenere alla patria di Cesare Beccaria, al Paese dove si inaugurò *ante litteram* il movimento abolizionista, con il granduca Pietro Leopoldo d'Asburgo e la riforma del 1786 in Toscana, e dove ancora oggi maggiormente avvertito è il sacro rispetto che il sistema penale deve tributare alla vita umana². In queste brevi note si cercherà, nello spirito dell'omaggio e non

¹ Cfr. ARROYO ZAPATERO L., SCHABAS W., TAKAYAMA K., MUÑOZ DE MORALES M., *Death Penalty: A Cruel and Inhuman Punishment*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2015. Per una rassegna, anche con il supporto di cartografie, v. CRÉPON M., HALPÉRIN J.-L., MANACORDA, S. (*a cura di*), *La peine de mort: Vers l'abolition absolue?*, Ecole Normale Supérieure, Editions de la rue d'ULM, 2016.

² COLAO F., «La pena di morte in Italia dalla giustizia di transizione alla crisi degli anni Settanta. In memoria di Mario da Passano e Mario Sbriccoli a dieci anni dalla morte», in *Rivista*

dello studio analitico, di mettere in rilievo come questa conquista di civiltà si sia definitivamente avverata nell'ordinamento italiano, ma soprattutto come il tema della messa al bando definitiva della pena capitale si sia progressivamente irradiato nei rapporti dell'Italia verso altri paesi. Particolare attenzione sarà infatti dedicata ad uno sforzo ricostruttivo compiuto dalla giurisprudenza e dal legislatore italiani per impedire che ciò che è oggetto di un divieto assoluto nel sistema delle pene previste in diritto interno, per espressa previsione costituzionale, possa invece cedere dinanzi alle richieste di cooperazione provenienti da altri Stati che abolizionisti non sono.

Per il tramite di una coraggiosa giurisprudenza, prima costituzionale e poi di merito e di legittimità, l'istituto dell'estradizione ha rappresentato, anziché il possibile elemento di rottura del circolo virtuoso dell'abolizionismo, viceversa lo strumento attraverso il quale tale divieto si è propagato altrove³. E potrà essere utile, in questo *excursus*, segnalare come la giurisprudenza italiana sia stata sul punto caratterizzata da un coraggio maggiore di quello mostrato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non insensibile certo alla consegna di cittadini europei a paesi che conoscono ancora la pena capitale nel proprio arsenale punitivo, ma indotta più facilmente a contentarsi di mere rassicurazioni diplomatiche. L'auspicio è ovviamente che l'esempio davvero fulgido dell'Italia possa diffondersi in altri ordinamenti e auspicabilmente condurre un giorno alla definitiva abolizione della pena di morte in tutte le sue dimensioni.

II. Il primato italiano per l'abolizione della pena capitale: una storia lineare

Tracciare la storia dell'abolizione della pena capitale nell'ordinamento repubblicano è, per una volta, un esercizio lineare. Dall'adozione del decreto luogotenenziale del 1944⁴, subito dopo l'armistizio che

di storia del diritto italiano, LXXXVIII, 2015, pp. 5 ss.; MARINUCCI G., «Beccaria penalista, nostro contemporaneo», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2014, pp. 2022 ss.

³ MANACORDA S., «L'abolition de la peine capitale en Europe: le cercle vertueux de la politique criminelle et les risques de rupture», in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, pp. 563 ss.

⁴ D. Lgs. Lgt. 10 agosto 1944, n. 224. «Abolizione della pena di morte nel Codice penale». Sulla storia dell'abolizionismo in Italia, cfr. tra gli altri PISANI M.: «La pena di morte in Italia (1926-1948)», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2015, pp. 3 ss.; SBRICCOLI M., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, vol. I, Ed. Giuffrè, 2009, pp. 997 ss.; MARINUCCI G., «La pena di morte», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2009, pp. 3-26.

precipitava l'Italia nella terribile risalita delle armate tedesche, sino ai giorni nostri, l'ordinamento segue convintamente un unico cammino: ridurre l'ambito di operatività della pena capitale, sino a metterla totalmente e definitivamente al bando.

Rispetto ad altre esperienze coeve, l'Italia avanza significativamente nel senso dell'abrogazione prima ancora dell'avvento della Repubblica e della Costituzione, dando luogo alla sostituzione della pena di morte, nelle numerose fattispecie che la contemplavano nel Codice penale, con la pena dell'ergastolo⁵. Durante tutto il ventennio fascista, la pena capitale sarà effettivamente irrogata ed anche eseguita, specie contro gli oppositori del regime, ai quali notoriamente sarà riservata la giurisdizione del Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato, l'istituzione giudiziaria che maggiormente mostrerà il volto feroce del fascismo, anche per le condanne a morte che pronuncerà.

La pena capitale, originariamente prevista tra le pene principali dei delitti dall'art. 17 del Codice Rocco⁶, che, lo si ricorda, risale al 1930 ed è quindi fortemente segnato dal clima politico in cui fu adottato, venne quindi espunta dalla legislazione codicistica nel 1944, anche se rimase all'interno di talune porzioni dell'ordinamento, e più precisamente nella normativa relativa ai collaborazionisti⁷, nella legislazione applicabile alle colonie e nella legislazione penale militare. Quest'ultima si articola nei due codici, di pace e di guerra, entrambi del 1941, e dunque ancora ascrivibili alla legislazione di stampo autoritario propria del fascismo, retti da un principio di collegamento con la legislazione penale ordinaria, ma destinati ovviamente a prevalere in tutti i casi in cui si affermi la giurisdizione del giudice militare. Entrambi recano al proprio interno talune fattispecie cui si accompagna 'naturalmente' la pena capitale. Occorre porre mente a questa specificità –precedente alla Costituzione, ma destinata a protrarsi anche oltre l'entrata in vigore della stessa– perché tornerà di attualità in tempi a noi più vicini, quando l'Italia invierà le proprie truppe all'estero.

Si deve attendere l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana nel 1948 affinché alla semplice abrogazione si aggiunga anche l'interdizione della pena capitale nel nostro ordinamento. La previ-

⁵ ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale. Artt. 1-84*, Ed. Giuffrè, 2004, pp. 223 ss.

⁶ DOLCINI E., «Codice penale», in *Digesto delle discipline penali*, II, Ed. UTET, 1988, pp. 281 ss.

⁷ VASSALLI G., *Collaborazionismo (voce)*, in *Enciclopedia Italiana, II Appendice (1948)* (https://www.treccani.it/enciclopedia/collaborazionismo_%28Enciclopedia-Italiana%29/)

sione ovviamente è quella dell'art. 27 della Costituzione, la norma che forse più di ogni altra manifesta la profonda sensibilità dei costituenti –molti dei quali perseguitati durante il regime fascista– verso il sistema penale e la spiccata propensione per le garanzie. Oltre a ribadire notoriamente, con una scelta di grandissimo rilievo che non trova uguali in altre costituzioni, che la responsabilità penale è personale, si riafferma che l'imputato gode della presunzione di innocenza sino a giudizio di responsabilità definitivo, per poi soffermarsi appunto sulle pene. Rispetto ad esse, l'art. 27 enuncia due principi di grandissima importanza. Anzitutto, le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato, precorrendo i tempi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella quale verrà appunto affermato il divieto di trattamenti inumani e degradanti. Si prescrive così, non solo la messa al bando di ogni sanzione che –per quanto afflittiva– possa negare il nucleo essenziale della persona umana (il pensiero corre ovviamente ai lavori forzati o ad altre pene inumane o infamanti, ma anche a modalità esecutive incompatibili con quel senso di dignità della persona che va salvaguardato nel detenuto), ma soprattutto si enuncia, con la più nota porzione del co. 3 dell'art. 27, già ricordata, la finalità rieducativa della pena⁸. Quest'ultimo inciso è di gran lunga il più significativo e ad esso si collega, ovviamente, anche il successivo quarto comma che decreta l'abolizione della pena capitale in Italia come effetto di una scelta di natura supralegislativa⁹: «non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi penali militari di guerra». Siamo quindi in presenza di un divieto costituzionalmente imposto, anche se corredato nel 1948 dalla riserva in favore delle leggi penali militari.

Come sottolineato dalla Corte costituzionale nella sentenza *Venezia*, che si avrà modo di analizzare nel successivo paragrafo, «Il divieto della pena di morte ha un rilievo del tutto particolare –al pari di quello delle pene contrarie al senso di umanità– nella prima parte della Carta costituzionale. Introdotto dal quarto comma dell'art. 27, sottende un “principio che in molti sensi può dirsi italiano” –sono parole tratte dalla relazione della Commissione dell'Assemblea costituente al progetto di Costituzione, nella parte dedicata ai rapporti civili– principio che, “ri-

⁸ FIANDACA G., «Art. 27 comma 3 e 4», en *Commentario della Costituzione. Fondato da Giuseppe Branca –continuato da Alessandro Pizzorusso. Rapporti civili. Art. 27-28.*, Ed. Zanichelli– Soc. ed. del Foro italiano, 1991, pp. 222 ss.

⁹ PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Ed. Giappichelli, 2018, p. 3.

badito nelle fasi e nei regimi di libertà del nostro Paese, è stato rimosso nei periodi di reazione e di violenza”, configurandosi nel sistema costituzionale quale proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell’uomo riconosciuti dall’art. 2.»

Passeranno altri quattro decenni prima che l’Italia pervenga, anche per effetto della firma e ratifica degli strumenti internazionali, ed in specie del protocollo 13 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo che, insieme al protocollo 6, integra il divieto della pena capitale nel nostro continente, alla messa al bando non solo in tempo di pace ma anche in tempo di guerra¹⁰.

La ragione di questo ulteriore passo è forse meno virtuosa di quanto si potrebbe immaginare. Il motivo reale è quello della partecipazione delle forze armate italiane ed una serie di missioni militari all’estero¹¹. Dal punto di vista del trattamento penalistico i corpi armati di spedizione italiani all’estero, proprio per effetto della codificazione penale militare di guerra, sono assoggettati a quest’ultima. L’assurda aporia che derivava dall’inviare all’estero le forze armate italiane con finalità di pace e di tutela dei diritti umani e dalla contemporanea previsione in capo agli appartenenti alle stesse di quell’ultimo brandello di inciviltà giuridica che resisteva nel nostro ordinamento *sub specie* di pena capitale, viene finalmente eliminato con la legge ordinaria 13 ottobre 1994 n. 589, votata da tutti i gruppi parlamentari, che procede all’abolizione nel codice penale di guerra¹². Solo successivamente si interviene a modificare il co. 4 dell’art. 27 Cost., eliminando la clausola di salvezza a favore delle leggi penali militari: con la legge costituzionale n. 1 del 2007 la portata del divieto viene assolutizzata, imponendo un bando definitivo e senza eccezioni, una via senza ritorno nell’ordinamento italiano¹³.

Ancorché il quadro giuridico appaia lineare e cristallino nella sua costruzione, manifestando un’indiscutibile avversione dell’ordinamento giuridico italiano nei confronti della pena capitale, l’Italia non ha

¹⁰ PALAZZO F., «Pena di morte e diritti umani: a proposito del sesto protocollo addizionale alla CEDU», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 1984, pp. 759 ss.

¹¹ Cfr. MANACORDA S., NIETO A. (a cura di), *Criminal Law Between War and Peace, Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2009, pp. 71-82.

¹² PADOVANI, T., «Commento alla l. 13 ottobre 1994, n. 589. Abolizione della pena di morte nel codice militare di guerra», in *La legislazione penale*, 3, 1995, pp. 369 ss.

¹³ CANESTRARI S., «Appello per l’abolizione della pena di morte nel mondo. Presentazione», in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2009, pp. 407 ss.; GOISIS L., «La revisione dell’articolo 27, comma 4 della Costituzione: l’ultima tappa di un lungo cammino», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2008, pp. 1655 ss.

arrestato il suo cammino per questa battaglia di civiltà e, secondo tappe che ci accingiamo ad esaminare, è pervenuta ad irradiare la sua coraggiosa presa di posizione oltre frontiera.

III. La folgorante intuizione della Corte costituzionale: il divieto di estradizione in presenza di semplici rassicurazioni diplomatiche

La Corte costituzionale aveva già affermato che il concorso, da parte dello Stato italiano, all'esecuzione di pene «che in nessuna ipotesi, e per nessun tipo di reati, potrebbero essere inflitte in Italia nel tempo di pace» è di per sé lesivo della Costituzione con la celeberrima sentenza n. 54 del 1979. In un caso riguardante la richiesta di estradizione di un cittadino francese, imputato di un reato commesso in Francia per cui l'ordinamento dello Stato richiedente prevedeva la pena capitale, veniva sollevata questione di legittimità costituzionale del r.d. 30 giugno 1870, n. 5726, nella parte in cui rendeva esecutivi gli artt. 1, 2 e 7 della convenzione italo-francese in materia.

Tale decisione aveva condivisibilmente affermato che consentire l'extradizione per reati puniti con la morte contrasta con gli artt. 3 e 27 della Costituzione, che rispettivamente sanciscono il principio di uguaglianza e –come già ricordato– l'abolizione della pena di morte. Si ricordava peraltro che «sotto quest'ultimo profilo, assumono una determinante importanza la ratifica della Convenzione europea di estradizione (autorizzata dalla legge 30 gennaio 1963, n. 300) e la contestuale riserva con cui l'Italia ha manifestato la volontà di non concedere l'extradizione per delitti puniti con la morte dall'ordinamento dello Stato richiedente. Mediante quegli atti, lo Stato italiano ha assunto un impegno che indirettamente garantisce i cittadini degli stessi Stati i quali non abbiano ratificato la Convenzione europea; giacché non troverebbero una giustificazione di ordine costituzionale comportamenti diversi delle nostre autorità, che in tal campo assoggettassero ad opposti trattamenti gli uni rispetto agli altri soggetti interessati, secondo le varie relazioni internazionali esistenti fra l'Italia e i rispettivi Stati di provenienza». Taluni trattati bilaterali stipulati dall'Italia avevano poi subordinato la consegna a «garanzie ritenute sufficienti» che la pena in questione «non verrà applicata» o «sarà sostituita» da quella prevista in suo luogo nell'ordinamento del Paese richiesto, elementi che non ricorrevano nell'accordo con la Francia. Si concludeva affermando che

«fino a quando non sarà stato concluso con la Francia il nuovo accordo sull'extradizione, vale però il generale rimedio predisposto dall'art. 10, secondo comma, n. 3, del codice penale, in adempimento degli obblighi alternativi che tradizionalmente si suole ritenere gravanti sugli Stati: o consegnare o punire», dichiarando al contempo l'illegittimità costituzionale del r.d. 30 giugno 1870, n. 5726, nella parte in cui consentiva l'extradizione per i reati sanzionati con la pena edittale della morte nell'ordinamento dello Stato richiedente.

Qualche anno più tardi, con la sentenza 223 del 1996, la Corte costituzionale italiana consolida ulteriormente il carattere assoluto del divieto della pena capitale, rafforzando nuovamente il divieto anche in presenza delle cd. rassicurazioni diplomatiche¹⁴. L'occasione le è fornita da una questione di legittimità costituzionale promossa dal Tribunale amministrativo del Lazio, dinanzi al quale era stato promosso ricorso avverso il decreto ministeriale che accordava l'extradizione del sig. Pietro Venezia verso la Florida. E difatti la richiesta estradizionale avanzata dal Giudice della contea di Dade nei confronti di un cittadino italiano, con l'imputazione di omicidio di primo grado, veniva concessa dal Ministro della Giustizia con decreto, il quale formava oggetto di impugnativa da parte dell'estradando volto a ottenerne l'annullamento, previa sospensione, dinanzi al giudice amministrativo. Quest'ultimo dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 698, comma 2, del codice di procedura penale, e della legge 26 maggio 1984, n. 225 (Ratifica ed esecuzione del trattato di estradizione tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo degli Stati Uniti d'America, firmato a Roma il 13 ottobre 1983), nella parte in cui dà esecuzione all'art. IX del trattato ora citato, prevedendo tali norme che l'extradizione venga concessa anche per i reati puniti con la pena capitale a fronte dell'impegno assunto dal Paese richiedente –con garanzie ritenute sufficienti dal Paese richiesto– a non infliggere la pena di morte o, se già inflitta, a non farla eseguire¹⁵. Si dubitava in particolare della conformità di tali norme in relazione agli artt. 2 (diritti inviolabili dell'uomo), 3 (principio di uguaglianza), 11 (obbligo del rispetto delle norme di diritto internazionale) e 27, quarto comma (che –come si è detto– prevedeva allora

¹⁴ SCHIAFFO, F., «Una sentenza storica in materia di estradizione e pena di morte», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 1996, pp. 671 ss.; GAETA P., «Extradizione e diritti fondamentali: il caso «Venezia»», in *Cassazione penale*, 11, 1996, pp. 3550 ss.; MARCHESI, A., «Extradizione per reato punibile con la pena di morte nello Stato richiedente: il caso Venezia», in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 1996, pp. 110 ss.

¹⁵ PISANI M., «Pena di morte ed estradizione nel Trattato Italia-USA: il caso Venezia», in *L'indice penale*, 3, 1996, pp. 671 ss.

l'abolizione della pena di morte salvo nei casi previsti dalle leggi penali militari di guerra), della Costituzione.

Per il Tribunale rimettente il rischio di violazione dell'art. 27 Cost. sarebbe stato accentuato dal carattere discrezionale delle valutazioni del Ministro circa il valore delle c.d. rassicurazioni diplomatiche, per loro natura prive di una forza cogente nell'ordinamento di appartenenza e rimesse alle capacità di orientamento dell'autorità politica sul potere giudiziario, discrezionalità suscettibile di determinare una variabilità del giudizio nel corso del tempo. Peraltro, sorgevano anche profili di violazione 3 Cost., che sancisce il principio di uguaglianza, essendosi l'Italia impegnata in più recenti accordi internazionali (da ultimo con la Romania, l'Ungheria e il Marocco) che prevedono un «vincolo diretto per il giudice dello Stato richiedente a non irrogare, o a non eseguire, la pena di morte».

Secondo la Presidenza del Consiglio, che deduceva l'inammissibilità della questione, essa era da ritenersi altresì infondata. Non avrebbe avuto titolo il giudice amministrativo a porsi dubbi circa il rispetto dei diritti fondamentali dell'estraddando, già affrontati e –secondo l'Avvocatura dello Stato– risolti dal giudizio con il quale la Cassazione aveva concesso la consegna. Nel caso di specie –è quanto rilevava la Suprema Corte– «la sanzione capitale deve aversi come non più esistente o comunque inoperante». Non vi sarebbe lesione, pertanto, degli indicati parametri costituzionali. In tale prospettiva, il divieto della pena di morte deve essere letto nel contesto del dettato costituzionale e «non può quindi porre in crisi quella fondamentale forma di collaborazione giudiziaria internazionale che si attua mediante l'estraddizione».

La Corte costituzione ritiene anzitutto il quesito ammissibile e, nel merito, fondato. Si ricorda anzitutto che il divieto della pena capitale ha nell'ordinamento italiano un carattere assoluto, che incide sull'esercizio delle potestà attribuite a tutti i soggetti pubblici dell'ordinamento repubblicano, ed esso pertanto non può che riverberarsi su quelle potestà attraverso cui si realizza la cooperazione internazionale ai fini della mutua assistenza giudiziaria. Ne consegue che l'art. 27, quarto comma, letto alla luce dell'art. 2 della Costituzione, si pone quale essenziale parametro di valutazione della legittimità costituzionale della normativa in materia di estraddizione. In questa luce si ritiene che le «garanzie» o «assicurazioni» –contemplate sia dall'art. 698, comma 2, c.p.p. sia dalla legge di ratifica ed esecuzione del trattato di estraddizione fra il Governo della Repubblica italiana e quello degli Stati Uniti d'America, ed in particolare dall'art. IX del Trattato stesso– siano insufficienti.

Anche se il sistema previsto dal Trattato presenta l'indubbio vantaggio di garantire una politica flessibile da parte dello Stato richiesto e consentente adattamenti, nel tempo, in base a considerazioni di politica criminale, tale formula delle «sufficienti assicurazioni» non è costituzionalmente ammissibile in quanto entra in collisione con il divieto assoluto contenuto nell'art. 27, quarto comma, della Costituzione, e con i valori ad esso sottostanti –primo fra tutti il bene essenziale della vita. Pertanto, la Consulta afferma che «l'assolutezza del principio costituzionale richiamato viene infirmata dalla presenza di una norma che demanda a valutazioni discrezionali, caso per caso, il giudizio sul grado di affidabilità e di effettività delle garanzie accordate dal Paese richiedente».

Ne risulta la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 698, comma 2, del codice di procedura penale, e della legge n. 225 del 1984, nella parte in cui dà esecuzione all'art. IX del trattato di estradizione tra il Governo italiano e quello degli Stati Uniti d'America, per contrasto con gli artt. 2 e 27, quarto comma, della Costituzione, mentre residua la punibilità del fatto ai sensi dell'art. 9, terzo comma, del codice penale (*aut dedere aut iudicare*) per i fatti commessi in territorio estero dal cittadino sanzionati con almeno tre anni di reclusione.

Numerosi e altalenanti sono stati gli orientamenti giurisprudenziali successivi¹⁶, fino a quando, sia pure tardivamente, per effetto di tale decisione la legge 21 luglio 2016, n. 149, ha modificato l'art. 698, comma 2, c.p.p., a tenore del quale «se il fatto per il quale è domandata l'extradizione è punito con la pena di morte secondo la legge dello Stato estero, l'extradizione può essere concessa solo quando l'autorità giudiziaria accerti che è stata adottata una *decisione irrevocabile che irroga una pena diversa dalla pena di morte o, se questa è stata inflitta, è stata commutata in una pena diversa*».

Si è completato per tale via, sotto l'impulso decisivo della Corte costituzionale, a sua volta attivata dalle giuste preoccupazioni dei giudici remittenti, il circolo virtuoso dell'abolizionismo da parte dell'Italia, la quale non potrà in alcun caso contentarsi di rassicurazioni provenienti dall'autorità politica richiedente, dovendosi oramai pretendere che sia stata inflitta in via definitiva una pena diversa da quella capitale o altrimenti commutata sempre per via giudiziaria. Primeggia, insieme alla separazione dei poteri, il divieto per l'Italia di concorrere in

¹⁶ APRILE E., «L'extradizione verso gli U.S.A. è ammissibile se per l'imputazione contestata non è prevista la pena di morte. (Nota a Cass., Sez. VI Pen., 19 settembre 2005, n. 35069)», in *Cassazione penale*, 9, 2006, pp. 2884 ss.

qualsiasi modo a dar corso a quella atroce pena definitivamente messa al bando, allorquando anche gli obblighi internazionali lo esigerebbero, dovendo questi ultimi cedere sotto la forza del divieto assoluto.

IV. Un recente caso deciso dalla Corte di Cassazione nel 2019 a riprova della tenuta del divieto

Con una recente pronuncia, la Corte di Cassazione, nel confermare una attenta decisione presa dalla Corte di Appello di Milano, viene a confermare il cerchio abolizionista, pronunciandosi in termini analoghi a quanto aveva già fatto la Corte costituzionale oltre vent'anni addietro, ma questa volta investendo con la propria decisione i rapporti con la Repubblica popolare cinese, quasi a sancire per questa via che l'ordinamento italiano non è disposto a «piegarsi» dinanzi a nessuna delle pretese che emanano dalle grandi potenze mondiali allorquando queste entrano in rotta di collisione con i più sacri principi sanciti dalla nostra Carta fondamentale¹⁷.

Nell'ambito della ricerca dei soggetti ritenuti responsabili di gravi fatti di corruzione riparati all'estero, il governo cinese ha avviato da alcuni anni una campagna volta a rinvenire le somme indebitamente percepite e a riportare in patria, per il processo o l'esecuzione della pena, coloro che si ritiene essere responsabili di tali fatti, in linea con le note prese di posizione assunte a livello politico interno. Gioverà ricordare sul punto che per gli autori di fatti di corruzione l'ordinamento cinese prevede, per le ipotesi di maggiore gravità, la possibilità di irrogare la pena di morte, una prospettiva che è stata evidenziata anche da settori particolarmente illuminati della dottrina penalistica cinese¹⁸.

La Corte di Appello di Milano, con sentenza emessa il 18 febbraio 2019, aveva già dichiarato l'insussistenza delle condizioni per l'accoglimento della domanda di estradizione di un cittadino cinese, professore universitario accusato di fatti corruttivi. Manca infatti nel Trattato bilaterale di estradizione tra l'Italia e la Cina del 7 ottobre 2010, reso esecutivo nell'ordinamento italiano dalla L. 24 settembre 2015, n. 161, una specifica disposizione regolatrice delle fattispecie

¹⁷ Cass. sez. VI Penale, sentenza 11 giugno-6 settembre 2019, n. 39443 Presidente Petruzzellis-Relatore Rosati.

¹⁸ LU JIANPING, SUN PING: «C'est la lutte finale ? A propos de la défense des condamnés à mort pendant la procédure de révision en Chine», en *Archives de politique criminelle*, 1, 2015, pp. 235-248.

in cui sia prevista l'applicazione della pena capitale. L'autorità giudiziaria cinese, nella richiesta di estradizione, aveva espressamente affermato che l'estradando sarebbe condannato alla reclusione invece dell'ergastolo o della morte. La Corte di Appello, tuttavia, correttamente aveva ritenuto che dovesse trovare applicazione il disposto del comma 2 dell'art. 698 del nostro codice di rito, il quale –come ricordato, a seguito della già citata sentenza *Venezia*– prevede che l'extradizione possa essere concessa soltanto in presenza di una «decisione irrevocabile» che, in concreto, abbia irrogato una pena diversa da quella capitale. Nel dichiarare l'insussistenza delle condizioni per l'extradizione, dunque, la Corte d'Appello di Milano aveva correttamente applicato tale disposto normativo, che, in assenza di una decisione giudiziaria irrevocabile estera la quale escluda l'applicazione della pena di morte nel caso concreto, sottrae all'autorità giudiziaria italiana ogni margine di discrezionalità, secondo il preciso intento della norma codicistica come modificata.

Secondo la autorità cinesi, che ricorrevano in Cassazione, il Trattato di estradizione tra i due Stati, all'art. 1, sancisce in via generale l'obbligo per le parti di dar corso all'extradizione, prevedendo che quest'ultima debba essere rifiutata soltanto qualora vi sia il «fondato motivo di ritenere che la persona richiesta, nello Stato richiedente, è stata o sarà sottoposta a tortura o altro trattamento o punizione crudele, inumana o umiliante, con riferimento al reato per il quale è domandata l'extradizione» (art. 3, lett. f). Ne sarebbe derivato, alla luce della norma costituzionale di cui all'art. 117, co. 1 Cost., che vincola il legislatore interno a conformarsi ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, l'impossibilità di invocare ulteriori motivi di rifiuto dell'extradizione. Quanto alla pena capitale, il predetto art. 3, lett. f) della legge di ratifica del Trattato consente di rigettare la richiesta estradizionale soltanto se ed in quanto vi sia «fondato motivo» di ritenere che detta pena sarà irrogata, ipotesi, questa, che però, nel caso specifico, era da ritenersi –secondo le allegazioni di parte– scongiurata già dalla stessa richiesta avanzata dallo Stato cinese, relativa peraltro a un caso di corruzione non grave e con un'imputazione non modificabile.

La Suprema Corte italiana respinge tale prospettazione, ritenendo anzitutto erronea la premessa dalla quale muove il ricorso, ossia, l'inclusione della pena di morte nelle nozioni di «altro trattamento o punizione crudele, inumana o umiliante», cui si riferisce l'art. 3, lett. f), del Trattato di estradizione tra Italia e Cina: «Trattandosi di ipotesi previste, in quel testo, in alternativa a quella della “tortura”, suggesti-

vamente ivi menzionata prima d'ogni altra, se ne deve coerentemente desumere che, al pari di questa, esse si riferiscano alle modalità esecutive di un pena, che dunque non può essere quella capitale».

Soprattutto, si ritiene che la lettura proposta dal ricorrente, che condurrebbe a consegnare un individuo anche in presenza di una ragionevole probabilità («fondato motivo») di non applicazione della pena di morte, e non invece soltanto quando l'irrogazione di quest'ultima sia esclusa con certezza, determinerebbe un contrasto insanabile con il già ricordato art. 27, comma 4, Cost. precludendo perciò l'operatività dell'istituto estradizionale. Sul punto si rammenta proprio il contenuto della sentenza resa dalla Corte costituzionale a margine del caso *Venezia*, concludendosi che «nessun rilievo può, dunque, assegnarsi alle indicazioni contenute nella richiesta di estradizione e valorizzate dal ricorrente, secondo le quali la condotta contestata allo X. non rientrerebbe tra quelle suscettibili di essere sanzionate, in concreto, con la pena di morte, pur astrattamente prevista per tal specie di delitto, né alle rassicurazioni od agli impegni in tal senso assunti dalle autorità cinesi secondo il relativo diritto interno (art. 50, Codice dell'extradizione cinese)». Constata la Corte di Cassazione che «poi, tali rassicurazioni non appaiono nemmeno così certe». Difatti, il Governo della Repubblica Popolare Cinese si era limitato a comunicare la decisione della Corte Suprema cinese per cui il tribunale di merito non avrebbe potuto condannarlo a morte, senza tuttavia escludere espressamente che i reati contestati rientrassero tra quelli astrattamente punibili con la pena capitale.

V. Il definitivo commiato alla pena capitale, un esempio da seguire

Ci sembra di poter ragionevolmente sostenere che la giurisprudenza italiana rappresenti un punto di riferimento –sulla scia dell'esperienza storica drammaticamente maturata nel nostro ordinamento– anche per gli altri Paesi che facciano dell'abolizione della pena capitale un obiettivo irrinunciabile¹⁹. Nel sancire che l'extradizione mai verrà concessa per i c.d. «reati capitali» e che non si contenterà di rassicurazioni, per quanto circostanziate, di natura politica, si afferma il primato della

¹⁹ DONINI M., «La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle *Gross Violations*», in *Cassazione penale*, 1, 2007, pp. 13 ss.

legge sulla volontà politica, quale che sia l'importanza del paese richiedente e quale che sia il carattere dell'impegno assunto dall'esecutivo, superando anche le più blande posizioni assunte per la salvaguardia delle buone relazioni diplomatiche.

Verrebbe da dire che l'esempio italiano dovrebbe essere seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui giurisprudenza appare meno coraggiosa sul punto, come dimostra il caso *Soering*, incentrato sull'inumanità delle conseguenze della pena di morte piuttosto che sull'inumanità della stessa come sanzione criminale²⁰.

L'opera di Maestri del diritto penale che hanno dedicato la loro vita alla battaglia abolizionista, mai stanchi di alimentare il dibattito in un continente, come quello europeo, che da decenni si vanta a giusto titolo di un primato in tal senso, contribuisce a illuminare la strada dei giudici che intendano adottare decisioni coraggiose, come avvenuto in Italia. Contribuire con la consegna di un cittadino straniero al proprio Paese, ove rischia di essere messo al patibolo, costituisce una violazione dei più elementari e fondamentali diritti sanciti dalle costituzioni democratiche e dalle carte internazionali, il frutto maturo di un terreno che instancabilmente Luis Arroyo Zapatero ha arato in questi anni, meritandosi –anche per questo– la nostra gratitudine e ammirazione.

²⁰ PALAZZO F., «La pena di morte dinanzi alla Corte di Strasburgo», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 1990, pp. 367 ss.

LA PENA Y SU EJECUCIÓN EN EL CORRECCIONALISMO ESPAÑOL

RICARDO M. MATA Y MARTÍN

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valladolid

I. El correccionalismo como doctrina penal y penitenciaria

Como correccionalismo se conoce a una corriente de pensamiento penal y penitenciario que se difunde en España en el último tercio del siglo XIX. Conforme al mismo la pena posee necesariamente una finalidad de tutela y de reforma del condenado que deberá producirse durante la ejecución de una pena de prisión. El delito se concibe en términos de voluntad antijurídica de la conducta llevada a cabo por el autor, de forma que la restauración del daño producido con el delito también requiere contar con esa misma voluntad pero ahora retornándola hacia el Derecho. La corrección no se puede considerar completa si no alcanza a la voluntad del sujeto que recibe la pena y en la misma medida la restauración del Derecho tampoco se considera cumplida sin esa reintegración de la voluntad al ámbito del Ordenamiento Jurídico. Con el apoyo de la teoría moral que sustenta el correccionalismo la pena ya no puede seguir considerándose un mal, sino que al contrario, lo que pretende con la mejora o corrección del penado es un verdadero bien. El Estado tiene la obligación de establecer los medios necesarios para llevar a cabo esta misión tutelar, que no concluirá hasta alcanzar la enmienda interior de quien ha sufrido la imposición de una pena. Como indica García Valdés «después de concebirse la prisión bajo la idea vacilante de cárcel procesal y modo utilitario de cumplimiento de la condena (remeros en galeras reales y mediterráneas o forzados en las minas cinabrias y bermellonas de Almaden), a lo largo de los definitivos siglos XIX y principios del XX ha ido configurándose la idea de que las

penas privativas de libertad han de servir para que el sujeto busque y encuentre la corrección»¹.

Vamos a comprobar la existencia de precedentes en España de la asignación a la pena de esas mismas funciones, como en los casos –diferenciados– de Ramón de la Sagra y Manuel Montesinos. Pero es cierto que la formulación y organización completa de la teoría correccionalista se produce por la obra del jurista Karl Röeder –sustentada en la filosofía de Krause–, que tiene gran acogida en España a través del impulso que le otorgó Julián Sanz del Río y sus discípulos. Las traducciones de la obra de Röeder tuvieron gran difusión, empezando por el trabajo titulado *¿Debe ser la pena un mal?* y que ya muestra el fin definido de la pena en el sentido correccionalista que quiere reivindicarse frente a las llamadas teorías absolutas de la pena.

A pesar de esta evidente influencia de la filosofía de Krause y de las obras de Röeder, Antón Oneca² habla de escuela correccionalista española por el sentido ecléctico que tuvo su acogida en nuestro país de acuerdo a nuestra cultura y tradición. «Con la doctrina de Krause en la filosofía general, entra en España el correccionalismo. La predisposición moral del pensamiento español explica el arraigo aquí alcanzado por la doctrina de la enmienda. Es Röeder el padre de los correccionalistas españoles, pero los más destacados de éstos funden sus concepciones en un eclecticismo de buen sentido, conforme al cual la corrección es el fin más importante, pero no el único. Con lo cual se viene a enlazar con la tradición española, pues, como queda dicho, Séneca, los teólogos y moralistas de los siglos XVI y XVII, así como Lardizabal, aceptaron el deber impuesto por la moral estoica o cristiana de procurar la enmienda del pecado, pero sin que su realismo les permitiera prescindir de los objetivos expiatorios o intimidantes que siempre ha realizado la pena». Efectivamente el sentido correccional de la pena había estado presente en la tradición jurídica y ética española, tanto en instituciones, obras y autores. Por eso se citan antecedentes no inmediatos³ y otros más cercanos como el caso de la Casa de corrección de San Fernando de Jarama y al propio Manuel de Lardizábal⁴. Y en sentido seme-

¹ *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, 2006, p. 7.

² *Derecho Penal*. Segunda edición, anotada y corregida por José Julián Hernández y Luis Beneytez. Akal/iure 1986, p. 49.

³ Estos antecedentes más lejanos en GARCÍA VALDÉS, C. *La ideología correccional...*, p. 11.

⁴ En este sentido SANZ DELGADO. *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer, 2003, p. 147.

jante se pronuncian para evaluar la corriente correccionalista en España otros autores.

En España la primera traducción de los trabajos de Roeder, ¿Debe ser la pena un mal?, la realiza en 1862 Vicente Romero Girón. Otra traducción de una obra central, sus *Doctrinas Fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, la lleva a cabo Francisco Giner de los Ríos en 1870 (primera edición). La primera obra que se entiende está apoyada en la doctrina correccionalista es la de Luis Silvela, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente* (cuya edición inicial es de 1874) y que ciertamente constituye una obra de Derecho penal de muy estimable valor. Las publicaciones penales y penitenciarias de Concepción Arenal se sucederán durante estas décadas de la segunda mitad del siglo XIX. Teniendo en cuenta los grandes bloques de trabajos publicados en esta materia se puede apreciar una sucesión de escritos fundamentales desde 1865 con sus *Cartas a los delincuentes*, *Los Estudios penitenciarios* de 1876 y, finalmente su obra *El visitador del preso* de 1891⁵. Habría que añadir cuatro informes fundamentales enviados a Congresos penitenciarios internacionales.

II. Los precedentes inmediatos en España: Ramón de la Sagra y Manuel Montesinos

Ramón de la Sagra será un caso singular en su relación con el sistema penitenciario, de no conocerlo terminará implicándose de manera amplia en su mejora. En realidad será un reformista social que por ello acabará promocionando y trabajando por la reforma penitenciaria. «El orden solo es posible por medio de la fe, o la fuerza, o de la razón. La fe ha sido extinguida socialmente, por efectos de libre examen; la fuerza es absurda, bárbara e inmoral; no queda más de posible que la razón. Ella determinará la regla social con una sanción moral que no puede ser otra que una sanción religiosa. Entonces la humanidad aceptará la ley social, porque será aceptable por la razón»⁶. Será en principio un naturalista que terminará abarcando otros muchos campos en sus estudios, trabajos y dedicación, entre ellos –de forma singular– lo relativo al encarcelamiento.

⁵ La traducción francesa es de 1892 pero se imprimió antes que la española.

⁶ ARIAS SOLIS, F., «La voz del idealismo romántico», https://web.archive.org/web/20110522113516/http://foros.hispavista.com/demo_board/3/740250/m/ramon-de-la-sagra-por-francisco-arias-solis

En los inicios del siglo XIX Ramón de la Sagra se había formado en el campo científico y de la naturaleza. Después de unos primeros esbozos de vida política revolucionaria incluso con algún problema con la Inquisición, se decidió por continuar su actividad científica⁷. En 1823 se embarcó para Cuba, donde dirigiría el jardín botánico de La Habana, lugar en el que realizaría una intensa actividad de estudio científico, redactando informes sobre temas variados de botánica, geografía, agricultura, economía e historia. Pero pasados doce años en la isla realizará un viaje de estudio por Estados Unidos que cambiará el rumbo de su vida, orientándose claramente hacia la reforma social y, en particular, hacia la reforma penitenciaria.

En 1835 viaja a Estados Unidos con el fin de tomar contacto con personas dedicadas al estudio de las ciencias naturales. Pero una vez allí va ensanchando sus objetivos y su curiosidad le lleva a un estudio amplio de la sociedad americana, incluidos sus centros de reclusión. Visita todas las «instituciones destinadas a mejorar la condición del hombre desgraciado, desde la infancia hasta la decrepitud, desde la inocencia al crimen»⁸. En suelo norteamericano visita numerosos centros penales, entre ellos los conocidos *Eastern State Penitentiary* de Filadelfia y la prisión de Auburn en Nueva York. En ambos centros se han implantado los novedosos sistemas penitenciarios que atraen la atención y las visitas de buen número de representantes de gobiernos para el estudio de estos modelos de ejecución de las penas privativas de libertad que pretenden desplazar a la vieja penalidad⁹. Y allí conoció a uno de estos estudiosos más relevantes de los sistemas penitenciarios, el Dr. Julius procedente de Alemania. Con él coincidió durante algunos días, conversaron, estrecharon lazos y juntos visitaron la nueva casa de detención que se estaba construyendo en Nueva York¹⁰. Con esas visitas se va forjando un nuevo rumbo en su vida. De manera que «se marcha de la capital de Pensilvania con el proyecto de intensificar sus visitas a prisiones y otros centros, que poco a poco, van ganando lugar en su interés, a costa, precisamente, de las ciencias naturales»¹¹.

⁷ GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Ramón de la Sagra: utopía y reforma penitenciaria*, Do Castro Ediciones, 1985, p. 76.

⁸ *Cinco meses en los Estados-Unidos de la América del Norte*, Imprenta de Pablo Renouard, París, 1836, pp. IX-X.

⁹ Al respecto del nacimiento de los sistemas penitenciarios en Norteamérica, MATA Y MARTÍN, R. M., *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, 2016, p. 141.

¹⁰ GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Ramón de la Sagra...*, p. 107.

¹¹ GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Ramón de la Sagra...*, p. 89.

Advierte de la multitud de males que asolan a la patria, cuyas víctimas terminarán recalando en la cárcel y el presidio, focos de desmoralización, que terminarán vomitándolos a la misma sociedad para continuar corrompiendo a los inocentes¹². Intenta aportar un caudal importante de informaciones y experiencias ajenas en países que han tomado ya la senda de las reformas, no con el fin de que se haga un calco de las mismas, pero sí que se puedan extraer elementos de interés para las mejoras necesarias en España. Apunta una línea de reformas necesarias, en una perspectiva más moral que política, y teniendo en cuenta la íntima relación de todos los males sociales, pues –dirá– los que gimen en las cárceles son padres de familia y los males del vicio y la indigencia son más contagiosos que las epidemias, solo bajo una perspectiva amplia y global pueden atacarse. Un mismo plan de reforma moral se presenta como preciso en esta consideración de conjunto de los males sociales.

«¿Qué necesita, pues, una sociedad constituida de la manera que se halla la de España» –Educarla y reformarla»¹³, responderá. No quiere hablar de la reforma política sino de la reforma moral del pueblo, en desgracia debido a la ceguera de los gobernantes y clase política de todas las tendencias de aquél momento histórico. Ya en su estudio sobre Concepción Arenal, Campo Alange¹⁴ advirtió la temprana exposición de la doctrina correccionalistas por Ramón de la Sagra. En el Curso 1838-39 había impartido en el Ateneo unas lecciones sobre la filosofía del momento en las que aludiría a la interesante teoría filosófica del alemán Krause. De esta manera, entiende esta autora, podría considerarse a De la Sagra como el verdadero padre del krausismo español, como una paternidad esporádica, pues dejó la simiente de este pensamiento.

En sus discursos ante el público del Ateneo científico y literario expone su experiencia en los viajes por el extranjero y el estado lamentable que padece nuestro país. A la vez sugiere los medios de mejora de la situación en España. Allí señala la importancia de la beneficencia considerada como una ciencia social frente a las plagas del pauperismo, los niños expósitos y otros. En esa situación de gran deterioro social indica que algunos de los corrompidos corren furiosos por el único camino que les queda que es el del crimen, quedando así inscritos en los

¹² DE LA SAGRA, R., *Cinco meses en los Estados-Unidos...*, pp. XIV-XV.

¹³ DE LA SAGRA, R., *Cinco meses en los Estados-Unidos...*, p. XXI.

¹⁴ *Concepción Arenal (1820-1893). Estudio biográfico documental*, Ediciones Revista de Occidente, 1973, pp. 149-150.

registros de los tribunales, prisiones y cadalsos¹⁵. La organización social se muestra así como el germen de fatales consecuencias por lo que observa la necesidad de atender a los seres desgraciados que requieren protección, amparo y mejora¹⁶. Efectúa una clasificación general de los grupos sociales depauperados en tres subgrupos según respondan bien a una incapacidad física, bien a una incapacidad moral y como tercera posibilidad a una incapacidad intelectual. A los jóvenes delincuentes y a los criminales los incluyen entre los que pertenecen a la clase de incapacidad moral¹⁷.

Sin tratar de proporcionar un plan completo de actuación frente a estos males sociales sí indica que «la mejora de la condición social del pueblo español requiere como preliminares, la educación primaria moral y religiosa a todas las clases que la necesiten, y la reforma y corrección de las viciosas y criminales»¹⁸. Pero señala también que incluso antes de instruir y reformar se hace necesario empezar por ofrecer subsistencia a estas clases infelices, con el contenido fundamental de proporcionar trabajo a los considerados útiles y socorros a los impedidos. Y en todo caso conviene adoptar los medios adecuados de corrección y disciplina para los criminales. En su discurso de 21 de febrero de 1838 ante el Ateneo se fija especialmente en el objetivo de los más pequeños. Es necesario emplear todos los medios y esfuerzos para los niños que serán los adultos de las generaciones futuras: «Aquí es donde debemos consagrar todos nuestros esfuerzos, todos los recursos de la ciencia, del patriotismo y de la caridad»¹⁹.

A su vuelta a España su decisión de trabajar para mejorar la condición de los más abandonados de la vida social, y en particular de los presos, se realiza a través de la Sociedad para la mejora del sistema carcelario, en la que colabora con otros prohombres del momento, constituida provisionalmente en agosto de 1839. En el discurso que pronunció el propio De la Sagra con motivo de la constitución oficial de la Sociedad (ya en 1840), manifestará su posición sobre el sentido de la legislación penal y, de manera especial, sobre la función de la pena. Al respecto desplaza la concepción de la pena como expiación para afirmar que «un sabio sistema de legislación debe proponerse más bien

¹⁵ *Discursos pronunciados en el Ateneo científico y literario de Madrid*, París, imprenta de Maulde y Renou 1838, p. 6.

¹⁶ DE LA SAGRA, R., *Discursos pronunciados en el Ateneo...*, p. 7.

¹⁷ *Discursos pronunciados en el Ateneo...* p. 8.

¹⁸ DE LA SAGRA, R., *Discursos pronunciados en el Ateneo...*, p. 11.

¹⁹ DE LA SAGRA, R., *Discursos pronunciados en el Ateneo...*, p. 11.

la prevención de los delitos», para acentuar la dirección de enmienda que asigna a la pena frente al mero castigo. En su concepción, si bien no pueden eludirse los fines de intimidación y expiación, deben encontrarse subordinados a la prevención y reforma moral del penado²⁰.

Continúa con su trayectoria de dedicación a la reforma social mediante el estudio de los medios que otros países establecen para la mejora de las condiciones del pueblo, de las clases depauperadas. De manera que inicia una serie de visitas a países europeos con esta finalidad. Empezará en Bélgica, en donde conoce la célebre Maison de force de Gante, uno de los grandes centros precursores de los sistemas penitenciarios. Allí admira su organización pero, sin embargo, echa de menos la finalidad de reforma moral de los presos²¹.

En esta misma cuarta década del siglo XIX, Manuel Montesinos se hará cargo del presidio de Valencia, instalándolo en el antiguo convento de San Agustín. Manuel Montesinos será un penitenciario práctico y quien todavía en la primera mitad del siglo XIX anticipa novedosamente el sistema progresivo europeo pero que en modo alguno carece de fundamento teórico para su modelo de ejecución penal²². En 1834 inicia su toma de contacto con la gestión de un presidio de esa primera mitad del siglo para poco después pasar a formar un presidio en el deteriorado convento de San Agustín en Valencia. Allí se llevará a cabo una organización del centro penal y de la vida penitenciaria que fue considerado modélico ya por sus contemporáneos, siendo especialmente valorado fuera de nuestras fronteras²³. La progresión fue perfeccionando el modo de ejecución de las penas hasta alcanzar unas cifras mínimas de reincidencia. A pesar de ese carácter eminentemente práctico al implantar su modelo, dejará algunos breves escritos, pero de un valor muy apreciable, en los que apunta las cuestiones básicas sobre el sistema de ejecución de las penas de privación de libertad y el sentido de éstas.

Ya antes de la penetración en España del correccionalismo procedente de Alemania, Montesinos había destacado este tipo de finalidad a perseguir por las penas de privación de libertad. Su sistema de divi-

²⁰ GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Ramón de la Sagra...*, p. 138.

²¹ GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Ramón de la Sagra...*, p. 121.

²² Sobre la obra penitenciaria de Manuel Montesinos y Molina, puede ver se MATA y MARTÍN, R. M., *Fundamentos...*, pp. 141 ss. También MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, R., «la influencia del coronel Montesinos en la reforma penitenciaria». *Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de oro a la Ley General Penitenciaria* (MATA y MARTÍN, Director). BOE 2020, pp. 105 ss.

²³ MATA y MARTÍN, R. M., *Fundamentos...*, p. 153. También FIGUEROA NAVARRO, M.^a C., *Los orígenes del penitenciarismo español*, Edisofer, 2000, pp. 86-87.

sión de la pena en fases que permitirán ir avanzando en la libertad dentro del presidio y en las responsabilidades asumidas por el mismo, con la organización de hasta una treintena diversa de talleres en el centro, llevará a unas cotas de éxito sin precedentes. La disciplina existente se implantará sin grandes exigencias y amenazas y con escasísimo personal. La ejecución de la pena finalizará con la fase denominada de libertad intermediaria, antecedente de la libertad condicional, que permitía ya las salidas al exterior del presidio de los condenados. En todo caso se atendía siempre al hombre concreto. Para el logro de la corrección se hacía preciso conocer y tratar a la persona. Por eso se ha podido decir que «el principio básico del sistema de Montesinos, que lo diferencia de los otros sistemas en ese momento en pleno auge, es el tratamiento individualizado del sujeto»²⁴.

De manera muy significativa en su modelo, aplicado durante años con indudable éxito, señalará que «El objeto de los castigos no es la expiación del crimen sino la enmienda y aviso de los criminales, porque el oficio de la justicia no es vengar sino corregir»²⁵. Ya en esa dirección de mejora como meta de la ejecución de la pena, se produce la indisoluble conexión con la necesidad de lograr una mejor/mayor inserción del condenado en la sociedad, una adecuada relación de beneficio mutua con la comunidad a la que pertenece. Por eso pudo decir coherentemente que «Perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable: todo lo que tienda á destruir ó entorpecer su sociabilidad, impedirá su mejoramiento». Cuando es objeto de acusaciones de ser demasiado blando y benévolo con los condenados repetirá que «el objeto del castigo, no es tanto el sufrimiento material del reo, sino su corrección y enmienda; que la privación de libertad es el mayor castigo que se le puede aplicar»²⁶. Por todo ello puede decirse que fue un claro defensor, de palabra y con hechos, de lo que hoy llamaríamos el ideal resocializador²⁷.

El trabajo en talleres será una pieza fundamental en la articulación del sistema del presidio de San Agustín, pues proporciona hábitos de esfuerzo y el aprendizaje de una actividad laboral con la que ganarse la vida al salir ya libre de la prisión. Por eso el objeto moral del encierro —que más que mortificar es corregir, repite el Comandante del presidio

²⁴ FIGUEROA NAVARRO, M.^ª C., *Los orígenes...*, p. 82.

²⁵ «Bases en las que se apoya mi sistema penal...», *Revista de Estudios Penitenciarios* núm. 159 (octubre-diciembre 1962), p. 290

²⁶ BOIX, V., *El sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia*. Valencia 1850, p. 188.

²⁷ SANZ DELGADO, *El humanitarismo...*, p. 147. También MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, R., «la influencia del coronel Montesinos...», p. 111 y ss.

de Valencia— hace que «los talleres de tales establecimientos, más que como ramos de especulación, deben considerarse como medios de enseñanza, porque el beneficio moral del penado, mucho más que el lucro de sus tareas, es el objeto que la ley se propone al privar a los delincuentes de su libertad»²⁸.

Para esta labor de corrección, de que el sujeto pueda volver a incorporarse en mejores condiciones a la sociedad, es necesario establecer diferencias durante su estancia en prisión, es obligado separarle de su delito a sus propios ojos y a los de la sociedad, advertir su singularidad como algo distinto del delito, en esa fusión funesta que hay que romper para su recuperación social. De esta manera Manuel Montesinos establecerá como lema de su hacer penitenciario el de «La penitenciaría solo recibe al hombre, el delito queda a la puerta». Y así lo llevará a cabo durante el tiempo que permaneció en el ejercicio de sus funciones penitenciarias.

III. La doctrina penal de Röeder

La teoría correccionalista de la pena tiene su origen en la filosofía Krausista que surge en Alemania a principios del siglo XIX, lo que en nuestro país se combinará junto a aspectos de la tradición penal española²⁹. Su penetración vino favorecida por la impronta del pensamiento filosófico y religioso español que siempre había mantenido la idea de la reforma del condenado³⁰. La aplicación jurídica y jurídico penal de la misma fue llevada a cabo por Röeder, quien tuvo particular influjo en la doctrina de Derecho penal española del siglo XIX³¹. La influencia de Julián Sanz del Río en la introducción del Krausismo penal en España parece clara. En su estancia en Alemania se había entrevistado con el propio Röeder y alentará la incorporación de sus obras al español. La

²⁸ MONTESINOS Y MOLINA, M., «Reflexiones sobre la organización del presidio de Valencia», 1846. *Revista de Estudios Penitenciarios* núm. 159 (1962), pp. 254-255.

²⁹ Véase CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General I*. Tecnos, 1998, pp. 92 ss.

³⁰ Señala CEREZO que la idea de corrección o enmienda del delincuente se hallaba fuertemente enraizada en la tradición senequista y cristiana. *Curso de Derecho Penal Español...*, p. 93. Sobre ello puede verse la obra de José M.^o STAMPA BRAUN, *Las ideas penales y criminológicas de L. A. Séneca*, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid 1950, pp. 69 ss.

³¹ Sobre las distintas orientaciones correccionalistas puede verse FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta 1995, pp. 264 ss. Los presupuestos teóricos del correccionalismo también son abordados por H. ROLDAN BARBERO, en *Historia de la Prisión en España*, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, PPU, Barcelona 1988, pp. 104 ss.

traducción que realiza Francisco Giner de la obra del autor alemán sobre «las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones», en la que expone la doctrina correccionalista y afirma su superioridad frente a las anteriores, se hace precisamente como homenaje a él y «obedeciendo á cuyos deseos se publica esta traducción».

La teoría correccionalista o de la enmienda pretende no solo la adaptación del delincuente a la vida social, sino su enmienda interior. Ya había señalado en este sentido el propio Krause³² que «La ciencia y la experiencia demuestran que toda pena puramente exterior, solo mediata e imperfectamente afirma el derecho; por el contrario, el procedimiento justo de parte del Estado alcanza con perfecta seguridad su fin, cuando se completa con la educación e instrucción, afirmando el sentimiento moral, regularizando las costumbres en el individuo, la familia y hasta las públicas, y con el concurso eficaz de todas las demás esferas de la vida». Queda claro entonces que para el correccionalismo la mera legalidad externa de las acciones realizadas con intención antijurídica no es más que justicia a medias, incapaz de satisfacer ni al derecho ni a la sociedad³³.

La nueva orientación del Derecho penal y de la pena misma se hace de manera que se considera necesario en coherencia con el concepto de Derecho y de Estado. Y afirma de manera insistente la existencia de un determinado fin a realizar con la pena, de manera que la consciencia de realizar un fin permite su alejamiento de la orientación propia de las teorías absolutas de pena. En principio la necesidad de enmienda puede entenderse presente ante cualquier inmoralidad aunque en lo que tiene que ver con la acepción estrictamente jurídica hace referencia a un «estado manifiesto de la voluntad hostil al Derecho»³⁴. Pero por otra parte la necesidad de corrección así manifestada no existe únicamente en personas profundamente inmorales o corrompidos, sino en otros que puedan actuar por pasión o ligereza, incluso los que lo hacen por motivaciones políticas. Frente a los que consideran que la teoría correccionalista lleva a una confusión entre cualquier tipo de inmoralidad y la infracción jurídica, señala nuestro autor que la mera

³² ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal y Sistemas Penitenciarios*, Traducción e introducción por Vicente ROMERO y GIRON, Madrid, 1875, pp. 18-19.

³³ Así lo señala Anton Oneca que además lo califica de «magnífica ingenuidad». *La Prevención General y la Prevención Especial en la teoría de la Pena*. Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945. Salamanca 1944, p. 44.

³⁴ RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*. Traducción F. Giner, Madrid, 1876, pp. 290 ss.

inmoralidad no pertenece al campo del orden jurídico del Estado, sino que la infracción solo se produce cuando contiene de forma manifiesta una injusticia. Y ésta se concibe como «intención anti-jurídica, contraria al deber de Derecho», que además requiere que la conducta se manifieste exteriormente la menos como remota tentativa³⁵.

El delincuente es un ser necesitado de tutela, de manera que el fin de la pena consiste en el empleo de medios dirigidos a la supresión de esa voluntad inmoral y a la construcción de otra de acuerdo con los fines del Derecho. La teoría correccional para su principal impulsor en España no es sino «el medio racional y necesario para ayudar a la voluntad, injustamente determinada, de un miembro del Estado, á ordenarse por sí misma, porque y en cuanto la desarmonía que nace de su desorden perturba la armonía de todo el organismo racional de aquel»³⁶. El que se ha mostrado inclinado a la injusticia se declara, por esa misma razón, incapacitado para hacer buen uso de una completa libertad exterior, por lo que sin perder todo su derecho (ni menos ser considerado una cosa), puede ser privado de parte de esa misma libertad por considerársele casi un menor de edad y apreciarse la necesidad de una segunda educación. De ahí el carácter tutelar del procedimiento aplicado al infractor del Derecho, como un indispensable apoyo que protege su debilidad moral³⁷. El necesario influjo bienhechor que la pena representa en esta corriente tiene que ver con la dependencia exterior que el infractor ha mostrado con su conducta, dependencia de circunstancias exteriores como los malos ejemplos, la ocasión o las tentaciones.

También se defiende la opción correccional de los que piensan que nada puede resultar educativo en un medio coactivo. A ellos indica que no todo consiste en los medios negativos de la coacción estatal, aunque sea necesaria, sino que también intervienen y se aplican medidas positivas y moralizadoras como la vigilancia, consejo y guía constantes encomendadas a personas competentes y con sentido racional humano³⁸. Y lo expone dejando claro que la pena correctamente entendida no puede limitarse a evitar los efectos perjudiciales para el reo, la corrección no puede así identificarse con evitar que se agrave su situación. «si se limita la pena, como suele hacerse, y por respecto a la disciplina y corrección, tan solo a la misión negativa de no empeorar a los criminales, se incurre de esta suerte otra vez en una de esas abstracciones con-

³⁵ RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...*, pp. 278 ss.

³⁶ RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...*, p. 235-6.

³⁷ RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...*, pp. 239-240.

³⁸ RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...*, p. 287.

tradictorias y funestas para la vida, que tan en uso se hallan en esta esfera, especialmente entre los juristas»³⁹.

Ahora el modo de realización y ejecución debe cambiar con las premisas del correccionalismo. La finalidad de la pena solo puede lograrse adaptándose a las necesidades de corrección del sujeto que la recibe, lo que lleva a transformar los parámetros de ejecución anteriores. «...se concibe desde luego que el carácter de la pena, y por tanto duración tampoco, jamás puede fijarse con rígida invariabilidad, sino que puede modificarse ulteriormente, aumentándose o abreviándose»⁴⁰. Para mostrar esta transformación Röder⁴¹ acude al símil del médico, tan querido para las orientaciones preventivo-especiales: «El juez al igual del médico llamado por primera vez a la cabecera de un enfermo, es menos capaz de pronunciar un fallo definitivo que una imposición provisional e inocente de la pena, ya que el efecto de ésta, como el del medicamento, solo puede conocerse con seguridad por su ensayo y experimento, conforme cuyos resultados cabrá entonces... disminuirla o aumentarla». Por tanto el juez ya no se puede entender que pronuncie un fallo definitivo con la sentencia condenatoria, como sucede con el médico que acude a ver al enfermo en una primera visita, sino que será necesario ir apreciando la evolución del enfermo⁴². De manera que la finalidad solo se entenderá conseguida cuando se alcance un sincero y leal arrepentimiento, así como una enmienda enérgica y decidida. Solo así se entiende expiada la culpa, borrada la mancha y destruido el mal ejemplo⁴³. Con ello parece anticipar el pensamiento de la condena o sentencia indeterminada que solo permite entender cumplida la pena cuando de manera efectiva ha alcanzado su fin, a la vez que avanza por la senda de la necesaria individualización de la ejecución de la pena. «la pena correccional no se dirige, como casi todas las demás teorías, meramente al hombre en general y en abstracto, sino al hombre real, vivo y efectivo, que se ha hecho responsable de tal hecho concreto, a su total y completa individualidad»⁴⁴.

Para Röder y el subsiguiente correccionalismo la pena ya no puede ser considerada un mal sino un auténtico bien y esta idea básica es la que él mismo entiende que produce un giro fundamental para toda la

³⁹ Así lo expresa RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...*, p. 294.

⁴⁰ RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...*, p. 225.

⁴¹ *Las doctrinas fundamentales...*, p. 230.

⁴² RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...*, pp. 247-8 y 249 ss.

⁴³ RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...*, p. 276.

⁴⁴ RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...*, p. 249.

teoría de la pena respecto a las doctrinas precedentes. «mediante este principio de que la pena, por su naturaleza, no puede ser un mal, comienza una vida enteramente nueva para la Ciencia jurídico-penal»⁴⁵. El Estado niega y combate la injusticia, impidiendo cualquier manifestación de este género –incluso coactivamente– y dado que el mal producido por una injusticia es una falta de condición para la vida en común y el mismo individuo no puede restituirla, será la propia comunidad la que deba realizarlo⁴⁶. De ello nace el deber del Estado de corregir la voluntad viciada que muestra el delincuente, lo que hará de una manera positiva y otra negativa. De una forma negativa se restringe la libertad exterior del individuo para con ello apartarlo de los estímulos delictivos, y de manera positiva a través de distintos medios dirigidos a la corrección interior de su voluntad viciada. Y en este terreno de la apuesta por la corrección del penado no cabe dudar de esa posibilidad, tratando de conseguir lo que se pueda. Ni se puede dar por imposible ni se debe por ello dejar de intentar, ni por considerarlo un objetivo demasiado ambicioso se puede abandonarlo y no perseguir lo posible, aunque sea un logro parcial.

Si bien resulta necesario el aislamiento, para la vuelta a la sociedad libre es preciso preparar una transición gradual a través de una etapa intermedia en la que se ponga a prueba y confirme la reforma del penado⁴⁷. Como complemento entonces a la primera etapa más rigurosa la preparación para una total vuelta a la libertad estaría esta fase siguiente en la que, a través un patronato del que formarían parte las Asociaciones protectoras de los reclusos, comienza a tomar contacto de nuevo con la sociedad. Con ello también el Estado da a los ciudadanos ejemplo de confianza en la persona anteriormente condenada. Todavía en esta fase de ejecución de la condena el autor mencionado remarca que la prueba final consiste en la libertad condicional, pero evitando la compañía de los antiguos compañeros de reclusión para no provocar la reincidencia.

Lo característico de esta tendencia es que la corrección o enmienda se entiende ahora como fin único y exclusivo de la pena. Con ello ya se introduce una diferencia con otras corrientes que habían propugnado fines de enmienda para el delincuente pero sin tal centralidad. La pena para ser racional y justa ya no puede «mirar solo hacia atrás», como

⁴⁵ En el prólogo de la obra de RÖDER, *Las doctrinas fundamentales...*, p. XIX.

⁴⁶ *Estudios sobre Derecho Penal y Sistemas Penitenciarios*. Traducción e introducción por Vicente ROMERO Y GIRON, Madrid, 1875, pp. 145 ss.

⁴⁷ RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...* pp. 269 ss.

expresión de una vindicta o retribución, sino que debe «tener plena conciencia del fin de la pena, y en ese sentido resultar relativa, pero sin caer en el error contrario de proponer como objeto de la pena una utilidad exterior cualquiera que no esté basada en la necesidad y merecimiento de sanción»⁴⁸. Además una de las consecuencias inmediatas del fin asignado a la pena, pues resulta necesario como medio para corregir esa voluntad viciada del infractor, va a ser promover la ampliación del arbitrio judicial, tanto para lo que se refiere a la fijación del contenido y duración de la pena, como en lo que afecta a la ejecución de la misma⁴⁹. También destacarán lo precusores de esta dirección el desconocimiento que el juez que dicta sentencia tiene de los efectos posteriores de la misma⁵⁰, idea que se generalizará y a su vez favorecerá la aceptación de la participación judicial en la última fase de la pena. Señalará también coherentemente en este aspecto que la necesidad de reforma del sistema de ejecución de la pena y de los establecimientos en los que se realiza supone que este ámbito no queda reducido a una cuestión puramente competencial de la administración como hasta entonces se trataba.

IV. Luis Silvela (1874 y 1879)

Este reconocido jurisconsulto realizó su actividad pública en la segunda mitad del siglo XIX y llegó a ser catedrático de Derecho Mercantil y Penal en la Universidad de Madrid, además de diputado en distintas legislaturas y Senador vitalicio. Pertenece a una familia en la que varios de sus miembros destacaron como juristas y ocuparon cargos de gran relevancia en las instituciones de la nación. A él se debe una de las obras fundamentales de derecho penal en las últimas décadas del siglo, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* (con dos tomos de 1874 y 1879). Con el mismo, dirá Antón Oneca⁵¹, formó su cultura penal una generación de juristas. Se ha considerado a esta completa y sistemática obra la primera que recogería en nuestro país los postulados del correccionalismo como doctrina penal.

⁴⁸ RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...*, pp. 27-28.

⁴⁹ Cfr. SAINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Bosch, 1990, p. 187.

⁵⁰ RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales...*, p. 249.

⁵¹ *Derecho Penal*, Segunda edición, anotada y corregida por José Julián Hernández y Luis Beneytez, Akal/iure 1986, p. 50.

En esta obra, con los presupuestos que va estableciendo el autor, señala que toda comunidad requiere un cierto orden establecido para poder desarrollar adecuadamente sus fines, orden de tipo ético o moral pues su mantenimiento hace preciso el concurso de actos de libre voluntad de los ciudadanos. Este orden puede verse quebrantado de diferentes maneras, quebrantamiento que puede ser de naturaleza civil o de naturaleza penal. La voluntad directa de la ilicitud es la que dará lugar al delito y, por tanto, a la responsabilidad penal: «el quebrantamiento del Derecho puede también reconocer como causa, no el error, sino la mala y dañada intención»⁵². En el caso de la responsabilidad penal no solo existe un acto objetivamente antijurídico sino también desde el punto de vista de la voluntad, dando lugar a la injusticia que constituye el delito.

La pena como respuesta frente al delito se considera el acto de restauración del orden quebrantado, pero siempre como consecuencia jurídica, del Derecho, consistente en condiciones «buenas en sí y para el cumplimiento del destino racional humano, y por tanto del culpable mismo»⁵³. La pena como sanción jurídica impuesta al delincuente no puede consistir en un mal, como la inflicción de dolor, ni en la privación o negación del Derecho. De manera que en este proceso de restauración del Derecho, esa reparación y restablecimiento del orden quebrantado no consiste solo en que las cosas se restituyan materialmente al estado que antes tenían, sin que para ello tenga necesidad de intervenir para nada la voluntad de quien ha causado la perturbación. Considera el autor que una ley no se restaura más que por hechos buenos y de la libre voluntad, pues una norma legal no se puede restablecer sino por hechos de idéntica naturaleza que los que constituyen su cumplimiento. Es de esta manera como la libre voluntad que ha intervenido en la ilicitud debe estar también presente en su restablecimiento. «La enmienda y la regeneración del culpable son, por tanto, necesarias para la reparación ya que las leyes de la moral, que no se cumplen ni se mantienen más que por la voluntad que libremente se dirige al Bien, no se restablece hasta haber obtenido el concurso efectivo de quien primer se mostró contrario a ellas. El Estado, pues, de sufrimiento o de pena propónese un fin, la restauración del orden, no cesa hasta haberlo conseguido, y no lo consigue sin la corrección y sin la enmienda»⁵⁴.

⁵² *El Derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente*, Madrid, 1874, p. 64.

⁵³ *El Derecho penal estudiado en sus principios...*, p. 67.

⁵⁴ *El Derecho penal estudiado en sus principios...*, p. 254.

La razón de la pena la señala en el quebrantamiento del orden jurídico por una voluntad opuesta a él, de manera que su finalidad se dirige entonces a su restauración y restablecimiento completo. Y el total restablecimiento del orden perturbado no se alcanza hasta a llega a la misma voluntad de donde procede la injusticia, siendo armónicos el fin moral y el jurídico. La pena puede considerarse de esta manera general como el conjunto de condiciones necesarias para el restablecimiento del Derecho. Coherentemente la pena durante la fase de ejecución también debe llenarse de esos mismos presupuestos y finalidad. El cumplimiento de la pena impuesta no puede consistir en practicarla de forma automática sin conciencia del fin con que se declaró sino, al contrario, debe realizarse con conocimiento del propósito que la guía⁵⁵. Y en ese sentido para el periodo de cumplimiento de su condena el régimen penitenciario debe consistir en las condiciones negativas que alejen al penado de todo lo que se oponga a su mejora y corrección y otros elementos positivos (no mediante simples omisiones) que activamente busquen este mismo propósito⁵⁶.

Como estamos viendo con el fin correccional o de enmienda señalado para la pena, ésta adquiere a su vez un sentido tutelar: «el castigo por medio de la coacción se propone traer al camino del deber al que de él se apartó, mejorándole y procurando la enmienda, todo castigo que corrige es por lo mismo esencialmente tutelar para quien le sufre»⁵⁷. Esta concepción nace cuando se considera a la pena desde el punto de vista del interés del reo al que se impone, pero la tutela penal en realidad se realiza como exigencia de la sociedad entera, que reclama que todos sus miembros cooperen de una manera real y efectiva en el mantenimiento del orden del Derecho y en el restablecimiento de la perturbación producida⁵⁸.

V. Concepción Arenal y la pena correccional

Arenal había tomado contacto con el problema penitenciario debido a su deseo de fomentar la mejora y reforma social al colaborar con asociaciones de ayuda a los encarcelados y trabar allí relaciones que

⁵⁵ Al respecto *El Derecho penal estudiado en sus principios...*, p. 447.

⁵⁶ Así lo expresa el autor *El Derecho penal estudiado en sus principios...*, p. 471.

⁵⁷ *El Derecho penal estudiado en sus principios...*, p. 297.

⁵⁸ *El Derecho penal estudiado en sus principios...*, p. 300.

durarían toda la vida⁵⁹. Sin saber bien cómo en octubre de 1863 es nombrada Visitadora de las prisiones de mujeres de Galicia⁶⁰. En este tiempo de Visitadora se entrega al conocimiento de la situación de las cárceles y de los presos y así adquiere una experiencia de la realidad que la lleva también a poner por escrito la situación y las necesidades. Ya toma conciencia de la urgente necesidad de la reforma penitenciaria, de la obligada transformación material de los centros penales y de la imprescindible tarea de abordar la mejora moral o espiritual de los encarcelados. Ha puesto por escrito esas impresiones en sus *Cartas a los delincuentes* de julio de 1865. La obra está pensada para los propios presos y por eso incluirá explicaciones para ellos de las previsiones del Código penal⁶¹. También pretende que los delincuentes se conozcan a sí mismos como primer paso para su libertad: «Si el preso consigue saber quién es, conocer la naturaleza de sus pasiones, que es como decir el motivo que la ha conducido a infringir la ley; si consigue distanciarse del flujo de emociones, de prejuicios y de malos hábitos que conviven en él confundiendo a veces su conducta, podrá de algún modo fundarse a sí mismo nuevamente y reintegrarse a la sociedad»⁶². Pero el correo del 19 de julio de 1865 le trae la noticia de su destitución como Visitadora, decisión que entiende perfectamente: «Era yo una rueda que no engranaba en ninguna parte de la maquinaria penitenciaria y debía suprimirse. Porque el gobierno no quiere moralizar las prisiones aleja de la esfera oficial a quien procura moralizarlas y contesta al primer libro que se escribe dejando cesante al autor»⁶³. Lo que también puede indicarse como que el cargo que mantenía «se deshizo como el humo al cambiar el gobierno»⁶⁴.

Pero producida la revolución de 1868, en el mes de noviembre es nombrada Inspectora de casas de corrección de mujeres, cargo que desempeñará a lo largo de cinco años. Como siempre desarrolla su labor con entrega e intensidad. Pero también como siempre no se conforma con lo establecido y ordenado desde arriba. Se enfrenta al gobierno primero por decretar la disolución de las Conferencia de San Vicente

⁵⁹ La relación entre esta autora y el sistema penitenciario, su dedicación y obra, ha sido abordado de forma más amplia en MATA y MARTÍN, R. M., «Aproximación a Concepción Arenal y el sistema penitenciario», *ADPCP*, vol LXXII (2019), pp. 181 ss.

⁶⁰ CABALLÉ, A., *Concepción Arenal. La caminante y su sombra*. Taurus 2018, p. 182. CABEZAS, J. A., *Concepción Arenal o el sentido romántico de la Justicia*. Espasa-Calpe 1942, p. 151.

⁶¹ CABALLÉ, A., *Concepción Arenal...*, p. 198.

⁶² CABALLÉ, A., *Concepción Arenal...*, p. 199.

⁶³ Así lo recoge CABEZAS, J. A. *Concepción Arenal o el sentido...*, p. 160.

⁶⁴ CABALLÉ, A., *Concepción Arenal...*, p. 183.

de Paul y luego reta al mismo gobierno para que actúe en materia penitenciaria: «¿La revolución pasará como han pasado hasta ahora todos los gobiernos de todos los partidos, sin iniciar, sin plantear siquiera, la reforma de los establecimientos penales?»⁶⁵. Y concluye: «desdichado el pueblo en que la última de las necesidades es la justicia». Parece que el gobierno se decide y el Congreso aprueba una ley de bases, que como dirá Concepción Arenal, se hace sin discusión y sin entusiasmo⁶⁶. El resultado será, en el mejor de los casos, la inoperancia. Todavía en este periodo critica las disposiciones oficiales que suprimen los capellanes en distintas instituciones, como en el caso de los establecimientos penitenciarios.

Desde esas fechas en torno a la revolución de 1868 toma contacto con un grupo de intelectuales destacados del Krausismo⁶⁷. Caballé indica cómo se vincula a personajes como Fernando Giner de los Ríos, Fernando de Castro o Gumersindo de Azcárate, con quienes mantenía profundas afinidades, aunque siempre con un perfil y criterio propio, quedando sin embargo preterida con el tiempo debido a actitud cristiana. A esta época, verano de 1869, corresponde su obra «A todos» expresión de las ilusiones iniciales con las que vivió el proceso revolucionario de 1868 y también de su filosofía penal y penitenciaria. Como indica Salillas, Concepción Arenal se incorporó de manera definitiva al movimiento renovador de la reforma penitenciaria siguiendo el cauce de las enseñanzas correccionalistas⁶⁸. En ese «A todos» aborda de manera sistemática los distintos tipos de regímenes penitenciarios y el estado de nuestras prisiones con la finalidad de encarar de manera meditada la tarea pendiente de la reforma penitenciaria que debería incidir necesariamente en la disminución de los delitos. Afirma que el estado de las prisiones en un país nos muestra su estado de cultura, «dado el estado de una prisión, puede calcularse el del pueblo cuyos criminales encierra». Aboga por esta reforma tan necesaria en el orden social pues en estos centros penales se concitan males de todo tipo: «Error en las ideas, injusticia en las leyes, corrupción en las costumbres, dureza en el carácter, atraso en la instrucción; todo tiene allí sus terribles compro-

⁶⁵ CABEZAS, J. A., *Concepción Arenal o el sentido...*, p. 166.

⁶⁶ CAMPO ALANGE, M., *Concepción Arenal (1820-1893)...*, p. 313. Véase también MATA y MARTÍN, R. M., «La antigua cárcel de Lugo y algunos aspectos del sistema penitenciario español en el avance del siglo XIX», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá de Henares V (2012), p. 292.

⁶⁷ CABALLÉ, A., *Concepción Arenal...*, pp. 223 ss.

⁶⁸ CAMPO ALANGE, M., *Concepción Arenal (1820-1893)...*, p. 312.

bantes, todo ha encarnado en seres que han hecho mal y sufren»⁶⁹. Exige este trabajo reformador una buena planificación, razonable y uniforme para llegar a concluir una meditada ley. En esa tarea de construcción del sistema penitenciario debe darse entrada a la necesaria especialización en este campo, cambios radicales en el ingreso y formación de los empleados de este sector, con la desaparición de los famosos cabos de vara, la clarificación de las disposiciones vigentes en la materia de prisiones, las inversiones adecuadas pues «la civilización es más cara que la barbarie, pero es productiva en mucha mayor proporción». En definitiva se trata de que «Un establecimiento penal debe ser una casa de educación: de educación lenta, difícil»⁷⁰.

A la vuelta a la monarquía sigue ocupándose de los desamparados y, entre ellos, de los presos. Edita sus *Estudios Penitenciarios* en 1876 y trata de seguir actuando en favor de la reforma penitenciaria. Entiende que las prisiones son un ámbito completamente desconocido para el público, por lo que se hace necesario crear un contexto y un ambiente que acerque los dos mundos, el interior y el exterior para propiciar esa ansiada reforma⁷¹. En ellos señala que «la tendencia en medio de nuestro siglo es á convertir la pena en medio de educación, y ver en el delincuente un ser caído que puede levantarse, y á darle la mano para que se levante»⁷². Como los *Estudios* tratan de la pena y su ejecución, contienen tres aspectos sobre la pena en forma de reflexión –ya que no se considera capaz de dar lecciones–, ¿Qué es el penado?, ¿Qué es la pena? y ¿Qué medios se emplearán para conseguir el fin de la pena? Como también existe la prisión sin pena, a ello se añade lo relativo a la prisión provisional. Pese a la humildad con la que encabeza estos escritos, el conocido penalista Röeder «después de leer sus soberbios *Estudios penitenciarios*, escribiría que la obra revelaba una originalidad y una altura intelectual que situaban a la autora al nivel de los más grandes pensadores europeos»⁷³.

En estos *Estudios Penitenciarios* aborda, como en otras ocasiones, el problema de la corregibilidad de los delincuentes. Y allí plantea las diferencias entre corrección y enmienda a efectos de la pena de prisión y el alcance de estos conceptos que luego utilizará para establecer algu-

⁶⁹ «A todos», *Obras completas de D.^a Concepción Arenal*, Tomo Décimo, Madrid, 1895, pp. 165 ss.

⁷⁰ «A todos», *Obras completas...*, pp. 207 ss.

⁷¹ En este sentido, CABEZAS, J. A., *Concepción Arenal o el sentido...*, p. 195.

⁷² *Estudios Penitenciarios*, *Obras Completas de D.^a Concepción Arenal*, Tomo Quinto, Madrid, 1895, p. 7.

⁷³ CABALLÉ, A., *Concepción Arenal...*, p. 22.

nas consecuencias, «enmienda expresa un acto que no puede realizarse sin el concurso de la voluntad del sujeto, la enmienda es una cosa más íntima, más interior que la corrección... para enmendarse es preciso corregirse; pero alguno puede aparecer corregido sin haberse enmendado, porque la corrección es la modificación ostensible... que puede tener móviles muy distintos; la enmienda, además del hecho, es el pensamiento, es el móvil digno y elevado, es un cambio interior que corresponde al que se observa exteriormente; en fin, se comprende que un hombre se corrija por razón, por cálculo, sin arrepentirse; pero no puede haber enmienda sin arrepentimiento»⁷⁴. Y continua la escritora con las alternativas que suponen una y otra opción en el ámbito de la ejecución de estas penas privativas de libertad y la finalidad que perseguirían; «corregirse es mejorar de conducta, enmendarse mejorar de pensamiento. La corrección corresponde a lo que se ha llamado honradez legal; la enmienda a la virtud, a la honradez verdadera, a la moralidad»⁷⁵. De manera que según las condiciones de cada delincuente y cada delito los condenados pueden ser más susceptibles de corrección o bien de enmienda en distintos grados.

El 20 de julio de 1876 se coloca la primera piedra de una nueva instalación dedicada a jóvenes como correccional penal. En la ceremonia el mismo monarca pronuncia unas palabras indicando que «Ningún problema necesita en nuestra España una solución más pronto que el problema penitenciario». Arenal persigue la mejora del sistema y alude a la vergüenza de la cárcel del Saladero en Madrid que necesita una urgente sustitución, reclamación que es asumida después por las Cortes, en particular parece que por el senador Silvela. Tiempo después se lleva a cabo la inauguración de la Cárcel Modelo de Madrid y en la ceremonia de la colocación de la primera piedra el 5 de febrero de 1877, el Rey urgirá de nuevo a la reforma urgente del sistema penitenciario. Allí se coloca una piedra con un lema de la escritora ferrolana «Odia el delito y compadece al delincuente». Pero lo cierto es que la propia pensadora será una de las voces que critique el nuevo centro, considerado el buque insignia de la reforma, por la amalgama de regímenes penitenciarios de distinta naturaleza en que acaba convirtiéndose⁷⁶.

⁷⁴ Estudios Penitenciarios..., pp. 208-209.

⁷⁵ Estudios Penitenciarios..., p. 209.

⁷⁶ Sobre la problemática de este nuevo centro modelo sentido BURILLO ALBACETE, *La cuestión penitenciaria. Del Sexenio a la Restauración (1868-1913)*, Prensas Universitarias de Zaragoza 2011, pp. 61 ss.

La conocida autora gallega que dedicara ímprobos esfuerzos a la mejora de la situación de los desamparados y, en particular, de los encarcelados, efectúa una descripción sistemática de las características de la pena. Entre ellas incluye la referencia al sentido de corrección de la misma. «La pena debe llevar en si los medios de corregir al que castiga, ó por lo menos de no hacerle peor de lo que es»⁷⁷. No hay duda de sus postulados correccionalistas en lo que toca a la pena y su ejecución. En sus numerosos trabajos podemos apreciar múltiples conexiones con el punto de vista correccionalista para la pena criminal y también hemos señalado su vinculación con las personas más destacadas de esta corriente. Hasta el punto de que en alguna ocasión ha sido calificada como la principal teórica del correccionalismo de nuestro país⁷⁸. Pero es igualmente cierto su resistencia a dejar de lado otras convicciones y tener siempre su propio criterio y forma de abordar los problemas. Participó de esta corriente y del intenso flujo de pensamiento de su época, especialmente de las teorías de Krause y sus discípulos españoles con fuerte implantación en la Universidad. Pese a su exagerado retraimiento social participa de concretos eventos, como los feministas, pero su actitud y personalidad se resiste tenazmente a ser absorbida por una escuela o etiqueta determinada. Como dijera Salillas, «No hay manera de encasillarla en ningún patrón»⁷⁹. Podría decirse que es la personalidad más reconocida y recordada vinculada o asociada al pensamiento correccionalista, no tanto como miembro de una escuela o dirección.

La justicia, en el pensamiento de Concepción Arenal, va mucho más allá del castigo, integrando elementos negativos (que deben excluirse) y positivos (que deben incluirse), necesarios durante la ejecución para que con propiedad podamos hablar de justicia, de pena justa. De esta manera la pena puede consistir en realizar la justicia proporcionada al caso, pero también la justicia implica algunas consecuencias que deben excluirse radicalmente de la pena. Y desde este punto de vista, ahora de lo que hay que evitar, puede señalar «hasta qué punto falta a la justicia la sociedad que en su nombre pervierte á los que pena»⁸⁰. De esta forma también se hace necesario indicar que la pena, puesto que tiene como contenidos privaciones y restricciones tan importantes impuestas coactivamente al condenado, solo resultará legíti-

⁷⁷ «¿Qué es la pena?», *Obras completas, Tomo Décimo*, Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 31.

⁷⁸ En este sentido, BURILLO ALBACETE, *La cuestión penitenciaria...*, p. 56.

⁷⁹ Según recoge CABEZAS, J. A., *Concepción Arenal o el sentido...*, p. 155.

⁸⁰ «¿Qué es la pena?», p. 32.

ma en ciertas condiciones, entre ellas determinadas pretensiones buscadas con la misma, donde destacará la idea de mejora, de acción dirigida a la corrección del penado.

La pena se refiere a una privación de bienes tan esenciales al ser humano que únicamente resultará legítima en determinadas circunstancias, entre ellas lo pretendido o buscado con la misma, que a estos efectos de justificación de la pena no resultan indiferentes. «Cuando se le deja en manos de la sociedad, cuando ella dispone absolutamente del régimen á que ha de sujetarle; cuando aquella omnipotente tutela, solo haciendo lo mejor puede defenderse de la acusación de tiranía»⁸¹. La sociedad con la imposición de la pena a la que somete al condenado debe necesariamente incorporar algunos contenidos que la avalen, pues únicamente resultará legítima si se pretende la mejora del sometido a la misma. La pena resulta una intromisión tan intensiva en la vida de las personas que para la escritora de la única forma que puede resultar tolerable y no constituir un desafuero es precisamente dirigirla a dotar al destinatario de unas condiciones más elevadas en su vida posterior.

Los condenados no reformables, aquellos que resultan o se consideran incorregibles resultan siempre una piedra de toque para el sistema penitenciario. Pero más claramente cuando se establece como finalidad de la ejecución de la pena la reforma o mejora de los penados. Sobre los incorregibles Concepción Arenal se niega a participar de la opinión, que estima la más general, de que los encerrados en prisión no pueden ser nuevamente ciudadanos honrados. «La sociedad actual ha heredado de las pasadas, ha heredado de los siglos, ruinas, consecuencia de errores, y la necesidad de hacer muchas cosas y reparar otras. Una de las cosas que ha heredado es la creencia de que los delincuentes son incorregibles, y el desdichado hábito de ocuparse de ellos poco más que para evitar que se escapen, y la organización de las prisiones conforme a esta creencia y a este hábito. No ha aceptado, no, tan infausta herencia; y en nombre de Dios, que perdona; del hombre, que se arrepiente; de la ciencia, que enseña, y de la caridad, que no se cansa ni se mueve a ira, ha empezado a tratar a los criminales como hombres, a creer que pueden enmendarse y borrar la contradicción impía de desesperar de miles de hombres los que profesan una religión que llama virtud a la esperanza», dirá en sus *Cartas a los delincuentes*. Y para demostrar esto a la sociedad anima, exhorta a que se corrijan, un poco al menos, en alguna medida. Será la posibilidad, mostrando esa corrección, de convencer a

⁸¹ «¿Qué es la pena?», p. 33.

la sociedad de los esfuerzos que resultan necesarios para reformar el sistema penitenciario y las inversiones cuantiosas merecen la pena.

Una de las cuestiones planteadas en el Congreso Penitenciario Internacional de San Petersburgo en 1890 es la de la incorregibilidad, si pueden así ser considerados algunos criminales y en tal caso los medios necesarios para proteger a la sociedad. A este problema bien complejo y central para todo sistema penitenciario es al que Concepción Arenal presenta un informe y lo hace de forma amplia en extensión y en el planteamiento para así abordar con mayor seriedad un problema capital⁸². Para empezar señala que la corrección implica una mejora y por tanto no es algo absoluto sin condiciones o grados. Indica claramente que no entiende lo mismo por incorregibles que por no corregidos, pues muchas veces la sociedad no ha sido capaz de evitar que el delincuente avanzara por el camino de la incorregibilidad. La incorregibilidad se asocia con la reincidencia y por ello existe «la propensión a considerar a los penados como masa compacta que se acentúa respecto a los reincidentes, y más aún cuando se califican de incorregibles; entonces casi se consideran como un conjunto de cosas. Insensiblemente se va simplificando, se va facilitando la obra del discurso primero, y legal después, y de facilidad en facilidad se llega al error, que, puesto en práctica, da por resultado la injusticia» (68). Para nuestra escritora la reincidencia puede ser un dato, uno más, de importancia variable, pero en ningún caso una regla infalible de la incorregibilidad. En todo caso la reincidencia es una cuestión social y es la misma sociedad la que debe implicarse en su solución.

⁸² MATA y MARTÍN, R. M., «Aproximación a Concepción Arenal...», pp. 204-205.

UN NUEVO INSTRUMENTO PARA LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE. EL SISTEMA DE SANCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA PARA VIOLACIONES GLOBALES DE LOS DERECHOS HUMANOS

ANTONIO MUÑOZ AUNIÓN

Doctor en Derecho Internacional Público y Relaciones internacionales

I. Palabras previas

El Régimen Global de Sanciones de Derechos Humanos, o la mal llamada Ley Magnitsky Europea, viene de entrar en vigor en diciembre de 2020, solo un par de días antes del Día de los Derechos Humanos¹. Este régimen de sanciones consta de dos actos jurídicos: una Decisión del Consejo y un Reglamento del Consejo que prevén medidas específicas contra cualquier persona implicada en violaciones graves de los derechos humanos fuera de las fronteras de la UE. Apuntamos que el régimen de sanciones globales de la UE en materia de derechos humanos forma parte del Plan de Acción de la UE sobre Derechos Humanos y Democracia (2020-2024)², que, entre otras cosas, pretende racionalizar la toma de decisiones de la UE en materia de derechos humanos y democracia para hacer frente a las deficiencias en la rendición de cuentas y a la erosión del Estado de Derecho³.

¹ Decisión 2020/1999 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32020D1999>; y Reglamento 2020/1998 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020R1998>

² <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12122-EU-Action-Plan-on-Human-Rights-and-Democracy-2020-2024>

³ Otra iniciativa propuesta en el contexto de este plan de acción es la legislación sobre diligencia debida en materia de derechos humanos. En el marco de esta iniciativa, la UE pretende imponer requisitos a las empresas para que eviten las violaciones de los derechos humanos y los daños medioambientales en sus operaciones en el extranjero y en sus cadenas de suministro, por ejemplo, mencionamos, el Reglamento UE 2017/ 821 del Parlamento Europeo y del Consejo

A continuaci6n, pasamos a comentar c6mo evolucion6 el debate sobre este mecanismo dentro de la UE, qu6 cambios introduce y qu6 violaciones graves de los derechos humanos ser6n objeto de las mismas.

II. Antecedentes

A mediados de octubre, la Comisi6n Europea y el Alto Representante de Asuntos Exteriores presentaron la propuesta de Reglamento del Consejo sobre el «R6gimen de sanciones globales de la UE en materia de derechos humanos», que acompa1aba a la Decisi6n del Consejo de instalar un marco espec6fico de sanciones en materia de derechos humanos en toda la UE⁴. Dicho mecanismo est6 dise1ado para permitir el castigo de los sujetos responsables de graves violaciones de los derechos humanos fuera de las fronteras de la UE⁵, ya sean actores estatales o no, personas f6sicas o jur6dicas⁶. Consiste en la prohibici6n de viajar, la congelaci6n de activos y la prohibici6n de entregar fondos y recursos econ6micos a quienes de otro modo escapar6an a la justicia en el marco de un sistema autoritario corrupto. Es bien sabido que los funcionarios de alto nivel y los empresarios de r6gimenes no democr6ticos se sienten c6modos asegurando sus activos en bancos europeos y disfrutando de vacaciones en sus villas en el extranjero. Con estos instru-

de 17 de mayo de 2017 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Uni6n de esta1o, tantalio, y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo. En profundidad, véase, PARTZSCH, L., «The new EU Conflict Minerals Regulation: normative power in International relations?», *Global Policy*, vol. 9 2018.

⁴ Su origen se remonta a la d6cada de los ochenta, en detalle, PÉREZ-PRATS DURBÁN, L., *Cooperaci6n pol6tica y comunidades europeas en la aplicaci6n de sanciones econ6micas internacionales*, Tesis doctoral, Universidad Aut6noma de Madrid 1990.

La UE tiene actualmente unos 40 r6gimenes de sanciones diferentes en curso en el marco de su pol6tica de seguridad com6n y exterior, con los objetivos de promover la paz y la seguridad internacionales, prevenir conflictos, apoyar la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos y defender los principios del derecho internacional. Las sanciones se aplican en el territorio de la UE (no son extraterritoriales) y forman parte de un planteamiento pol6tico m6s amplio y global que incluye el di6logo pol6tico y esfuerzos complementarios, y no est6n dise1adas para ser punitivas. Algunas est6n en consonancia con las sanciones de la ONU o las refuerzan, y otras son aut6nomas. Una postura cr6tica sobre ellas, véase, MARINAS SUÁREZ, D., «Los talibanes en Luxemburgo Sanciones inteligentes y derechos fundamentales comunitarios», *Revista Vasca de Administraci6n P6blica* n. 82 vol. 2 2008, pp. 197-234.

⁵ Por ejemplo, Genocidio, cr6menes contra la humanidad, violaciones o abusos graves de los derechos humanos como la tortura, la esclavitud, asesinatos extrajudiciales, detenciones ilegales, trata de seres humanos, violencia sexual, violaci6n de la libertad de reuni6n pac6fica y de asociaci6n, violaciones a la libertad de opini6n y de expresi6n, y a la libertad de religi6n.

⁶ Anexo I del Reglamento, Lista de personas f6sicas y jur6dicas, entidades y organismos a que se refiere el art6culo 3.

mentos legislativos, la UE está enviando un mensaje a los que ostentan el poder en los regímenes autoritarios de que su participación en violaciones de los derechos humanos no quedará impune.

Ya se han introducido marcos similares por ejemplo, en el Reino Unido,⁷ EE. UU., Canadá⁸ o los países bálticos⁹. Hasta la fecha, la UE no tenía ningún mecanismo horizontal para sancionar los abusos graves de los derechos humanos. Para castigar esas violaciones, se empleaban medidas específicas para cada país (por ejemplo, sanciones a Siria, Libia, Venezuela, Bielorrusia y Myanmar). En esta perspectiva, sirve rescatar estas palabras del actual Alto Representante de la UE, quien manifestará «la Unión Europea está dispuesta a hablar un lenguaje de poder en lo que respecta a los derechos humanos, le corresponde a Europa movilizar a las democracias hermanas para defender y promover los derechos humanos fundamentales y los valores democráticos en el ámbito internacional».

En 2018, el Gobierno de los Países Bajos inició un debate entre los Estados miembros de la UE sobre un régimen de sanciones selectivas para salvaguardar los derechos humanos¹⁰. Esta iniciativa recibió el apoyo del Parlamento Europeo, que ha pedido repetidamente el establecimiento de un mecanismo de sanciones a nivel de toda la Unión Europea contra los violadores de los derechos humanos¹¹.

El debate sobre la Ley Magnitsky de la UE cobró impulso con el inicio de los trabajos preparatorios del *Servicio Europeo de Acción Exterior* (SEAE) en diciembre de 2019. Sin embargo, el régimen de sanciones en materia de derechos humanos no cobró vida en aquel entonces, esto se debió en parte a la complejidad de los procedimientos de adopción de decisiones de la UE, que a menudo requieren la unanimidad o el consenso para las cuestiones relacionadas con la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). En su discurso sobre el estado de la

⁷ <https://www.gov.uk/government/collections/uk-global-human-rights-sanctions>, el Reino Unido ya ha impuesto la congelación de activos a 65 personas y tres entidades de países como Bielorrusia, Gambia, Myanmar, Corea del Norte, Pakistán, Rusia, Arabia Saudí y Venezuela. Las violaciones de los derechos humanos cubiertas por el régimen del Reino Unido parecen tener un alcance más limitado (es decir, actividades que equivalen a una violación grave del derecho a la vida de una persona, del derecho a no ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y del derecho a no ser sometido a esclavitud).

⁸ <https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/l-2.3/FullText.html>

⁹ Los países bálticos utilizan esta legislación exclusivamente para sancionar a funcionarios rusos.

¹⁰ <https://www.rferl.org/a/netherlands-propose-new-eu-human-rights-sanctions-regime/29609488.html>. Puede consultarse en www.government.nl

¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IP0215&rid=5>

Uni6n, Ursula von den Leyen pidi6 una votaci6n por mayoría cualificada sobre las sanciones de la UE¹².

El r6gimen de sanciones de la UE en materia de derechos humanos a nivel mundial se basa en el modelo de la Ley Magnitsky Global de 2016 de los Estados Unidos¹³, que es la continuaci6n de la Ley de responsabilidad del estado de derecho de Sergei Magnitsky de 2012¹⁴. Esta Ley fue aprobada en los Estados Unidos para castigar a los funcionarios rusos responsables de la muerte del abogado Sergei Magnitsky, o que se beneficiaron de ella, quien desvel6 un plan multimillonario de fraude fiscal en el que participaban las 6lites rusas¹⁵. La atribuci6n del nombre de Magnitsky al 6ltimo marco de legislaci6n de la UE fue recibido con sentimientos dispares. Para algunos era necesario y simb6lico honrar la memoria de Magnitsky¹⁶, sin embargo, los responsables de la toma de decisiones de la UE optaron finalmente por un nombre gen6rico para evitar cualquier connotaci6n anti rusa con respecto al car6cter de la Ley.

III. Un Marco tem6tico de derechos humanos con m6s flexibilidad

La Ley Magnitsky de la UE no es específica de un paí, sino que se centra en un problema concreto, en este marco horizontal, la UE podr6 actuar r6pidamente cuando los derechos humanos est6n en riesgo en cualquier parte del mundo. La enumeraci6n de las violaciones de los derechos humanos se separa de la sanción a un paí específico sus efectos son m6s *inteligentes*¹⁷. El car6cter tem6tico de las sanciones se ajusta m6s a su car6cter selectivo y refuerza el principio de la responsabilidad

¹² <https://www.politico.eu/article/state-of-the-european-union-ursula-von-der-leyen-speech-live-blog/>

¹³ En general, véase, <https://www.amnistia.org/ve/blog/2020/01/13283/derechos-humanos-r2p-y-leyes-magnitsky>. Desde octubre de 2020, 107 personas y 107 entidades de 36 paíes han sido designadas en el marco del programa de sanciones Global Magnitsky de Estados Unidos. Su texto puede encontrarse en, www.congress.gov

¹⁴ https://cpj.org/wp-content/uploads/2014/10/road_to_justice2014-spanish.pdf

¹⁵ <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/11/sergei-magnitsky-russia-trial-verdict-tax-fraud>

¹⁶ Recordemos que el abogado especializado en derechos humanos, Sergei Magnitsky muri6 mientras estaba detenido en 2009.

¹⁷ Un modelo de sanciones inteligentes 2. 0 con un 6mbito sustantivo de gran amplitud y una acci6n concertada de la Uni6n que neutraliza las posibles retorsiones de los individuos o paíes que los apoyan. Sobre las mismas, véase, por ejemplo, sobre las deficiencias de las primeras sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad, MARTIN ABBENANTE, L., *Sanciones internacionales inteligentes*, TD. Universidad de C6diz 2016

individual sin efectos no deseados en los ciudadanos del país. Hay otros ejemplos de regímenes de sanciones temáticas en la Unión Europea que no se centran en un país, como la lista de terroristas de la Unión Europea¹⁸, las sanciones relativas al uso de armas químicas¹⁹ y los ciberataques²⁰. La Comisión también prevé el uso de sanciones selectivas para contrarrestar la desinformación como parte del Plan de Acción Europeo para la Democracia²¹.

La Ley Magnitsky de la Unión Europea ofrece una simplificación de la adopción de decisiones en contraste con las medidas específicas para cada país. La UE evitaría los largos y difíciles procedimientos necesarios para establecer un marco jurídico geográfico completamente nuevo. Los bloqueos internos repetidos por un Estado miembro (como el de Chipre que retrasó durante semanas las sanciones contra Bielorrusia)²² se evitarían con este tipo de listas de responsables de la violación de los derechos humanos. Esto contribuirá a fortalecer la posición de la UE como defensora de los derechos humanos a nivel mundial en línea con su artículo 21 TUE y la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

IV. ¿Qué es lo que se califica como graves violaciones de los derechos humanos?

La interacción entre las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario desempeña un papel importante en la aplicación de medidas restrictivas selectivas en el marco del régimen de sanciones de la UE en materia de derechos humanos a nivel mundial (artículo 2.2) del Reglamento).

En su forma actual, el mecanismo de sanciones en materia de derechos humanos abarca las violaciones manifiestas de los derechos humanos como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la tor-

¹⁸ <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/terrorist-list/>

¹⁹ <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/10/15/chemical-weapons-the-council-adopts-a-new-sanctions-regime/>

²⁰ <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/05/17/cyber-attacks-council-is-now-able-to-impose-sanctions/>

²¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2250. Para dar mayor efectividad a este bloque normativo, la Comisión, sobre su experiencia sobre sanciones comerciales, ya ha emitido una nota de orientación sobre su implementación, véase, https://ec.europa.eu/info/files/201217-human-rights-guidance-note_en

²² Véase, <https://www.reuters.com/article/us-eu-sanctions-russia-turkey/cyprus-accused-of-blocking-new-russia-sanctions-amid-turkey-spat-idUSKBN1ZN29E?il=0>

tura, la esclavitud, los arrestos o detenciones arbitrarias, las ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, (párrafo 1 del artículo 2 del Reglamento)²³. En el marco global de derechos humanos de la UE pueden identificarse tres criterios para demarcar los abusos graves de los derechos humanos. En primer lugar, el concepto de *jus cogens*, que introduce normas de derecho internacional que no pueden ser derogadas, incluyendo, entre otras cosas, la prohibición de la tortura, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. El segundo criterio de demarcación es la evaluación de si los abusos de los derechos humanos son generalizados y de carácter sistemático. Y el tercer criterio de demarcación entraña el análisis de si los abusos de los derechos humanos contradicen gravemente los objetivos de la política exterior de la UE consagrados en el artículo 21 del Tratado de la Unión Europea. Los objetivos de la política exterior de la UE incluyen, entre otras cosas, el fomento de sus propios principios fundacionales, como la democracia, el Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales, y el respeto de la dignidad humana.

A diferencia de la Ley Magnitsky Global de 2016 de los Estados Unidos, el mecanismo de derechos humanos de la UE no abarca actos de corrupción. Si bien la UE puede imponer sanciones por la malversación de fondos estatales mediante medidas específicas para cada país (por ejemplo, sanciones contra funcionarios de Ucrania)²⁴, el PE pidió en su resolución sobre un régimen europeo de sanciones por violaciones de los derechos humanos que se incluyeran los abusos y los actos de corrupción sistémica como uno de los delitos punibles con arreglo al régimen mundial de sanciones de derechos humanos de la UE. No obstante, el papel del PE es muy limitado en lo que respecta a los asuntos de política exterior, sin que pueda influir en la redacción de la Decisión del Consejo sobre la PESC. Al mismo tiempo, sigue siendo cuestionable si la corrupción debe entenderse como un grave abuso de los derechos humanos²⁵, a pesar de ser una amenaza para el sistema democrático y sus instituciones.

²³ Proponemos aplicar el sistema de sanciones a los participantes en el proceso de la pena capital como una suma de violaciones de los derechos humanos, todas ellas presentes en el nuevo instrumento, como la reciente ejecución de la ciudadana de Estados Unidos Lisa Montgomery ha ilustrado. <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-55642177>

²⁴ Véase, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/ukraine-crisis/>

²⁵ Ciertamente, el fenómeno de la corrupción y la violación de derechos humanos son conceptos que siempre se han entendido como fenómenos independientes, no necesariamente conectados. De hecho, en las principales declaraciones y pactos de derechos humanos no se incluye

La naturaleza mal definida de lo que se califica como violaciones graves de los derechos humanos constituye el principal desafío del nuevo mecanismo de sanciones en materia de derechos humanos. Sigue sin estar claro cómo trazar una línea fina entre las violaciones de los derechos humanos que entran en el ámbito de este marco temático de sanciones y las que deben ser objeto de medidas restrictivas específicas para cada país. Esa demarcación también entraña una jerarquía entre los derechos humanos que es difícil de cuadrar en el entendimiento de que todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. A falta de directrices precisas, existe el riesgo de crear lagunas *explotables* que conduzcan a decisiones arbitrarias, políticas o a la aplicación de un doble rasero. El Parlamento Europeo también mencionó en su resolución la necesidad de una definición clara del alcance de las violaciones. En este sentido, recordamos que existen dos sistemas de derechos humanos en Europa que no siempre conviven de forma armónica.

Por último, hasta ahora, la UE no ha designado a ninguna persona o entidad en virtud de este nuevo marco²⁶. El Consejo de la UE, a propuesta de un Estado miembro de la UE o de la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, será responsable de crear y mantener la lista de sanciones. Cualquier designación deberá ser aprobada por los 27 Estados miembros de la UE.

Además de responsabilizar a los infractores de los derechos humanos por sus acciones, estas sanciones tienen un efecto disuasorio. Esto se basa en el hecho de que las medidas restrictivas se aplican a los Estados, a los actores no estatales (entidades) y también a los individuos.

ninguna mención a los actos de corrupción, como actos constitutivos de violación de los derechos humanos. Sin embargo, sí es posible establecer una posible conexión conceptual entre el fenómeno de la corrupción y la violación de derechos humanos y en ese sentido, cabe señalar la conexión conceptual establecida en 2008 por Javier García Espinar: «El fenómeno de la corrupción (ya sea en forma de tráfico de influencias, o en forma de obtención de favores ilícitos a cambio de dinero u otros favores) constituye una vulneración de los derechos humanos por cuanto que generalmente entraña una violación del derecho a la igualdad ante la ley, y en ocasiones, llega a suponer una vulneración de los principios democráticos, conduciendo a la sustitución del interés público por el interés privado de quienes se corrompen».

²⁶ Recién cuando se redacta este texto, el 22 de febrero el Consejo de Asuntos Exteriores decidió aplicar medidas restrictivas para cuatro personas rusas responsables de graves violaciones de los derechos humanos, incluidas detenciones y encarcelamientos arbitrarios, así como de la represión generalizada y sistemática de la libertad de reunión pacífica y de asociación, y de la libertad de opinión y de expresión en Rusia. En concreto, Alexander Bastrykin, jefe del Comité de Investigación de la Federación Rusa, Igor Krasnov, fiscal general, Viktor Zolotov, jefe de la Guardia Nacional, y Alexander Kalashnikov, jefe del Servicio Penitenciario Federal, han sido incluidos en la lista por su papel en la detención arbitraria, el procesamiento y la condena de Alexei Navalny, así como por la represión de las protestas pacíficas relacionadas con su detención.

Las opiniones de los miembros de la sociedad civil de Uganda sugieren que las sanciones son un paso positivo que podría hacer que el Estado investigue las violaciones de los derechos humanos y que los autores rindan cuentas de sus actos.

V. Conclusión

La promoción del respeto de los derechos humanos forma parte de la piedra angular de la acción exterior de la UE (art. 21(2)(b) del TUE). El Régimen Global de Sanciones en materia de Derechos Humanos es un nuevo instrumento de política exterior que la UE puede desplegar para disuadir y castigar a los agentes estatales y no estatales responsables de graves violaciones de los derechos humanos en todo el mundo. Si bien el nuevo mecanismo de sanciones ofrece un mayor grado de flexibilidad y una simplificación de la toma de decisiones en contraste con las medidas específicas de cada país, introduce un concepto mal definido de las violaciones graves de los derechos humanos. La redacción de la Decisión y el Reglamento del Consejo no proporciona directrices claras sobre cómo trazar una fina línea entre los abusos graves y no graves de los derechos humanos. Además, esa jerarquía de derechos humanos es incompatible con el principio de que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí. Hay una falta de estudios sobre la eficacia de las sanciones en materia de derechos humanos, en el ámbito del derecho internacional. No obstante, la investigación de la experta en derechos humanos y política internacional, la profesora Van der Have, N.²⁷, es bastante ilustrativa para comprender el objetivo conceptual del nuevo régimen de sanciones de la UE en materia de derechos humanos, con dos críticas notables: en primer lugar, «el potencial de efectos negativos no deseados»²⁸ y, en segundo lugar, «el posible fracaso a la hora de inducir cambios de comportamiento»²⁹.

²⁷ <http://nienkevanderhave.nl/>

²⁸ Para los países en vías de desarrollo que dependen en gran medida de la ayuda exterior para la prestación de estos servicios esenciales, y por ejemplo, en esta coyuntura, dado que el COVID-19 está causando importantes trastornos en la economía mundial, es importante evaluar el posible impacto de las sanciones económicas sobre el derecho a la salud y el acceso a los medicamentos, suministros médicos y otros bienes esenciales de los Estados de la UE.

²⁹ Para evitar los efectos negativos de las sanciones económicas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 8, párrafo 14, presenta una directriz útil para que las entidades externas que aplican las sanciones «tomar medidas, individualmente y a través de la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y

Con este telón de fondo, queda por ver cómo se pondrá en práctica este nuevo mecanismo global de sanciones en materia de derechos humanos³⁰ y cómo interactuará con las tradicionales sanciones específicas para cada país contra los violadores de los derechos humanos.

Retomando el título de este texto, a modo imaginativo para sentar un precedente y obviar estas deficiencias se propone su aplicación para las autoridades de los países que desoyen las resoluciones de Naciones Unidas que proponen una moratoria de la aplicación de la pena capital, y que su reiteración supone la constatación de una norma de *ius cogens* también inserta en la norma europea, como vía previa a su abolición que cumpliría ampliamente los tres criterios arriba señalados. La posición abolicionista representa un núcleo duro de la política exterior de la UE y de su nuevo socio, el Reino Unido, desde la década de los noventa.

técnicas» para responder a cualquier sufrimiento desproporcionado que experimenten los grupos vulnerables dentro del país objeto de la sanción». Vid. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cre%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN8

³⁰ De hecho ya se han producido las primeras manifestaciones para su utilización, así el Ministro de Asuntos Exteriores luxemburgués, Jean Asselborn, y el Ministro de Asuntos Exteriores austriaco, Alexander Schallenberg, anunciaron públicamente que el nuevo marco podía considerarse una advertencia a Turquía, y ambos exigieron a la UE que tomara decisiones más concretas utilizando un lenguaje muy claro. En DW, «Maas: Our dialogues with Turkey had not yet borne fruit», 7 de diciembre de 2020, <https://www.dw.com/tr/maas-t%C3%BCrkiye-ile-diialog-%C3%A7abalar%C4%B1ndan-sonu%C3%A7-alamad%C4%B1k/a-55844298>. Por su parte el Parlamento Europeo el 11 de febrero de 2021 adoptó tres resoluciones sobre la situación de los derechos humanos en Uganda, Ruanda y Kazajistán. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210204IPR97122/human-rights-breaches-in-uganda-rwanda-and-kazakhstan>

NO HAY DOS SIN TRES (CUATRO, CINCO...): SOBRE LA ÚLTIMA EUROORDEN FALLIDA EN EL CONFLICTO CATALÁN

MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO

Profesora Titular de Derecho penal

Instituto de Derecho penal europeo e internacional. Universidad de Castilla-La Mancha

I. Introducción

Hace un par de años el homenajeador dirigía una obra colectiva bajo el título *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*¹. En ella analizaba de forma sistemática los delitos de rebelión y sedición en los países vecinos y apostaba por una mejor comprensión de los hechos para poder llevar a cabo una cooperación judicial fructífera que, como saben, no tuvo lugar. Puede decirse que esa actitud reacia a cooperar sigue estando presente actualmente. Si la vertiente europea del caso *Procés* fuese una serie de televisión, sus espectadores habrían sido testigos hasta ahora de varias temporadas y su fin no parece que vaya a tener lugar próximamente.

La primera vez que se dictaba una orden de detención y entrega europea (en adelante ODE) por los hechos del *Procés* fue allá por 2017. Puigdemont y otros líderes independentistas se habían fugado a Bélgica. Carles Puigdemont se trasladó a Alemania y nunca sabremos cual hubiese sido el desenlace de la euroorden en aquel momento, si bien ya incluso sin tener en cuenta lo que después ocurrió, se vaticinaban malos augurios para los intereses de la justicia española. Ya entonces circulaba el argumento de que el principio de doble incriminación de los

¹ Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A./Muñoz de Morales Romero, M. (dirs.), *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*, Ed. UCLM, 2018.

hechos o el riesgo de una persecución política harían inviable la entrega por parte de los jueces belgas².

En la segunda temporada, la serie se centró en personajes secundarios: los *ex-consellers*. Los jueces belgas denegaban en 2018 la euroorden cursada contra Toni Comín, Lluís Puig y Meritxell Serret, alegando «defectos de procedimiento» e «irregularidades». La justicia belga justificó la denegación en el asunto *Bob-Dogi*³. Una de las formalidades que debe cumplir el juez de emisión cuando dicta una orden de detención europea es indicar la existencia de la existencia de una «sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva de una detención» (art. 8.1 c) de la Decisión marco sobre la ODE, en adelante DM ODE)⁴. Dicho de otra forma, no basta con rellenar el formulario de solicitud de entrega, sino que junto a dicho formulario debe adjuntarse una orden de detención nacional.

En el caso en cuestión, las euródenes cursadas iban acompañadas de un auto de procesamiento por el que se confirmaba un auto de prisión, lo cual es propiamente dicho una orden de detención nacional (artículo 384 LECrim)⁵. Puesto que el juez belga fundamentó su resolución en el asunto *Bob-Dogi*, llama la atención que no aplicase todo lo que allí se indicaba. Y es que antes de denegar la entrega, algo que es excepcional, debía haber solicitado al juez español que le facilitase con urgencia toda la información complementaria necesaria para poder examinar si en efecto no existía ninguna orden de detención nacional previa y distinta a la orden de detención europea⁶. En otras palabras, la propia DM ODE establece en su artículo 15 un mecanismo de consulta entre ambos jueces implicados que se ha de utilizar cuando la autoridad judicial de ejecución considera que la información proporcionada por su homóloga de emisión es insuficiente para poder pronunciarse sobre la entrega. La escasa (o nula) utilización de este trámite entre autoridades belgas y españolas es habitual.

² Sobre la primera batalla de la euroorden en Bélgica, véase MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: «¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea?: El caso del *expresident* y sus *consellers* como ejemplo», en *Diario La Ley*, núm. 9096, 2017.

³ STJUE, de 1 de junio de 2016, asunto C-241/15, *Niculaie Aurel Bob-Dogi*.

⁴ Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados [DO L 190, 18 de julio de 2002].

⁵ Vid. BACHAMAIER WINTER, L., «Orden europea de detención y entrega, doble incriminación y reconocimiento mutuo a la luz del caso Puigdemont», en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A./Muñoz de Morales Romero, M. (dirs.): *Cooperar y castigar: El caso Puigdemont*, Ed. UCLM, 2018, p. 30.

⁶ STJUE, de 1 de junio de 2016, asunto C-241/15, *Niculaie Aurel Bob-Dogi*, apdo. 65.

En la tercera temporada la acción se traslada a Alemania. El *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* deniega la entrega de Carles Puigdemont en el caso del delito de rebelión al considerar que no se cumple el principio de doble incriminación⁷, si bien permitió la entrega en el caso del delito de malversación. En el último capítulo, el juez español rechazaba la entrega por malversación y decidía retirar el resto de las órdenes europeas e internacionales dictadas contra los líderes independentistas huidos por la geografía europea mostrando a su vez su disconformidad con la decisión adoptada⁸.

Junto a estas tramas principales, las tres primeras temporadas también nos han mostrado otras secundarias, aunque igualmente relevantes, como la relativa a la inmunidad de aquellos reclamados que hubiesen obtenido un escaño como eurodiputados o la no menos interesante sobre la competencia del juez de emisión (el juez español) para interponer una cuestión prejudicial ante el TJUE. Sin perjuicio de los debates que ambos temas han originado, no se abordarán estas tramas en este artículo más allá de lo que ahora se indicará. Respecto al tema de la inmunidad, ésta ya no *debería*⁹ ser un obstáculo tras haber levantado el Parlamento Europeo (PE) la inmunidad de Clara Pontasí¹⁰, Luis Comín y Carles Puigdemont a principios de 2021.

En relación con la competencia para interponer una cuestión prejudicial, tampoco debería ser ya un obstáculo para los intereses de la justicia española. El TJUE indicó en el *asunto AY* que los jueces de emisión también tenían competencia para plantear cuestiones prejudiciales¹¹. Reconocer al juez de emisión esta competencia le permite dar visibilidad a sus intereses los cuales quedan muy desprotegidos cuando existe una clara voluntad de no cooperar por parte del juez de ejecución. Esta desprotección es además todavía mayor cuando el juez de

⁷ Para un análisis de la doble incriminación en esta sentencia y en otros muchos supuestos, véase MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «Doble incriminación a examen: Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos», en *Indret*, 2019.

⁸ ATS, de 18 de julio de 2018.

⁹ No obstante, Carles Puigdemont ha declarado que van a recurrir ante el TJUE alegando razones de forma y de fondo. Por ejemplo, tuvieron un único ponente en la comisión de Asunto Jurídicos en vez de uno cada uno, como es lo habitual, algunos delitos por los que se acusaba no se especificaron correctamente, etc.

¹⁰ Por cierto, Clara Pontasí también fue protagonista en una ODE cursada al Reino Unido, en particular, a Escocia, cuya decisión se aplazó incumpliendo los plazos de resolución previstos en la normativa (60 días). El desenlace de esta ODE nunca se sabrá, pues finalmente se retiró por el juez español.

¹¹ Sobre esta sentencia, *Vid.* MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «¡Sí se puede! O sobre cómo la cuestión prejudicial no es monopolio del juez de ejecución», en *La Ley Unión Europea*, núm. 63, 2018.

ejecución es un órgano en última instancia, tal y como ocurría con la Audiencia Territorial de Schleswig-Holstein de Alemania. Podría incluso decirse que en un caso «difícil» la no interposición de una cuestión prejudicial por parte del juez de ejecución es ya sospechosa de una actitud contraria a la cooperación como regla general, máxime cuando no se explique por qué se trata de una cuestión clara que no requiere de ningún tipo de interpretación por parte del TJUE¹².

Esta contribución se configura como una reseña o crítica a la cuarta temporada que se estrenó en 2020 y tiene como protagonista también a un secundario, el *exconseller* Luis Puig. El Tribunal de Apelaciones de Bruselas dictó sentencia en enero de 2021¹³ denegando su entrega. Para ello utilizó distintas argumentaciones, algunas correctas otras; otras no tanto, y algunas con matices ausentes.

El líder independentista no era reclamado por la comisión de un delito de rebelión, sino por un delito de desobediencia y otro de malversación de caudales públicos. En relación con el primer delito, el tribunal belga consideró que se trataba de una infracción penal no sujeta al ámbito de aplicación de la ODE, lo cual es como veremos correcto si bien se conviene matizar algunos extremos (II). Respecto al delito de malversación, se consideró que no era un delito de corrupción y como tal no podía eximirse del control de la doble incriminación (III). Superado el control de la doble tipificación (que como se explicará después nunca debió haber tenido lugar), el tribunal belga no estimó que hubiese riesgo de vulneración del derecho a un proceso justo. Por el contrario, sí que determinó la existencia de riesgo de vulneración del derecho a un juez legal imparcial vinculándolo a la falta de competencia del TS para emitir la ODE (IV).

II. El delito de desobediencia no está dentro del ámbito de aplicación de la ODE porque no se castiga con una pena de prisión

El artículo 410 del CP español castiga como autor de un delito de desobediencia a la autoridad o funcionario público que se niega abiertamente a dar el debido cumplimiento a una resolución judicial, entre otras. Lo relevante de este delito desde la óptica de la cooperación ju-

¹² *Ibidem*, p. 4.

¹³ *Arrest van het Hof van Beroep Te Brussel*, Nr. Van het arrest 2021/79, 7 de enero de 2021.

dicial no es precisamente la norma de conducta, sino la de sanción. La desobediencia se castiga con penas de multa (de 3 a 12 meses) y de inhabilitación especial para empleo o cargo público (de 6 meses o 2 años). El ámbito de aplicación de la ODE es muy claro: Se puede dictar una euroorden en el caso de hechos delictivos que lleven aparejada una pena o medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima de al menos 12 meses¹⁴. Dado que el delito de desobediencia se castiga con penas de inhabilitación y multa, el tribunal belga denegó la entrega por este delito.

Aunque esta decisión es correcta, conviene ir más allá del caso en cuestión y matizar algunos aspectos importantes.

El caso de Lluís Puig es un supuesto de infracciones conexas. Es decir, se solicitaba su entrega por un delito que cae dentro del ámbito de aplicación de la euroorden al estar castigado con una pena de prisión superior a 12 meses, la malversación de caudales públicos, y otro, el delito de desobediencia, que no estaría dentro de dicho ámbito porque se castiga con una pena de distinta naturaleza (multa y/o inhabilitación).

A diferencia del *Convenio europeo de extradición, de 13 de diciembre de 1957* o del *Convenio relativo a la extradición entre los EEMM de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996*, la DM ODE no contiene disposiciones específicas sobre infracciones conexas (aquellas que o bien no cumplen el umbral necesario de los 12 meses para dar lugar a la extradición o bien se castigan con penas distintas a las privativas de libertad, por ejemplo, una sanción pecuniaria). En la práctica, algunos EEMM suelen permitir la entrega mientras que otros no¹⁵. Lo que normalmente ocurre es que la autoridad del Estado de emisión incluye en el formulario de solicitud de la entrega las infracciones conexas con la finalidad de obtener el consentimiento del Estado de ejecución. Si este último no accede a infracciones conexas, serían de aplicación las reglas relativas al principio de especialidad del artículo 27 DM *euroorden* que impide el enjuiciamiento o condena por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que la hubiere motivado. Sin embargo, existen excepciones. Una de ellas permite el enjuiciamiento

¹⁴ Artículo 2.1 DM ODE. Si se trata de una orden de detención europea a efectos de condena, le pena impuesta deberá ser igual o superior a 4 meses.

¹⁵ Véase *Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas*, p. 14. En este manual se anexa una *Lista de Estados miembros cuyos ordenamientos jurídicos pueden permitir la entrega por infracciones sancionadas con una pena inferior al umbral de los 12 meses* (p. 82). Entre ellos no figura el Reino de Bélgica (por cierto, tampoco España).

por infracciones distintas cuando la infracción no sea punible con una pena o medida de seguridad privativas de libertad, aunque éstas pudieran restringir la libertad individual de la persona entregada (por ejemplo, el impago de la multa que da lugar a responsabilidad personal subsidiaria en algunos países).

En atención a esta última excepción al principio de especialidad, si el juez belga hubiese procedido a la entrega por la comisión de otro delito, hubiese sido posible el enjuiciamiento de Puig por un delito de desobediencia sin necesidad de contar ni con el consentimiento del juez belga ni con el del reclamado.

III. La malversación *no* es corrupción

Cuando se trata de determinados delitos incluidos en la lista del artículo 2.2 *DM ODE* y que además se castigan con penas máximas de al menos 3 años, no es necesario comprobar que el delito por el que se solicita la entrega está también tipificado como tal en el ordenamiento del Estado de ejecución. Dicho de otra forma, no se debe controlar la doble incriminación.

El mayor problema que plantea el sistema de «lista» al emitir en general un instrumento de reconocimiento mutuo y, en particular, una ODE es el de determinar hasta qué punto los hechos objeto del procedimiento son subsumibles o no en alguna de las categorías prescritas en dicha «lista»¹⁶. Ello se debe a que algunas categorías no tienen correspondencia con tipos penales previstos en algunos EEMM (por ejemplo, el tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos en algunos países¹⁷), o bien tienen una denominación alejada de la que tradicionalmente se utiliza (por ejemplo, en España los delitos de alta tecnología). En otros casos se trata de denominaciones muy genéricas como es la corrupción, cate-

¹⁶ Sobre estos problemas del sistema de lista, véase LÓPEZ ORTEGA, J. J., «La orden de detención europea: Legalidad y jurisdiccionalidad de la entrega», en *Jueces para la democracia*, 2002, núm. 45, pp. 29-32. Muy críticamente en la doctrina española por lo inabarcable de las categorías de infracciones y su falta de precisión, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento. Perspectivas alemana y española*, Marcial Pons, 2006, pp. 138 ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, A., «La euroorden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, núm. 14, p. 39.

¹⁷ En España, por ejemplo, no se estableció un delito específico de tráfico de órganos hasta la reforma de 2015.

goría delictiva que fue precisamente la que dio lugar a suspicacias en el caso *Lluís Puig*¹⁸.

Cuando un juez emite una ODE debe tachar en el formulario de emisión la casilla correspondiente de la lista para que así el juez de ejecución no proceda a controlar la doble incriminación. Aunque el juez de emisión tiene competencia exclusiva a la hora de marcar la casilla¹⁹, son posibles algunos controles de naturaleza residual por parte del juez de ejecución con la finalidad de asegurarse que los hechos descritos en el formulario realmente se corresponden con la categoría delictiva marcada. Sería el caso, por ejemplo, de errores manifiestos o divergencias en las legislaciones relevantes (marcar la casilla de asesinato cuando los hechos se refieren claramente a un aborto)²⁰.

El Derecho belga permite controles de esta naturaleza para garantizar que «se ha marcado bien» la casilla correspondiente a una de las categorías de infracciones. En efecto, la *Circulaire ministérielle relative au mandat d'arrêt européen, de 8 de agosto de 2005* (3.1.2) indica que la autoridad judicial de ejecución controlará de *forma genérica* que el hecho por el que se fundamenta la solicitud de entrega tiene cabida en alguna infracción de la lista (énfasis añadido). El propio tribunal belga indica que como Estado de ejecución «solo tiene un poder marginal de revisión» (FJ 2.2.). Compete ahora juzgar si el control ejercido por el juez belga fue marginal y correcto.

Por todos es sabido que no existe una definición única de corrupción. De hecho, es siempre una cuestión debatida fijar el concepto de esta categoría delictiva. La ODE no define qué ha de entenderse por «corrupción», puesto que su finalidad no es armonizar las categorías delictivas que aparecen en la lista y que eximen del control de la doble incriminación²¹.

¹⁸ Y no solo en este caso, también ante los jueces alemanes. Véase «Oberlandesgericht Schleswig-Holstein [OLG Schleswig-Holstein] [Higher Regional Court of Schleswig-Holstein] July 12, 2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18)», en *Neue Juristische Wochenschrift* [NJW] 93, 2019 (Ger.). En esta sentencia, el OLG reconoció la naturaleza compleja del concepto de corrupción y la falta de una definición estandarizada. Sin embargo, optó por un enfoque de consenso admitiendo que los EEMM de la UE habían llegado a un acuerdo respecto a que ciertos hechos podían tener cabida en la categoría de corrupción como eran los narrados en la ODE contra Puigdemont: la financiación con fondos públicos del referéndum pese a su declaración de inconstitucional por parte del TC español.

¹⁹ Véase el comentario al artículo 81 de la Ley alemana de cooperación judicial internacional de Böse, M. en Grützner, H. (dir.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen. Die für die Rechtsbeziehungen der Bundesrepublik Deutschland mit dem Ausland in Strafsachen maßgeblichen Bestimmungen*, 3.^a Ed. art. 81 IRG, núm. marg. 58.

²⁰ Así, BARBE, E., «El principio de doble incriminación», *op. cit.*, p. 201.

²¹ STJUE, de 3 de mayo de 2005, C-303/05, *asunto Advocaten voor de Wereld VZW*.

La argumentación del tribunal belga se basa en que el concepto amplio de corrupción que se maneja en algunas organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el FMI, el Consejo de Europa, la OCDE y la mismísima ONU no son vinculantes. Parece como que estos documentos que definen el término «corrupción» son normas de *soft-law*, lo cual es verdad en algunos casos²² pero no en otros muchísimos. Para saber si un concreto delito tiene cabida en una de las categorías de infracciones de la lista se ha de recurrir precisamente a los convenios internacionales o normas europeas que han armonizado determinados tipos penales (decisiones marco y directivas)²³. Se trata de normas que tienen naturaleza vinculante. Así ocurre con la *Convención de NNUU contra la corrupción*²⁴, de la que no solo España es parte desde hace tiempo²⁵ sino también la propia UE²⁶ e incluso el Reino de Bélgica. Su artículo 17 establece lo siguiente: «Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la *malversación* o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un *funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades*, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo» (énfasis añadido).

De lo anterior se deducen varias cosas. La primera es que en el ámbito internacional²⁷ la corrupción acoge distintos tipos penales, no solo el clásico delito de cohecho. La malversación, pues, es corrupción²⁸. La

²² *Pacto Global o el Pacto Mundial de Naciones Unidas*, por ejemplo (<https://www.pactomundial.org/>, último acceso 1 de junio de 2021).

²³ Así, Jiménez Villarejo, C., «Reflexiones sobre el concepto de corrupción a propósito de la orden de detención europea», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 9 de enero de 2003, pp. 11 ss.

²⁴ *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003*.

²⁵ *Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003* (BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006, pp. 27132 a 27153).

²⁶ *Decisión 2008/801/CE del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (DO L 287, 29 de octubre de 2008).

²⁷ Para un análisis de los convenios europeos e internacionales sobre corrupción y las conductas punibles en el CP español que cabe reputarlas como comportamientos corruptos, véase MARTÍNEZ MADERO, D., «Ámbito de aplicación de la euroorden. Líneas de interpretación», en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A. (Dirs.)/Muñoz de Morales Romero, M. (coord.), *La orden de detención y entrega europea, op., cit.*, pp. 104-111.

²⁸ E incluso la corrupción entre privados. Así, NIETO MARTÍN, A., «La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea (art. III-274 de la Constitución Europea)», en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A. (coords.), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, UCLM, Cuenca, 2006, pp. 87-88.

segunda es que este convenio es vinculante. La tercera es que realmente la redacción de este tipo penal exige alguna ventaja para el autor o para terceros u otras entidades. Es decir, la corrupción, en general, y en particular, la malversación, implican «alguna ventaja para el autor o para terceros a los que pretende beneficiar»²⁹. Ahora bien, el artículo 65.2 de la *Convención anticorrupción* establece que los Estados parte pueden «adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción». Por tanto, los Estados pueden configurar los tipos penales con menos elementos constitutivos de la infracción.

Pues bien, el tribunal belga reduce la corrupción al cohecho porque al igual que se estipula en el ámbito internacional, «(...) el Derecho penal belga (...) también contempla el aprovechamiento ilícito como uno de los elementos constitutivos del delito». No es de extrañar esta postura si se acude a su CP, ya que en él se ubica, por un lado, el capítulo III del Título IV que incluye figuras que tienen cabida en nuestra malversación de caudales públicos (artículo 240-245), y en el capítulo IV (artículos 246 y siguientes) las figuras de cohecho (*corruption de personnes qui exercent une fonction publique*). En definitiva, para los belgas corrupción equivale a cohecho y como el Sr. Puig no recibió, aceptó ni solicitó ninguna ventaja indebida a cambio de autorizar parte de los costes postales o de adjudicar el contrato a una empresa para hacer las papeletas del referéndum ilegal, el juez español tachó incorrectamente la casilla «corrupción». Por tanto, procede el control de la doble incriminación.

Es curioso que el tribunal belga indique que «solo la interpretación española del concepto sirve en la presente evaluación» (énfasis añadido), porque en palabras de BARBE, «¿qué juez sería tan pretencioso como para considerar que es capaz de interpretar el Derecho de un país extranjero mejor que un juez de dicho país?»³⁰. Pues bien, ya tenemos una respuesta: el belga³¹. En su sentencia apunta que «nada indica que

²⁹ *Arrest van het Hof van Beroep Te Brussel*, Nr. Van het arrest 2021/79, 7 de enero de 2021, FJ. 2.5.1.

³⁰ Barbe, E., «El principio de doble incriminación», en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A. (dirs.)/Muñoz de Morales Romero, M. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Ed. UCLM, Cuenca 2006, p. 200.

³¹ Su conocimiento del CP español es tal que incluso indica que el artículo 432 del CP español prevé una circunstancia agravante cuando el delito de administración desleal del artículo 252 CP se comete por una autoridad o funcionario. Sin embargo, el delito de malversación es un tipo penal autónomo que «comparte» ahora conducta típica con el delito de administración desleal cometido por particulares pero cuyo bien jurídico protegido no solo es el patrimonio (como ocurre en el artículo 252 CP), sino también «el correcto funcionamiento de la actividad patri-

el Derecho penal español interprete [el concepto de corrupción] de forma diferente» (FJ. 2.5.1), es decir, que solo hay corrupción cuando existe beneficio. Da la casualidad de que, en el CP español, el capítulo VII del Título XIX está dedicado a la malversación, figura directiva que «junto al cohecho integran el máximo exponente de la corrupción de los funcionarios públicos»³² y de que la malversación en la modalidad de administración desleal no exige enriquecimiento. En otros términos, el posible o probable beneficio (directo o indirecto) del servidor público o incluso aquél que pueda obtener un tercero es irrelevante en la configuración del tipo³³.

Ha de resaltarse que, como autoridad de ejecución, la Audiencia Nacional ha procedido a controlar la doble incriminación en el caso de un delito de malversación al menos en una ocasión³⁴, aun cuando el juez de emisión había marcado en el formulario la casilla de «corrupción» para eludir dicho control. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que los hechos de esa sentencia se referían a un delito de apropiación indebida cometido entre particulares que, obviamente no tiene cabida en el concepto de corrupción. La Audiencia Nacional fundamentó el control de la doble tipificación ejerciendo lo que la DM ODE autoriza, esto es, realizando un poder marginal de revisión, no un poder exhaustivo que es lo que ha hecho el tribunal belga y además sin conocer correctamente la praxis e interpretación española sobre la cuestión.

monial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios» (STS, de 1 de diciembre de 2000). No obstante, es verdad que una parte de la doctrina sigue entendiendo que el bien jurídico de este delito es el patrimonio público, configurándose el deber de fidelidad del funcionario respecto de la Administración forma parte solo del medio comisivo de la acción, pero no del bien jurídico. Antes, NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Ed. Praxis, 1996, pp. 240 y 241; DE LA MATA BARRANCO, N./ETXEBARRÍA, J., *Malversación y lesión del patrimonio público*, Barcelona. J. M. Bosch Editor, S. A., 1995, pp. 79 ss.

³² Quintero Olivares, G. (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 10.ª Ed., 2016, p. 1772.

³³ En la doctrina, NIETO MARTÍN, A.: «Lección XXII. Corrupción y abuso de poder», GÓMEZ RIVERO, M.ª C., *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, Vol. II, 2019, p. 521; MIR PUIG, C., «La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español», en *ADPCP*, vol. LXVIII, 2015, pp. 192, 198; Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, op. cit., p. 680; DE LA MATA BARRANCO, N./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./LASCUARAIN SÁNCHEZ, J. A./NIETO MARTÍN, A.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Dykinson, 2018, p. 267; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal*, Ed. Atelier, 2019, p. 386. En la jurisprudencia, entre otras, véanse las SSTS 211/2008, de 27 de enero de 2009; 2172/2008, de 17 de junio de 2009; 1416/2008, de 7 de julio de 2009; 656/2013, de 22 de julio; 91/2013, de 1 de febrero y 517/2013, de 17 de junio.

³⁴ SAN núm. 84/2008, de 12 de diciembre.

La desconfianza aquí ha aflorado paradójicamente en nombre de la confianza y conocimiento de los jueces belgas en la praxis española sobre la cuestión. El problema es que desde la óptica del ordenamiento español la malversación es corrupción y esta en determinados casos no exige enriquecimiento. Teniendo en cuenta que es el Derecho del juez de emisión –el español– el que se tiene de referencia para marca la casilla del formulario y que el delito de malversación sobre caudales públicos se castiga en España con una pena máxima de prisión de 6 años, por tanto, superior a los 3 años que exige la norma europea para eludir el temido control, el juez belga tendría que haberse abstenido de enjuiciar la doble incriminación.

Pero, es más, el principio de cooperación leal³⁵ le debería haber llevado también a no controlar la doble incriminación. Dicho principio obliga a los EEMM a interpretar el Derecho de la UE, en general, y, en particular, las normas de reconocimiento mutuo de una forma favorable al cumplimiento de sus fines. En el caso de la ODE está en juego evitar la impunidad como fin prioritario, por supuesto, respetando los derechos de la persona reclamada. Ello implica que la regla general es cooperar, mientras que la excepción es no cooperar³⁶. Por tanto, a la hora de interpretar las disposiciones de la ODE se ha de buscar aquella que vaya encaminada precisamente a cooperar. En este sentido, aun interpretado como hace el juez belga que el español tachó «mal» la casilla «corrupción» del formulario, podría no haber controlado la doble incriminación entendiendo que los hechos también tenían cabida en la casilla «fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de la UE». El artículo 4.3 de la *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*³⁷ obliga a los EEMM a castigar por la vía penal los casos dolosos de malversación entendiéndose por tal el «acto intencionado realizado por cualquier funcionario a quien se haya encomendado directa o indirectamente la gestión de fondos o activos, de comprometer o desembolsar fondos, o apropiarse o *utilizar activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos* y que perjudique de cualquier manera a los intere-

³⁵ STJUE, de 10 de agosto de 2017, asunto C-270/17, *Tupikas*; y de 25 de julio de 2018, asunto C-216/18 PPU, LM. La regla general es cooperar, pues el pilar básico del principio de reconocimiento mutuo es la existencia de una confianza recíproca entre los EEMM.

³⁶ Entre otras, *vid.* STJUE de 10 de agosto de 2017, asunto C-270/17, *Tupikas*; y de 25 de julio de 2018, asunto C-216/18 PPU, LM.

³⁷ DO L 198, 28 de julio de 2017.

ses financieros de la Unión» (énfasis añadido). Este tipo de comportamientos se califican como defraudaciones. Tan conocedor del ordenamiento español como parece ser, el tribunal belga debería haberse percatado de que el CP español a la hora de tipificar el delito de malversación de caudales públicos (artículo 432 CP) se remite a las conductas típicas de gestión desleal (artículo 252 CP) y de apropiación indebida (artículo 253 CP) cometidas por particulares y estos tipos penales se ubican sistemáticamente en el capítulo VI consagrado a las *defraudaciones*. En definitiva, considerar que se trataba de unos hechos que tenían cabida también en la casilla «fraude» del formulario, hubiese sido el ejemplo de un juez de ejecución «cooperador».

Con todo, el control de la doble incriminación en este supuesto no fue problemático, pues el artículo 240 del CP belga tipifica la apropiación indebida por parte de una persona que ocupa un cargo público de los fondos públicos o privados que gestiona en virtud de su cargo. Dado que el desvío de una parte del presupuesto para fines distintos respecto de los que se previó puede ser también constitutivo en Bélgica, la condición de doble incriminación se cumplió (FJ 2).

IV. Los derechos fundamentales como motivo de denegación

Los abogados del reclamado alegaron riesgo de vulneración de varios derechos fundamentales reconocidos tanto por el CEDH como por la CDFUE. Empezaré por los menos controvertidos: el principio de legalidad (1) y el principio de proporcionalidad de las penas (2). Y terminaré con el más problemático: el derecho a un juez legal y su vinculación con la (in)competencia del TS para juzgarle (3).

1. El principio de legalidad

La defensa del reclamado alegó que el Sr. Puig iba a ser juzgado por la celebración de un referéndum ilegal, siendo un hecho no constitutivo de delito. En el fondo este control es un resquicio del principio de doble incriminación. Este principio exige que los hechos por los que la persona es reclamada sean constitutivos de delito tanto en el Estado de emisión como en el de ejecución. Aquí incluso se observa un exceso de control, porque cuando se invoca este principio (cosa que no hace el tribunal belga expresamente, pero sí tácitamente), el juez de ejecución

analiza si los hechos son delito al amparo de su Derecho interno, pero no al amparo del Derecho del Estado de emisión, puesto que el juez de emisión está mejor posicionado para tal tarea. Ello obedece al principio de división de trabajo entre jueces autónomos³⁸. Y es que como se ha indicado en otros trabajos en relación con la doble incriminación «los jueces de otros Estados se han convertido en jueces enjuiciadores o sentenciadores»³⁹. En esta resolución judicial se da incluso una «vuelta de tuerca», puesto que el juez de ejecución no solo enjuicia si los hechos son constitutivos de delito en Bélgica sino también en España.

Al menos este control –que nunca debió acontecer– sirvió para que el tribunal belga explicase muy bien que «el hecho de que la celebración de un referéndum ilegal *ya no* sea punible como tal (...) *no* impide que los organizadores sean procesados por otros delitos supuestamente cometidos con ese fin» como puede ser la malversación de caudales públicos. Dado que dicho delito de malversación estaba vigente en el momento de cometerse los hechos, no se produjo vulneración alguna.

2. El principio de proporcionalidad de las penas

La defensa indicó que el CP español prevé en abstracto para la malversación una pena máxima de prisión de 12 años, de 30 años de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y una multa⁴⁰ y que, en concreto, se condenó a prisión de 12 y 13 años a algunos de los líderes independentistas. La verdad es que el tribunal belga adoptó una postura de *favor cooperationis*, pues indicó que se trataba de penas en abstracto y que como tales no significa que se fuesen a imponer de forma real y automática.

El principio de proporcionalidad de las penas se prevé en el artículo 49.3 CDFUE y como tal no es descabellado plantearse si un juez de ejecución puede alegarlo como motivo de denegación. La cuestión no es si se puede controlar la proporcionalidad, sino más bien con qué grado de intensidad debe realizarse dicho control. Algunos jueces alemanes, por ejemplo, se han decantado por la denegación de la entrega solo cuando la pena manifestamente desproporcionada y para ello ha-

³⁸ En este sentido, *vid.* NIETO MARTÍN, A., «Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo», en *La Ley. Unión Europea*, núm. 59, año VI, mayo 2018, p. 6.

³⁹ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «¡Sí se puede!..., *op. cit.*, p. 1.

⁴⁰ Por aplicación del tipo agravado del artículo 432.3 CP, último párrafo.

brá que atender a la gravedad del delito y potencial pena a imponer, así como la existencia de alternativas al proceso en el Estado miembro de emisión, las elevadas probabilidades de no comparecencia, la posibilidad de presentarse ante la policía, etc.⁴¹. Dicho de otra forma, la clave no está en la pena en abstracto, ni siquiera en la (potencial) pena en concreto, sino también en su régimen de suspensión y ejecución con el acceso temprano al tercer grado sin activación de periodos de seguridad. Una pena de prisión de 5 años en Portugal puede suspenderse con carácter general, mientras que una en España no. Se trata de un problema de armonización de las penas en la UE en el que no es posible detenerse ahora, pero que ya está siendo objeto de debate⁴².

3. *El derecho a un proceso justo*

El extremo más importante de esta resolución que fundamenta el rechazo de la entrega es el riesgo de vulneración a un proceso equitativo en su manifestación de derecho a un juez legal. En opinión de la justicia el belga, en el caso de producirse la entrega del Sr. Puig, se violaría el derecho a un juez legal porque quien ha de enjuiciar los hechos no es el TS, sino un juez o tribunal catalán. En otros términos: Se deniega la entrega del Sr. Puig activando el motivo de denegación de los derechos fundamentales. Pero dicho motivo no se puede aplicar de forma automática. Requiere, por el contrario, el cumplimiento de una serie de requisitos.

3.1 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO FRENO A LA COOPERACIÓN

Hasta los asuntos *Caldararu* y *Aranyosi* la lógica que imperaba era que el juez de ejecución no podía denegar una entrega por violación de derechos fundamentales y ello porque se partía de la presunción de que todos los EEMM respetaban los derechos fundamentales al formar parte del CEDH. De hecho, muy pocos son los instrumentos de reconoci-

⁴¹ Sentencia del Tribunal Regional Superior de Stuttgart, de 25 de febrero de 2010-1 Aul. (24) 1246/09. En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Regional de Karlsruhe, de 15 de marzo de 2007-1AK 15/07, de 5 de abril de 2007-1AK 17/07 y de 26 de junio de 2007-1 AK 16/06.

⁴² Satzger, H. (Hrsg.): *Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union*, Nomos, 2020.

miento mutuo que expresamente prevén los derechos fundamentales como motivo de denegación. Tan solo la orden de investigación europea⁴³, los prevé expresamente como motivo de no cooperación.

Esta gran ausencia se intentó compensar con una cláusula genérica que permitiría controles excepcionales en determinados supuestos. Así, por ejemplo, el artículo 1.3 DM ODE establece que la decisión marco «no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea». Algunos EEMM utilizaron este precepto como base para introducir los derechos fundamentales como motivo de denegación en las respectivas leyes nacionales de transposición⁴⁴. Así, por ejemplo, el artículo 4(5) de la norma de implementación belga obliga a los tribunales de instrucción a denegar la ejecución de euroórdenes si existen razones fundadas para creer que la persona en cuestión no tendrá un juicio justo en el Estado de emisión. La Comisión europea en sus informes nunca ha sancionado esta práctica, siempre y cuando los controles fuesen excepcionales.

El TJUE no abordó la cuestión directamente hasta 2016⁴⁵ en los asuntos acumulados *Caldararu y Aranyosi*⁴⁶. En estos asuntos se preguntaba al TJUE si era posible denegar una entrega porque las cárceles del Estado miembro de emisión no cumplían los estándares europeos relativos a las condiciones de reclusión, existiendo así un riesgo de vulneración del derecho a la prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes.

El TJUE admitió el control si bien lo sometió a dos filtros. En primer lugar, el juez de ejecución debe constatar riesgos genéricos o estructurales como pueden ser las deficiencias sistémicas en los centros peni-

⁴³ La excepción es el artículo 11.1.f) de la *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal* (DO L 130, 1 de mayo de 2014).

⁴⁴ Hasta dos tercios de los EEMM lo han hecho. Véase el *Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, p. 5 [COM/2006/0008 final]. Véase, por ejemplo, el art. 73 de la ley de reconocimiento mutuo alemana. Para un comentario de esta cláusula de orden público, *vid.* VOGEL EN BÖSE, M., *et al.*, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, Heidelberg, C. F. Müller, 3rd Ed., numeral 131 ss.

⁴⁵ A decir verdad, sí se había pronunciado antes sobre el tema de una forma superficial en su Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014 (apdos. 191-192), indicando a este respecto que el control por parte de los EEMM del respecto de los derechos fundamentales solo podía tener lugar en circunstancias excepcionales. Asimismo, en *Radu* (STJUE, de 29 de enero de 2013, asunto C-396/11), tuvo la ocasión, pero prefirió sortear la respuesta (apdos. 40-43). Véase MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *Derecho penal europeo, op., cit.*, p. 199.

⁴⁶ STJUE, de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, *Caldararu y Aranyosi*.

tenciarios, la pertenencia a un determinado grupo que es objeto de condiciones de reclusión con carácter general más duras (por ejemplo, en el caso de los homosexuales) o, incluso, riesgos asociados a las condiciones de reclusión en determinados centros penitenciarios. La verificación del riesgo genérico no basta, pues el rechazo a la entrega requiere también individualizar o concretar dicho riesgo genérico⁴⁷. Así, por ejemplo, si el juez de emisión garantiza que el sujeto reclamado cumplirá prisión en un centro penitenciario concreto que cumple con los estándares europeos de reclusión, la entrega no podría denegarse.

Los riesgos se han de probar, indica el TJUE, a través distintas fuentes: decisiones judiciales procedentes de tribunales internacionales (TEDH, etc.); decisiones judiciales procedentes del Estado miembro de emisión de la orden de entrega; informes o decisiones, etc. de órganos del Consejo de Europa o de Naciones Unidas, etc. Dichos elementos de prueba han de ser objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados.

3.2 LA AUSENCIA DEL DOBLE FILTRO EN EL EXAMEN REALIZADO POR EL TRIBUNAL BELGA

Tal y como se acaba de indicar, la doctrina *Caldararu y Aranyosi* obliga a los jueces de ejecución a realizar un análisis en dos tiempos para verificar el riesgo de vulneración de derechos fundamentales. De hecho, se ha intentado con casos posteriores prescindir de alguno de los

⁴⁷ Este es el enfoque también del TC español. Véase la STC 199/2009, de 28 de septiembre. En este caso un juez rumano solicitaba la entrega de un ciudadano de nacionalidad británica para el cumplimiento de una pena de cuatro años de prisión por delito de explotación sexual infantil. El TC español alegó que para denegar la entrega por riesgo de persecución en razón de la condición sexual (homosexual) del recurrente era preciso aportar «determinados y concretos elementos (...)», lo que implica que el temor o riesgos aducidos han de ser fundados, en el sentido de mínimamente acreditados por el propio reclamado, debiendo efectuar concretas alegaciones en relación a su persona y derechos, y sin que sea suficiente la formulación de alusiones o alegaciones genéricas sobre la situación del país». Los riesgos denunciados por el recurrente eran de carácter genérico: situación de discriminación y persecución que sufren en Rumania los homosexuales, condiciones de hacinamiento de las cárceles rumanas, etc. Lo mismo cabe decir respecto al caso *Jaso, López y Hernández* en el que la *High Court* británica indicó que tener en cuenta con carácter sistemático los riesgos de tortura o trato degradante pondrían en tela de juicio la presunción de confianza entre los EEMM, si bien manifestó su preocupación sobre la situación en España detectada en algunos informes de órganos internacionales. Véase *Jaso, López and Hernández v. Central Criminal Court* núm. 2, Madrid [2007] EWHC 2983 (Admin.). Más recientemente, sobre las entregas a Polonia, véanse, entre otras, las sentencias de la *High Court* irlandesa, de 19 de noviembre de 2018, [2018] IEHC 639; de la *High Court of Justice* de Inglaterra y Gales, de 31 de octubre de 2018 [2018] EWHC 2848 (Admin); y de la *Sheriff Court of Lothian and Borders* de Edimburgo, [2019] SC EDIN 37.

filtros para activar el motivo de denegación. Así fue en el *asunto LM*⁴⁸, en el cual se preguntaba al TJUE si era posible denegar una entrega simplemente constatado el riesgo genérico sin necesidad de probar el riesgo concreto. Y el Tribunal de Luxemburgo fue tajante: El doble test es la única vía para activar el motivo de denegación basado en el riesgo de vulneración de derechos fundamentales, a no ser que exista una constatación por parte del Consejo de una violación grave y persistente de los valores comprendidos en el artículo 2 TUE.

En algún pasaje de la sentencia belga se observa un tímido intento de plantear una suerte de riesgo sistémico fundamentado en la falta de independencia de los miembros del TS. La defensa del Sr. Puig quiso elevar ante el juez belga todas las susceptibilidades que acarrea el nombramiento de sus miembros para justificar que la entrega conllevaba un riesgo de persecución política para su cliente. No obstante, el tribunal belga calificó este argumento de «no convincente», ya que las vulneraciones de derechos fundamentales deben ser fundadas, es decir, deben basarse en datos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que demuestren la existencia de deficiencias o sistémicas o generalizadas o que afecten a ciertos grupos de personas⁴⁹. En este sentido, la justicia belga llegó a la conclusión de que los informes y publicaciones presentados por el reclamado *no tenían ninguna relación con el proceso penal incoado contra él* y que las condenas del TEDH a España tampoco eran suficientes por sí mismas para desvirtuar la presunción de confianza recíproca entre EEMM de la UE. De lo contrario, y esto es ya una añadido de quien escribe estas páginas, cualquier entrega estaría vetada, pues todos los EEMM, sin excepción han sido condenados por el TEDH en alguna ocasión. Los informes presentados por el grupo Praga a los que la defensa también se aferró no merecieron el calificativo de prueba válida por falta de fiabilidad sobre la objetividad de sus autores.

Por otro lado, el tribunal belga también analizó la persecución política como un riesgo concreto. A este respecto indicó que «nada hac(ía) temer que el reclamado (...) (fuese) a ser juzgado o condenado por sus opiniones políticas», pues el Sr. Puig no estaba siendo procesado por una opinión política, sino por su presunta participación en unos delitos de derecho común cometidos por razones políticas. En cualquier

⁴⁸ STJUE, de 25 de julio de 2018, asunto C-216/18 PPU, LM. La necesidad del doble test se volvió a confirmar recientemente en la STJUE, de 17 de diciembre de 2020, asuntos acumulados C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, L y P/Openbaar Ministerie.

⁴⁹ Siguiendo así, entre otras, la STJUE, de 15 de octubre, C-128/18, *asunto Dumitru-Tudor Dorabantu*, apdo. 52.

caso, apuntó el tribunal belga, el principio de especialidad, en el supuesto de proceder a la entrega, vetaría un enjuiciamiento por un delito distinto al que da lugar la entrega.

En realidad, la situación que rodea al Sr. Puig es la de ausencia (no constatación) de deficiencia sistémica o generalizada –algo que el propio tribunal belga afirma– pero con existencia de un riesgo de violación concreto (derecho a un juez legal). Recapitulemos los hechos para entender mejor la controversia.

Por un lado, en virtud del artículo 14.4 de la LECrim española, tienen competencia para perseguir este tipo de delitos (castigados con una pena de prisión superior a los 5 años) «la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido (...)». Por otro lado, el TS tiene competencia, según el artículo 71.3 de la CE, para conocer de los delitos imputados a diputados y senadores. Su competencia se extiende también de conformidad con el artículo 57.1 LOPJ, al conocimiento de los procesos penales dirigidos contra los diputados de los *parlamentos regionales cuando los estatutos de autonomía así lo prevean* (énfasis añadido). El artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía catalán otorga la competencia al TSJ de Cataluña cuando los hechos se cometen por parlamentarios regionales a no ser que los hechos se hayan cometido fuera del territorio regional. En este último caso, la competencia recae en el TS. El Sr. Puig no era diputado ni del congreso de los diputados ni tampoco del parlamento catalán, ya que renunció a su escaño a principios de 2018⁵⁰. Dicho de otro modo, no era aforado. ¿Por qué entonces el TS se adjudicó la competencia?

Al igual que ya ocurrió en la sentencia del caso *Procés*⁵¹, el TS tuvo que justificar la extensión de su competencia a hechos cometidos por personas no aforadas recurriendo a la doctrina de la conexión material inescindible de los investigados con las personas aforadas. La aplicación de esta doctrina da lugar a un distinto desenlace en función de los hechos objeto de enjuiciamiento. Todo depende de si el enjuiciamiento

⁵⁰ Y lo hizo, al igual que Clara Pontasí, muy bien asesorado. Uno de los problemas del TS para adjudicarse la competencia vino protagonizado por el hecho de que, tal y como se ha indicado, el Estatuto de Autonomía catalán asigna la competencia al TSJ cuando los hechos se comenten por parlamentarios regionales siempre y cuando los hechos no se hayan cometido fuera del territorio regional. El TS entendió que los hechos se habían cometido en España, es decir, tenían una alcance más allá de la comunidad autónoma, siguiendo la teoría de la ubicuidad. *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J. L., «Cuestiones procesales relevantes de la sentencia del *Procés*», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2020, p. 83. Saldado este problema quedaba pendiente el obstáculo del enjuiciamiento conjunto de aforados y no aforados, el cual ha sido aprovechado con éxito por la defensa del Sr. Puig en el periplo judicial ante instancias belgas.

⁵¹ STS 459/2019, de 14 de octubre.

conjunto es o no necesario para asegurar la realización de la justicia, evitando pronunciamientos contradictorios, así como para facilitar la instrucción y el enjuiciamiento de aquellas causas de naturaleza compleja o en las que al aforado se le imputa una participación en la realización del hecho delictivo⁵².

El problema es que esta regla de conexidad se fundamenta en una interpretación jurisprudencial y no en ningún texto legal. La falta de cobertura legal lleva al tribunal belga a decretar la denegación de la ODE, pues entiende que se ha violado el derecho a un juez legal (artículo 6.1 CEDH).

La primera pregunta que subyace es si puede activarse el motivo de denegación en estos casos. Dicho de otro modo, la falta de indicios de deficiencias sistémicas y generalizadas respecto a las garantías de un juicio justo, ¿puede dar lugar a no cooperar si en un caso concreto como el de autos dichas garantías no se respetan? Sin perjuicio del interés de prescindir o no del doble filtro, creo, al igual que hace el TS en su cuestión prejudicial, que el problema no es tanto este extremo⁵³, sino más bien cómo se prueba el riesgo de vulneración sistémico y/o concreto. Y aquí está el principal problema de la argumentación del tribunal belga para fundamentar el rechazo de la entrega del Sr. Puig.

Básicamente existen dos modelos de pruebas admitidas por los tribunales. En los ordenamientos «continentales» el cauce de la información complementaria entre el juez de ejecución y emisión es fundamental⁵⁴. En cambio, en los ordenamientos de *common law*, se suele recurrir a peritos. Normalmente, se trata de expertos jurídicos neutrales del Estado de emisión, que no son partes implicadas en el caso, que declaran (por escrito, pero también *in situ* en la propia vista) sobre la situación jurídica en su país y su posición sobre las cuestiones controvertidas

⁵² No lo consideró así en el ATS, de 1 de julio de 2019, pero sí en el caso *ERES* (ATS, de 24 de junio de 2015) o en la STS 597/2014.

⁵³ De hecho, en la práctica ya se cuentan con algunos ejemplos nacionales en los que un riesgo concreto para un derecho fundamental puede dar lugar a denegar la entrega. *Vid. Report on Eurojust's casework in the field of the European Arrest Warrant (2014-2016)*, p. 11. En uno de los casos que se discutió si era proporcionado limitar el derecho a la vida privada procediendo a la entrega de la persona reclamada. El juez de ejecución indicó que, a pesar de la gravedad de los hechos (robo y fraude), se trataba de uno de los pocos y extraños casos en los que el derecho de la persona reclamada y de su hijo a acogerse al artículo 8 debía prevalecer sobre el interés público de dicho Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de extradición. El juez consideró que, si se entregaba a la persona reclamada, el efecto sobre su hijo de ser abandonado efectivamente por un segundo progenitor como resultado de la entrega sería muy elevado, y concluyó, por lo tanto, que permitir la entrega sería desproporcionado.

⁵⁴ Sobre los distintos modelos con ejemplos concretos, *vid. WAHL, T.*, «Refusal of European Arrest Warrant Due to Fair Trial Infringement. Review of the CJEU's Judgment in "LM" by National Courts in Europe», en *Eu crim*, 4/2020, p. 327.

del caso. En estos ordenamientos, la información complementaria se tiene en cuenta a efectos meramente informativos, pues son las declaraciones de los peritos las determinantes para adoptar una decisión.

Lo acontecido en el caso Puig no puede reconducirse ni a un modelo ni otro. Por un lado, la información adicional «brilló por su ausencia». Nunca hubo contacto entre el juez belga y el español. Precisamente este extremo se subraya en varias ocasiones en la cuestión prejudicial planteada por el TS hasta el punto de que se pregunta al TJUE si el no solicitar información complementaria condiciona (mucho o poco) las pruebas que se hayan utilizado para sustentar la denegación de la entrega en base a derechos fundamentales.

Por otro lado, tampoco puede decirse que se contara con muchos peritos o expertos independientes, ni menos aún que se les plantearan preguntas. Si se leen sentencias escocesas, inglesas o irlandesas, llamará la atención del lector la cantidad de peritos que intervienen en la vista⁵⁵. Pues bien, en el caso Puig, el tribunal belga tan solo alude a «un juez de la Sala 2.^a del TS», cuyo nombre no figura en la sentencia y al que atribuye la autoría de un documento en el que explica correctamente cómo funciona la competencia del TS en estos casos. De este documento, el juez belga determinó que la competencia del TS para juzgar a aforados y no aforados se basa en un criterio jurisprudencial. Dicho de otro modo, la competencia no tiene cobertura legal vulnerándose así la jurisprudencia del TEDH. En concreto, alude a dos sentencias que condenan en «situaciones similares» no a España sino al Reino de Bélgica, los *asuntos Coëme y Claes*⁵⁶ (3.2.1), y a varios informes del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria (3.2.2.).

3.2.1 Las condenas del TEDH a otros Estados Parte como fuente probatoria del riesgo

Llegados a este punto se plantea la cuestión acerca de si, cuando *Caldararu y Aranayosi* (apdo. 89) consideran como elementos de prueba del riesgo las «resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del TEDH (...)», se han de incluir entre dichas fuentes las condenas impuestas a otros Estados parte del CEDH.

⁵⁵ Por citar alguna, *vid.* [2020] EWHC 2709 (Admin), *Adamescu v. Romania*.

⁵⁶ STEDH, núm. 32492/1996, de 22 de junio de 2000, *Cöeme y otros*; y de 2 de junio de 2005.

Como Estado parte del CEDH España está vinculada por la jurisprudencia de Estrasburgo. De hecho, no faltan las citas a sentencias europeas que no solo tenían como parte implicada a España. Por otro lado, los asuntos belgas son similares en el sentido de que abordan el enjuiciamiento conjunto de aforados y no aforados. También es verdad que el TS ha recurrido a ambas resoluciones para dotar de «empaque dogmático»⁵⁷ el enjuiciamiento por separado⁵⁸ de aforados y no aforados preservando así el derecho a un juez legal. No obstante, el enjuiciamiento por separado se ha fundamentado normalmente en la complejidad de las macro-causas que dan lugar a dilaciones en la tramitación y prolongan innecesariamente las sesiones del juicio oral. En por ello que la investigación de los aforados puede hacerse separadamente de los no aforados cuando su actuación, su entidad y su autonomía estén claramente diferenciadas entre sí.

Ahora bien, el enjuiciamiento conjunto de aforados y no aforados también tiene sus ventajas, ya que asegura la realización de la justicia, evitando pronunciamientos contradictorios y asegura una adecuada investigación de hechos complejos con posibles responsabilidades penales bajo distintas formas.

Realmente el enjuiciamiento conjunto de aforados y no aforados no está previsto expresamente en ninguna ley española. Por el contrario, se trata de una norma que se ha formulado jurisprudencial y doctrinalmente⁵⁹ con base a las reglas de conexidad (actualmente artículos 17.1 y 2 LECrim⁶⁰) y el artículo 272 LECrim: «La querrela se interpondrá ante el Juez de instrucción competente. Si el querrellado estuviere sometido por disposición especial de la Ley a determinado Tribunal, ante éste se interpondrá la querrela. Lo mismo se hará cuando fueren varios los querrellados por un mismo delito o por dos o más conexos y alguno de aquéllos estuviere sometido excepcionalmente a un

⁵⁷ La expresión es de Gómez Colomer, J. L., «Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: El sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento», en *UNED, Teoría y Realidad*, núm. 38, 2016, p. 264.

⁵⁸ STS, de 13 de noviembre de 2014, *Caso ERES*, FJ 3.º

⁵⁹ Gómez Colomer, J. L./Espaza Leibar, I., *Tratado Jurisprudencial de aforamientos procesales*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 465 ss.

⁶⁰ Artículo 17.1 LECrim: «Los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, con la excepción de que la acumulación suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso».

Artículo 17.2 LECrim: «A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos: 1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas. 2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución».

Tribunal que no fuere el llamado a conocer, por regla general, del delito». Pero también hay que tener en cuenta que el denominado requisito de la cobertura legal que exige el TEDH para limitar derechos fundamentales no solo incluye la norma escrita promulgada por el legislador. La jurisprudencia también «sirve» aun en ordenamientos continentales siempre y cuando se trate de una jurisprudencia sólida.

Creo que aquí está la diferencia entre el ordenamiento jurídico español y las condenas a Bélgica en los asuntos mencionados. Es verdad que el TEDH indicó que la aplicación de las normas de conexidad previstas en el Código de Instrucción belga, interpretadas por la jurisprudencia y la doctrina a raíz de un precedente muy antiguo (data de 1865), no daba lugar a considerar que el enjuiciamiento de no aforados ante el Tribunal de Casación estaba «establecido por la ley». Sin embargo, la situación que tuvo lugar en los asuntos *Cöeme* y *Claes* era de naturaleza excepcional porque se estaban aplicando disposiciones transitorias para el aforamiento de ministros ante el Tribunal de Casación. Tras una reforma de la Constitución belga esta disponía que «la Ley determina los casos de responsabilidad, las penas a imponer a los ministros y el modo de proceder contra ellos, bien tras la acusación admitida de la Cámara de Representantes o tras las diligencias efectuadas por las partes lesionadas». A la espera de que el legislador actuase, se estableció una disposición transitoria en virtud de la cual «la Cámara de Representantes tendrá la potestad discrecional de acusar a un ministro y el Tribunal de Casación de juzgarlo». Posteriormente, se adoptaron diferentes leyes de aplicación, confiando en adelante a los tribunales de apelación el enjuiciamiento de los ministros, si bien esta nueva norma no iba a ser de aplicación respecto a diligencias incoadas con anterioridad a su entrada en vigor. Lo cual significa que el Tribunal de Casación seguía siendo el competente para perseguir a los ministros en procedimiento incoados con anterioridad. Nada se decía respecto a los no aforados hasta que años después se promulgó una ley especial que indicaba que «los coautores y los cómplices de la infracción por la que se persigue al ministro, y los autores de las infracciones conexas, serán perseguidos y juzgados al mismo tiempo que el ministro».

En España, por el contrario, la cuestión se ha abordado de una forma constante y reiterada por la jurisprudencia con unos criterios de aplicación que en cada caso llevan al enjuiciamiento conjunto o separado de aforados y no aforados. En el supuesto del *Procés*, la cuestión

fue, de hecho, muy discutida habiendo llegado el caso ante el propio TC que validó la competencia del TS⁶¹.

3.2.2 Informes del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria

El otro elemento de prueba fueron dos opiniones⁶² del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria (*Working Group on Arbitrary Detention*), en adelante WGAD, vertidas respecto a la situación de otras personas (es decir, no expresamente referidas al Sr. Puig).

En *Caladaru/Aranyosi*, el TJUE indicó que los elementos de prueba podían proceder también de informes u otros documentos elaborados por el sistema de la NNUU (apdo. 89). La cuestión prejudicial del TS duda de que estos informes sean válidos como fuente probatoria del riesgo⁶³, pues entiende el WGAD no forma parte del sistema de NNUU, es decir, no se trata de un órgano creado al amparo de ningún tratado internacional⁶⁴ y, por tanto, estaría fuera del sistema de NNUU. A este respecto, destaca que el Comité de Derechos Humanos⁶⁵ ha establecido que únicamente el Comité de DDHH tiene competencia para valorar las violaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Lo que el TS resalta aquí de forma implícita es el carácter no vinculante de las opiniones del WGAD, lo cual es cierto. Precisamente por su falta de eficacia vinculante los gobiernos no están obligados ni a responder a sus comunicaciones (aunque muchos lo hacen y España así procedió en el *caso Procés*) ni tampoco a ejecutar sus opiniones. Sin embargo, no se debe menospreciar la «eficacia» del *soft-law*⁶⁶. Las opi-

⁶¹ Vid. Cuestión prejudicial planteada por el TS en el *asunto Procés*, de 9 de marzo de 2021, p. 28 ss.

⁶² Vid. Opinión de 7 de agosto de 2020 y de 10 de julio de 2019 (12/2019) del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria.

⁶³ Vid. Cuestión prejudicial planteada por el TS en el *asunto Procés*, de 9 de marzo de 2021, pp. 22 ss.

⁶⁴ Sobre la creación, funciones y procedimiento de este órgano de NNUU, Vid. GENSER, J. M./WINTERKORN-MEIKLE, K.: «The Intersection of Politics and International Law: The United Nations Working Group on Arbitrary Detention in Theory and in Practice», en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 39, 2007-2008, p. 101-169.

⁶⁵ Comunicación 1776/2008, *Bashasha contra Libia* y 1882/2009, *Al Daquel contra Libia*.

⁶⁶ La capacidad del *soft-law* para convertirse en *hard-law* ha sido asombrosa en muchos sectores como la corrupción, el blanqueo de capitales y, más recientemente, la diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos. Vid. Siber, U.: «Los factores que guían la armonización del derecho penal», en Delmas-Marty, M./Pieth, M./Sieber, U. (eds.), *Los caminos de la armonización penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 514; Nieto Martín, A., «Transformaciones del *ius punien-*

niones del WGAD pueden servir a otros Estados y organismos internacionales para tomar medidas y ejercer presiones diplomáticas⁶⁷. La sentencia del tribunal belga a favor de Lluís Puig es un buen y novedoso ejemplo de la eficacia del *soft-law*, pues la opinión del WGAD es determinante para denegar la entrega.

En mi opinión, las valoraciones del WGAD pueden ser un elemento de valoración más para determinar un riesgo de vulneración. Su composición avala la imparcialidad de sus opiniones, pues se trata de expertos independientes de cuya credibilidad no se debería dudar salvo prueba en contrario. Son seleccionados por el presidente del Consejo de DDHH por su competencia y experiencia profesional, su integridad personal y su independencia⁶⁸. Además, considerar el *soft-law* como fuente de prueba se avala también con la jurisprudencia del TEDH. En algunas de sus sentencias se ha reconocido como fuente probatoria incluso los informes de ONGs⁶⁹.

Tampoco considero un problema insalvable el hecho de que la opinión se refiera a otras personas y no concretamente al Sr. Lluís Puig, siempre y cuando exista un fuerte vínculo entre ambas situaciones que *a priori* parece existir, pues la opinión concluye, entre otras cosas, que «el enjuiciamiento criminal de individuos acusados por delito cometido en un determinado territorio, por parte de tribunales ubicados en otra jurisdicción, constituye una violación del derecho a ser juzgado por el juez competente, cuando la legislación nacional le atribuye expresamente la competencia a la jurisdicción de la localidad donde se cometió el supuesto delito. El Grupo de Trabajo, en el presente caso, fue convencido de que la jurisdicción territorial, personal y material que le compete investigar y juzgar posibles actos delictivos eran los tri-

di en el Derecho global», en Nieto Martín, A./García-Moreno García de la Galana, B. (eds.), *Ius puniendi y global law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 39; MACCHI, C./BRIGHT, C., «Hardening Soft Law: The Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation», en BUSCEMI, M., et al., *Legal Sources in Business and Human Rights. Evolving Dynamics in International and European Law*, Series: Developments in International Law, Ed. Brill, vol. 73, pp. 218-247.

⁶⁷ Pese a que algunos detenidos son liberados tras la emisión de una opinión del WGAD, no existen estudios que analicen la eficacia empírica de las opiniones del WGAD. Dicho de otra forma, pese a la liberación, no se puede determinar que esta se debiera a la opinión del WGAD u otras razones. Vid. GENSER, J. M./WINTERKORN-MEIKLE, K., «The Intersection of Politics and International Law», *op. cit.*, p. 120.

⁶⁸ *Manual of Operation of the Special Procedures of the Human Rights Council*, 2008, p. 6, disponible en (último acceso 9 de junio de 2021).

⁶⁹ Por ejemplo, Vid. la STEDH, de 1 de abril de 2010, *caso Klein c. Rusia*, demanda núm. 24268/08, §§ 47, 50 y 51. Las pruebas evaluadas por el Tribunal de Estrasburgo incluían informes recientes de organizaciones independientes de protección de los derechos humanos, tales como ONGs y fuentes gubernamentales de confianza, como el Departamento de Estado de EE. UU.

bunales de Cataluña, debido a que los crímenes presuntamente fueron cometidos en territorio de Cataluña, así como por funcionarios de Gobierno y parlamentario catalanes. Además, el Grupo de Trabajo recibió información convincente de que los tribunales de Cataluña han conocido denuncias relacionadas con el proceso de independencia de España» (apdos. 134-135).

Ahora bien, el TJUE exige que las fuentes de prueba ofrezcan datos *precisos*. No es el caso de las opiniones del WGAD vertidas sobre algunos de los imputados en el caso *Procés*. Curiosamente, la cuestión de la competencia del TS no se refiere a la posibilidad de juzgar conjuntamente a aforados y no aforados. La cuestión objeto de debate se centra en dónde se cometieron los hechos: si en Cataluña o fuera de la comunidad autónoma. No se analizan disposiciones normativas, ni resoluciones jurisprudenciales. Se indica además que otros tribunales catalanes están conociendo causas relacionadas con el *Procés*, pero no se analiza el por qué. En definitiva, la falta de precisión en el análisis de la cuestión debería haber pesado en la decisión final del tribunal belga.

El problema es, una vez más, la poca predisposición de la justicia belga a cooperar con autoridades judiciales españolas. Es irremediable no traer a colación aquí el caso *Romeo Castaño*⁷⁰. El TEDH condenó a Bélgica por no cooperar con las autoridades españolas. Y la razón podría trasladarse a la sentencia del Sr. Lluís Puig por falta de motivación suficiente. El TEDH consideró que los derechos fundamentales pueden alegarse como motivo de denegación de las solicitudes de cooperación. Sin embargo, la vulneración debe estar correctamente fundamentada. En esta ocasión, la justicia belga argumentó el riesgo de violación de derechos fundamentales en informes internacionales, pero luego no fue capaz de justificar cómo dichos riesgos tenían trascendencia para el caso concreto. Además, el Tribunal de Estrasburgo subrayó la necesidad de solicitar información adicional, cosa que no hizo.

Si se hubiese hecho uso del trámite de información complementaria, el tribunal belga hubiese contado con otros elementos de prueba muy concretos y precisos: Múltiples resoluciones jurisprudenciales sobre la cuestión del aforamiento, la sentencia del TC sobre el caso *Procés*

⁷⁰ STEDH, de 9 de julio de 2019, demanda núm. 835/17. Para un comentario de esta sentencia, Vid. TOP, S./DE HERT, P., «Castaño avoids a clash between the ECtHR and the CJEU, but erodes Soering. Thinking human rights transnationally», en *New Journal of European Criminal Law*, 2021, vol. 11, issue 1, pp. 52-68; SÁNCHEZ FRÍAS, A., «Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución en la euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño*», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 65, 2020, pp. 167-187.

o, incluso, como indica el TS en su cuestión prejudicial la propia sentencia del *Proces* con más de 20 páginas dedicadas a este menester.

V. A modo de conclusión

Como ya se ha indicado, el TS ha planteado una cuestión prejudicial cuya respuesta por parte del Tribunal de Luxemburgo no solo tendrá trascendencia para el reclamado en esta ocasión, el Sr. Lluís Puig, sino también para el resto de los líderes independentistas fugados.

La cuestión prejudicial era pertinente, estaba bien planteada en términos generales y tendrá trascendencia más allá de las causas independentistas⁷¹. Ahora bien, en mi opinión, es conveniente diferenciar dos extremos relacionados pero distintos como son la competencia de los jueces para emitir órdenes de detención (o cualquier instrumento de reconocimiento mutuo) y la competencia de los jueces instructores o sentenciadores para conocer de unos hechos en el Estado miembro de emisión.

El auto del TS indica que «la primera cuestión a dirimir es si el órgano de ejecución tiene la facultad, conforme al Derecho de la Unión, de controlar la competencia del órgano de emisión» (p. 12). Aunque relacionadas, pues determinar que el TS es incompetente para conocer de los hechos imputados al Sr. Puig, supone automáticamente su falta de competencia para emitir una orden de detención y entrega europea, es necesario hacer algunas precisiones.

La determinación de la autoridad judicial competente para la emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo es una cuestión de Derecho interno. Por tanto, cada Estado miembro decide qué autoridad judicial será la encargada de emitir y ejecutar un acto de cooperación judicial (principio de autonomía procesal). A este respecto, no es casualidad que no exista en todo el articulado de la DM ODE (ni en ningún otro instrumento de reconocimiento mutuo) un motivo de denegación que permita al juez de ejecución examinar la competen-

⁷¹ Debe recordarse que la euroorden del rapero Valtonyc está pendiente de que el Tribunal Constitucional belga se pronuncie acerca de si los insultos al rey están amparados por la libertad de expresión. En el caso de que así sea, el desenlace de la ODE previsiblemente no será muy positivo para los intereses de la justicia española, pues el juez belga alegará violación de derechos fundamentales y aquí será fundamental saber si es posible prescindir del doble filtro y, en su caso, cómo se han de probar dichas violaciones concretas. Sobre esta cuestión, *vid.* MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: «Umbral punitivo necesario para no controlar la doble incriminación en la euroorden: *Tempus regit actum?* Sobre el caso *Valtonyc*», en prensa.

cia territorial, objetiva o subjetiva que marca cada ordenamiento jurídico para sus jueces y tribunales nacionales.

El único límite que marca la decisión marco a esta autonomía procesal es que la autoridad competente sea de naturaleza judicial. Es verdad que el TJUE⁷² se ha pronunciado varias ocasiones para aclarar qué ha de entenderse por «autoridad judicial de emisión competente». Se trata de un concepto autónomo de Derecho de la UE que incluye no solo a los jueces y tribunales, sino también a otras autoridades encargadas de la administración de justicia como serían las fiscalías, siempre y cuando actúen de forma imparcial sin estar en riesgo de someterse, directa o indirectamente, a las órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo (por ejemplo, de Ministro de Justicia)⁷³. Según el TJUE, no cumplen este criterio las fiscalías alemanas⁷⁴, aunque sí el Fiscal General de Lituania porque es un órgano estructuralmente independiente del poder judicial, es competente para ejercer la acción penal y goza de un estatuto que le confiere una garantía de independencia frente al poder ejecutivo en el marco de sus actuaciones⁷⁵.

Más tarde matizó esta jurisprudencia⁷⁶. Así, en el caso de la Fiscalía de Viena, el TJUE indicó que cuando una fiscalía pueda recibir indirectamente órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, podrá emitir órdenes de detención europeas siempre y cuando sean «homologadas por un tribunal que, teniendo acceso a la totalidad de los autos de la instrucción, a los que se incorporan las eventuales órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, controla de manera independiente y con objetividad el cumplimiento de los requisitos de

⁷² SSTJUE, de 10 de noviembre de 2016, asunto C-452/16 PPU, *Poltorak*; asunto C-477/16 PPU, *Kovalkosas* y asunto C-453/16 PPU, *Özcelik*.

⁷³ Para una recopilación y análisis de toda la jurisprudencia sobre los requisitos que han de reunir las fiscalías de los EEMM para ser competentes en la emisión de ODEs, véase Jiménez-Villarejo Fernández, F., «El Ministerio Público como autoridad judicial emisora de una orden de detención y entrega en la reciente jurisprudencia del TEDH», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, núm. 1, pp. 32-87.

⁷⁴ STJUE, de 27 de mayo de 2019, C-508/18 y C-82/19 PPU, *asuntos acumulados OG y PI*. El TJUE estima que la ley alemana que las regula no descarta que a la hora de decidir si emitir o no una ODE no haya mediado una instrucción por parte del Ministro de Justicia del *Land* en cuestión. En la doctrina, véase AMBOS, K., «The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note on the CJEU's judgment in OG (C-508/18) and PI (C 82/19 PPU)», en *New Journal of European Criminal Law*, 2019, vol. 10 (4), pp. 399-407; BACHAMAIER WINTER, L., «Judicial independence in the Member States of the Council of Europe and the EU: Evaluation and action», en *ERA Forum* (2019), núm. 20, pp. 113-127.

⁷⁵ STJUE, de 27 de mayo de 2019, C-509/18, *asunto PF*.

⁷⁶ STJUE, de 9 de octubre de 2019, asunto C-489/19 PPU, *NJ (Fiscalía de Viena)*.

emisión de dichas órdenes de detención y la proporcionalidad de las mismas» (apdo. 49)⁷⁷.

¿Realmente estamos ante el mismo supuesto aquí? Como se acaba de indicar, el TJUE se ha pronunciado sobre si los ministerios fiscales de algunos EEMM son suficientemente independientes y pueden, por tanto, ser órganos emisores de ODEs⁷⁸. Dicho de otra forma, el TJUE ha analizado si la autoridad que dicta dicha orden es suficientemente independiente. Sin embargo, nada ha dicho todavía acerca de si una autoridad judicial (juez o fiscal cumpliendo los requisitos mencionados) del territorio X o Y tiene la competencia para dictar una ODE. Es una cuestión de derecho interno. Así lo indica el artículo 6.1 de la DMOE: «La autoridad judicial emisora será la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden de detención europea en virtud del *Derecho* de ese Estado».

La designación de las autoridades judiciales competentes de emisión en España parte del reparto de competencias diseñado a nivel nacional en la atribución de jurisdicción penal. En este sentido, son jueces de emisión aquellos que estén conociendo la causa para la que se necesite solicitar el reconocimiento mutuo de una resolución (el juez que conozca de la ejecución de una sentencia; el juez que lleve la instrucción del asunto; el juez que dicte el auto de prisión provisional, etc.). Y en este caso, quien lleva la instrucción del caso es el TS.

No obstante, creo que sería posible un control sobre la competencia por parte de un juez de ejecución de naturaleza absolutamente excepcional o residual para casos claramente extravagantes en los que, por ejemplo, instruyendo el caso el TS, la AN dictase la ODE. Ya que en estos casos se estaría contradiciendo el propio derecho interno español que indica que quien tiene competencia para emitir la ODE es el juez que esté conociendo de la causa.

Creo, igualmente, que es muy importante esta distinción porque si se permite al juez de ejecución entrar en el reparto de competencias internas, aun vinculándolo con derechos fundamentales, se abrirá la «caja de Pandora» y las denegaciones a las solicitudes de cooperación serán la regla general y no la excepción. En otros términos, la descon-

⁷⁷ Recientemente, el TJUE ha considerado también independiente a la fiscalía de Lyon. Así, en la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, asuntos C-566/19 PPU y C-626/19 PPU (*Fiscales de Lyon y de Tours*).

⁷⁸ Por cierto, esta jurisprudencia tiene poca trascendencia para el modelo español, pues en nuestro país existe un monopolio casi exclusivo a favor de los jueces en la competencia tanto para la emisión como ejecución de resoluciones de reconocimiento mutuo.

fianza mutua será la base de los instrumentos de reconocimiento mutuo. El siguiente paso podría ser que el juez de ejecución examinase cómo valoró las pruebas el juez competente en el Estado de emisión aduciendo vulneración del principio de presunción de inocencia.

Otra cuestión a tener en cuenta está vinculada al principio de reparto de trabajo. El juez sentenciador o instructor del Estado de emisión está mejor situado para examinar cuestiones claves relativas al procedimiento que ante él se está sustanciando. Por no hablar que existen vías de recurso para impugnar la competencia, es decir, en el Estado de emisión el reclamado tiene vías judiciales para hacer valer sus intereses con todas las garantías.

Asimismo, no deja de llamar la atención el hecho de que cuando un juez de ejecución no quiere cooperar no se plantea ni remotamente elevar el caso vía cuestión prejudicial ante el TJUE. Ocurrió con el tribunal alemán y también ha ocurrido con la justicia belga. Menos mal que tras el asunto Ay⁷⁹, el juez de emisión tiene competencia para interponer la cuestión prejudicial⁸⁰, lo que ha llevado a equilibrar un poco las armas en el procedimiento de entrega, máxime cuando, como es el caso, los tribunales del Estado de ejecución son reacios a cooperar.

Unas últimas palabras para los indultos que el Gobierno de España ha dictado. Puede parecer que tras el perdón a las presos independentistas, ya no habrá lugar a órdenes de detención y entrega europea. Esta idea se refuerza también con la futura reforma de los delitos de sedición y rebelión que modificará ambos delitos y rebajará previsiblemente sus penas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que todavía hay muchas causas pendientes relacionadas con los independentistas por delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos. Podría ser factible exigir la entrega de Puigdemont y del resto de fugados precisamente por el delito de malversación con penas que pueden llegar en los casos más graves hasta los 8 años de prisión (artículo 432 CP). La entrega por un delito de prevaricación podría ser más complicado, pues se trata de una infracción administrativa en una gran mayoría de EEMM y el control de la doble incriminación sería un obstáculo insalvable.

En definitiva, la serie todavía no se ha cancelado y quizás se anuncie una nueva temporada.

⁷⁹ STJUE, de 25 de julio de 2018, C268/17, asunto Ay.

⁸⁰ Para un comentario a esta sentencia, Vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «Yes, we can! Or: Why the Reference for a Preliminary Ruling is not the Monopoly of the Executing Judge in Mutual Recognition Cases Involving the Surrender of Requested Persons», en *European Criminal Law Review*, 1/2019, pp. 81-98 (traducido al español: «¡Sí se puede! O sobre cómo la cuestión prejudicial no es monopolio del juez de ejecución», en *La Ley Unión Europea*, núm. 63, 31 de octubre de 2018).

CONTRA LA PENA DE PRISIÓN MATERIALMENTE PERPETUA, SÓRDIDO EQUIVALENTE DE LA PENA DE MUERTE

LUIS FERNANDO NIÑO
Universidad de Buenos Aires

I. Una breve introducción

Al firme talante humanista de Don Luis Arroyo Zapatero debo yo haber sido parte integrante de la Red Académica Internacional contra la pena de muerte desde su creación, una década atrás. Tal circunstancia me permitió, entre otras complacencias, la de presidir una de las mesas de la recordada Jornada preparatoria del V Congreso Mundial contra dicha expresión punitiva, en la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Madrid, España, en junio de 2013.

Los arrojos de dicha Red y los de la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte –nacida igualmente en España, y por comunes ideales– contribuyeron al notorio avance rumbo a la plena abolición de tan infausta rémora, hasta el punto de reducir su real aplicación a una veintena de países en el último trienio¹.

Lejos de cejar en tal misión, hoy es plenamente válido extender nuestros bríos a la extinción de otra execrable muestra de crueldad subsistente en diversos ordenamientos penales contemporáneos y, en algún caso, incluso rediviva: la de la pena de prisión materialmente perpetua.

Así lo ha entendido también, con proverbial previsión nuestro homenajeado. La más reciente muestra de su empeño en tal sentido emer-

¹ Cfr. en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/NotasDePrensa/Paginas/2020_NOTAS_P/20201013_NOTA158.aspx Por lo pronto, en la República Argentina se derogó el Código de Justicia Militar, que mantenía la previsión de pena de muerte para diversos delitos de ese orden, mediante la ley 26394 (BO de 29 de agosto de 2008), último vestigio de tal barbarie. Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), mediante su artículo 4, numeral 3, nos previene de toda intentona de restablecerla.

gió meses atrás, en uno de esos preciosos artículos en los que el arte enlaza con las ciencias penales, al consignar la infausta cercanía de las penas de duración indeterminada con la abominable pena capital; una contigüidad advertida dos siglos atrás por el genio de Francisco José de Goya y Lucientes².

Mi contribución ha de ceñirse, pues, amalgamando las tareas judiciales –que he dejado atrás, cumplido holgadamente medio siglo de actividad– con las de catedrático, a sendas intervenciones como magistrado –valga aclarar desde ya que, en ambos casos, como miembro disidente del tribunal sentenciador–, en procesos en los que se había acreditado plenamente la comisión de un delito conminado con pena privativa de libertad a perpetuidad, según el Código Penal vigente en la República Argentina.

Como podrá advertirse, reformas legales sucedidas en mi país entre uno y otro pronunciamiento, me condujeron a modificar sustancialmente el enfoque ensayado en la primera de ellas, en orden a mantener, en la segunda, la brújula rectora de un orden jurídico respetuoso de los mandatos del Derecho internacional de los Derechos Humanos, ante la perversa transformación de una pena solo formalmente perpetua, en otra que nos devuelve a la terrosa aguada goyesca de «Mejor es morir».

Sirva, pues, esta breve reseña para saludar las nobles iniciativas del querido profesor, justamente alabado en las páginas del volumen preparado en su honor.

II. Una pena perpetua que no era tal

Veinte años atrás, al emitir mi voto en una causa seguida por el delito de homicidio doblemente agravado –por el vínculo y por alevosía– debí responder a un fundado planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión o reclusión perpetua, prevista en el artículo pertinente del Código Penal para ese tipo de ilícito³, interpuesto a favor de su pupilo por el Defensor Público Dr. Julián Langevin, hoy Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴.

² ARROYO ZAPATERO, L., «Francisco de Goya contra la prisión perpetua», en <https://blog.uclm.es/luisarroyozapatero/category/pena-de-muerte/>

³ Artículo 80, incisos 1.º y 2.º del Código Penal argentino.

⁴ Causa núm. 694, del Tribunal Oral en lo Criminal núm. 20, «D. B., E. y otro», sentencia pronunciada en Buenos Aires, el 29 de diciembre de 2000. Jueces: Cecilio Alfredo Pagano, Hernán San Martín y quien suscribe.

El Tribunal –en pleno– reputó, a la sazón, plenamente probada la comisión de parricidio, agravado por la alevosía con que fue practicado por parte de ambos imputados. De haberse tratado de un homicidio simple, la escala penal se hubiera tendido, en abstracto, entonces –y también ahora– entre los ocho y los veinticinco años.

En aquella oportunidad, el magistrado del Ministerio Público de la Defensa inició su alegato argumentando que tal pena resultaba cruel, inhumana y degradante, en los términos del art. 5, numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la norma similar contenida en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aseveró luego que, por su desproporción, tal respuesta punitiva impedía cumplir con el fin de resocialización propugnado por el art. 1 de la ley 24.660, de ejecución de las penas privativas de libertad; y añadió que la rigidez de la sanción penal prevista por el art. 80 del Código Penal imposibilitaba graduar la culpabilidad de las personas que cometieran los delitos descritos en los tipos penales contenidos en esa prescripción. En tal sentido, indicó, a guisa de ejemplo, que –en virtud de dicha norma– su asistido merecería igual pena que una persona condenada por cientos de homicidios motivados en odio racial o religioso; y apuntaló su exposición con cita de tesis expuestas en diversos congresos internacionales sobre la necesidad de suprimir tal tipo de penas rígidas.

Los colegas suscriptores del voto mayoritario, tras recordar, con cita de fallos de la Corte Suprema de Justicia, que el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al poder judicial quepa pronunciarse, salvo aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, sostuvieron que la aparente rigidez de la pena de prisión perpetua a aplicar en el caso cedía materialmente ante otras normas que permitían establecer una fecha posible de vencimiento y el beneficio de salidas transitorias, a partir de los quince años de cumplimiento efectivo de la pena, con cita de los artículos pertinentes del Código Penal y de la Ley 24660 de ejecución de penas privativas de libertad.

Asimismo, glosando el artículo 1, inciso 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, advirtieron que tal precepto no extiende su ámbito de aplicación a «los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas». Y destacaron que lo que la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe

expresamente es la pena de muerte para los Estados que la han abolido, sin incluir en ese enunciado a la pena de prisión perpetua, a diferencia de lo que sucede con la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 37, inc. a, que veda a los Estados miembros la imposición de la pena capital y la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, de cara a los delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad. En base a todo ello acabaron deduciendo, textualmente, «que no se encuentra proscripta, en el orden jurídico internacional, la pena privativa de libertad perpetua», jalonando su postura con nuevas citas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto de procesos en los que se había aplicado tal pena, sin efectuarse consideración alguna acerca de su vulneración a garantías constitucionales.

En el voto propio redactado sobre el tópico, comencé por anotar que «las penas perpetuas, genéricamente consideradas, son inconstitucionales», para aclarar seguidamente que no lo era, en rigor, la –llamada– pena perpetua» del ordenamiento sustantivo argentino, aplicable en dicho momento histórico.

Si encuentro válido reeditar aquí, en primer lugar, lo escrito dos décadas atrás es porque permite poner de relieve en qué medida la hipertrofia punitiva desatada desde ese entonces concurrió a distorsionar el panorama normativo sobre el punto. Al tiempo que la paralela incorporación de determinada preceptiva internacional al orden jurídico argentino condujo a ensayar una nueva interpretación teleológico-sistemática de este último, con miras a lograr, frente a casos análogos, una decisión respetuosa de los estándares de constitucionalidad y convencionalidad.

Acudiendo a las referencias al tema del Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, contenidas en el último volumen de su primer Tratado, repasé, en aquel entonces, cuatro principios básicos de la pena merecedores de cabal respeto, tanto en la construcción teórica, cuanto en la plasmación legal e interpretación doctrinal y jurisprudencial de la coacción penal, a saber: legalidad, racionalidad, humanidad y personalidad de la pena⁵.

El primero de aquellos principios reclama, no solo la previsión legal de una consecuencia jurídica sino también cierto grado de determinación o, al menos, criterios claros para tal operación crucial del quehacer judicial. Al respecto, puse yo de manifiesto, en el recordado fallo, un ejemplo al uso que –en aras de tal requisito– rondaba la inconstitucio-

⁵ ZAFFARONI, E. R., «*Tratado de Derecho Penal*», Ediar, Bs. As., 1988, T. V, pp. 112 ss.

nalidad y requería cuidadosa interpretación: el configurado por la fórmula del art. 55 de nuestro ordenamiento penal de fondo, referida al concurso real de delitos, que teóricamente autorizaba, v. gr., a imponer veinticinco años de prisión al autor de trece hurtos simples. Pues bien, digamos desde ya: si esa era mi prevención en el año 2000, ¿qué decir ahora, cuando la furia represiva desatada desde 2002 aumentó ese tope punitivo nada menos que al doble, al esperpéntico monto de cincuenta años, en función de la reforma debida a la ley 25928?⁶

El segundo axioma requiere proporcionalidad entre la magnitud del injusto –y la de la respectiva culpabilidad– con la pena a imponer, motivo por el cual demanda la flexibilidad necesaria como para facilitar la adecuación de la respuesta punitiva al caso concreto. Tal como lo había postulado el letrado oficial en su recurso, tal exigencia coloca en crisis, por regla, las penas perpetuas y, en términos generales, las penas fijas, y se erigía como el reparo más firme a la aplicación lisa y llana de la ley vigente.

A su vez, el principio de humanidad proscribía penas de mutilación, de esterilización y cualesquiera otras que, por su crueldad e inhumanidad, desconocen la condición humana y su dignidad intrínseca. A esas modalidades punitivas se ha comparado la pena perpetua e, inclusive, las penas privativas de libertad de larga duración, por entenderse que generan graves trastornos de la personalidad.

Por último, el principio de personalidad de la pena también impone un límite temporal para las consecuencias del delito dentro de un sistema republicano, de manera tal que no implique una suerte de *capitis diminutio*, al estigmatizar de por vida a un individuo, de manera incondicional e inmutable.

Pues bien; valía, entonces, comenzar revisando el tópico de las penas temporales y de su tope superior. Tal como cuadra a la hermenéutica de un código inscrito, básicamente, en las líneas del humanismo democrático y liberal, desde 1922, año de su entrada en vigencia, la concreta referencia del legislador al máximo de la especie de pena de que se tratase, en el ya citado artículo 55 del ordenamiento penal de fondo, había sido interpretada unánimemente reconduciendo tal fórmula al tope superior de la escala punitiva asignada al homicidio simple –veinticinco años– toda vez que se estimaba como bien jurídico supremo el de la vida humana independiente. Tal criterio no había variado en las sucesivas ediciones actualizadas de los clásicos tratados, ni en las

⁶ Publicada en el BO del 10 de septiembre de 2004.

nuevas aportaciones de la doctrina sobre el particular. Así, era posible englobar en esa premisa de clara hondura iusfilosófica a los más diversos autores de nuestra cultura jurídica, desde Sebastián Soler hasta el ya mencionado Eugenio Zaffaroni, pasando por Carlos Fontán Balestra, Jorge Frías Caballero, Carlos Creus y Esteban Ríghi, por solo mencionar a algunos de ellos.

También la jurisprudencia se había pronunciado de manera uniforme sobre el particular, como lo enseñó el célebre plenario «Hidalgo, J.» resuelto el 5 de marzo de 1990 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal⁷.

Aquel criterio monolítico, respetado durante seis décadas, no merecía alteración a partir de la entrada en vigencia de la Ley 23077, sancionada en agosto de 1984⁸, en virtud de la cual se introdujo la agravante genérica del art. 227 ter del Código Penal, alusiva a los ilícitos cometidos contra el orden constitucional y la vida democrática.

Contrariamente a lo pergeñado por algunos tribunales inferiores de esta jurisdicción, en procura de ensayar una justificación a decisiones condenatorias por las que se superaba dicho tope histórico, esa ley se orientó, según frases extraídas del trámite parlamentario, a evitar la estipulación (cito textualmente) «de penas excesivamente altas y rígidas que conducen, en algunos casos, a manifiestas injusticias, y en otros, a una comprensible resistencia de los jueces a imponerlas» (*Diario de Sesiones H. C. D.*, 1984, p. 118). El debate se enmarcaba, asimismo, en el intento por desarmar las enormidades punitivas introducidas por la última dictadura padecida por los argentinos (1976-1983).

Fernando de la Rúa, por entonces Senador, y años más tarde presidente de este país, instó en aquel entonces al voto afirmativo del proyecto legislativo, exclamando: «... deroguemos así lo principal –aunque no sea todo– de la legislación penal de facto para que se vuelva al Código Penal como fuente del Derecho Penal» (*Diario de Sesiones del H. S. N.*, 1984, p. 1270).

Al parecer, los aislados cultores vernáculos de la expansión del Derecho Penal no prestaron debida atención a la interpretación auténtica de las leyes. Pero tampoco una exégesis sistemática acordaba razones a los escasos precedentes que desoían el límite históricamente impuesto a la fórmula del art. 55 del Código Penal: leyes ulteriores a la 23.077,

⁷ Puede consultarse en: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-hidalgo-juan-unificacion-penas-fallo-plenario-fa90060096-1990-03-05/123456789-690-0600-9ots-eupmocollaf>

⁸ Publicada en el BO del 27 de agosto de 1984.

tales como las numeradas 23.184⁹ y 23.737¹⁰, cuyas agravantes permitían, en principio, prescribir penas superiores a los veinticinco años de prisión, pero –y esto interesa resaltarlo– inferiores a los treinta y siete años y seis meses que aquellos tribunales inferiores alcanzaron a calcular, a partir del mentado art. 227 ter, se cuidaron de expresar que las penas así agravadas no podrían exceder el máximo legal de la especie de pena de que se tratare, reconduciendo la cuestión a la fórmula unánimemente acordada por la doctrina y la jurisprudencia durante más de sesenta años.

La única manera de otorgar razonabilidad a esa prevención del legislador era la que confirmaba que los veinticinco años de prisión continuaban siendo el límite máximo a respetar; y, en pronunciamientos ulteriores al plenario de mención, se insistió en el mantenimiento de dicho hito punitivo (*v. gr.* C. C. C., Sala III, «Ammannato, R. E.», resuelta el 24 de abril de 1992).

No habré de detenerme en los serios desajustes que la peregrina interpretación expansiva del máximo de la especie de pena privativa de libertad habría provocado, en la hipótesis de su generalización, tanto en punto a la libertad condicional, cuanto a la escala penal de la tentativa o la de la participación secundaria, al cálculo de la rehabilitación del condenado a inhabilitación absoluta o a inhabilitación especial perpetua, porque estimo que son suficientes las razones esgrimidas para desecharla.

No obstante, corresponde destacar que las notorias incongruencias que esa hermenéutica habría producido se hubieran evidenciado –básicamente– a la luz de la solución otorgada por el propio legislador, de cara a los diversos institutos citados, cuando se tratase de las llamadas penas perpetuas. Y cabe aclararlo porque, durante décadas, la única gran incoherencia del código en ese terreno, cifrada en la redacción del art. 65 del Código Penal¹¹, relativo a la prescripción de las penas, quedó mitigada en parte por la sana doctrina que, descubriendo el origen del error en una penosa inadvertencia del legislador de 1921, aconsejaba reconducir el lapso de prescripción de las penas temporales a los veinte años fijados para las perpetuas, por mera aplicación del principio de racionalidad de los actos de gobierno, derivado de la adopción de la

⁹ Publicada en el BO del 25 de junio de 1985 (artículo 2).

¹⁰ Publicada en el BO del 11 de octubre de 1989 (artículos 11 y 13)

¹¹ Texto original: «Artículo 65. Las penas se prescriben en los términos siguientes: 1.º La de reclusión perpetua, a los veinte años; 2.º La de prisión perpetua, a los veinte años; 3.º La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena; 4.º La de multa, a los dos años».

forma republicana (art. 1 de la Constitución Nacional). En efecto, había sido el automático traslado de ciertas disposiciones del vetusto código de 1886, como la que dio base al art. 65 del código vigente, sin tomarse en cuenta que –para aquel cuerpo de leyes– la pena temporal máxima alcanzaba apenas a los quince años, la clara causante de ese desaguisado, librado así a la oportuna corrección doctrinal y jurisprudencial. Luego, si la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sentido desde antiguo su magna línea jurisprudencial, en el sentido de armonizar las diferentes disposiciones legales, descartando la inconsecuencia en la creación legislativa, en casos como el previsto solo correspondía retrotraer el lapso de prescripción de la pena a los veinte años previstos para las penas divisibles en razón del tiempo. La interpretación opuesta repugnaba al propio carácter excepcional de ese sistema discontinuo de ilicitudes que es el Derecho Penal y a las vedas que esa naturaleza impone al intérprete.

En una obra publicada el mismo año en que emití el recordado voto, los juristas Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar expresaban que «la prisión perpetua, en el código argentino, no es tal, pues goza de la libertad condicional a los veinte años, y antes de esa posibilidad, del régimen de salidas transitorias y de semilibertad previstos en la Ley 24660, que puede obtenerse a los quince años». De tal suerte, consideraban, «no es inconstitucional en sí, dado que no es perpetua en sentido estricto, sino relativamente indeterminada, pero determinable, pues tiene un tiempo límite si el condenado cumple con los recaudos de la libertad condicional»¹².

Tal como lo expresé en la oportunidad referida, con ser ciertas en la práctica judicial, estas afirmaciones no bastaban para despachar una prisión perpetua con la serenidad de quien operaba dentro de los límites de la Constitución y de las leyes. Mi función en el momento esencial de determinación de la pena –apunté entonces y continué afirmándolo hasta el fin de mi carrera judicial– no podía confundirse con la del hombre de doctrina que prevé el eventual efecto reductor de esos bienvenidos institutos.

En razón de ello, puse de relieve que, a tenor de todo el articulado del ordenamiento penal de fondo y de las leyes que lo complementan, la pena perpetua, prevista puntualmente para el ilícito que habíamos reputado plenamente acreditado, no podría sobrepasar, en su cumpli-

¹² ZAFFARONI, E. R./ ALAGIA, A./ SLOKAR, A., *Derecho Penal*, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 903 ss.

miento efectivo, en ningún caso, los veinticinco años de prisión, sin perjuicio de su distinto régimen legal en orden a diversos beneficios liberatorios.

La interpretación no era caprichosa: a) coincidía con el límite máximo reconocido para las penas temporales (art. 55 del C. P.), tradicionalmente respetado por la más calificada y abundante doctrina y jurisprudencia, como ya quedara expuesto, aunque con la gravosa peculiaridad de una flexibilidad muy reducida, desde el momento en que solo permitía discernir una entre las dos modalidades de pena privativa de libertad existentes en el ordenamiento; b) se igualaba, asimismo, con el monto derivado de la suma de los veinte años requeridos para la obtención de la libertad condicional del condenado a pena perpetua y de los cinco que deben transcurrir desde su eventual concesión para la liberación definitiva (art. 13, primer y último párrafo del Código Penal, en su versión anterior a las reformas); y c) en este sentido, guardaba armonía con soluciones previstas por la ley de fondo para otras situaciones especialmente complejas, como la de la reincidencia múltiple, en la que también eran cinco los años que debían transcurrir en reclusión accesoria para el otorgamiento de la libertad condicional, así como para solicitarla nuevamente, en caso de violación de las condiciones establecidas en el art. 13 del C. P. (arts. 52 y 53 *lex. cit.*).

No se trataba de borrar distancias arbitrariamente entre las penas temporales, así fuera en su tope, y las llamadas perpetuas: bastaba, en este sentido, con evaluar las diferencias subsistentes en punto a la propia libertad condicional, o a la prescripción de las acciones respectivas (art. 62, incisos 1.º y 2.º *idem*); y con reparar en la escasísima flexibilidad del arsenal punitivo previsto. Tal hermenéutica se fundaba en la necesidad de armonización del texto del Código Penal –a la sazón, una simple ley– ante la conformación de una nueva pirámide normativa, instaurada por la Constitución Nacional de 1994, que otorgó jerarquía normativa superior a instrumentos internacionales que comprometen al país con la comunidad internacional y que proscriben las penas crueles, infamantes o inusitadas, como acontece con la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, en su art. 26.

Por lo demás, y volviendo al aludido art. 65 del Código Penal, era esa la más moderada vía de corrección para la enorme paradoja resultante de admitir que un condenado a reclusión o a prisión perpetua que eludiera la acción de la Justicia pudiese obtener la prescripción de la misma a los veinte años, contados desde la notificación de la condena o de su quebrantamiento (arts. cit. y 66 del C. P.), y que quien quedara

sometido a la consecuencia jurídica determinada judicialmente carceraria de un horizonte definido para el cese de la privación de sus bienes jurídicos más elementales, después del de la propia existencia, en claro desmedro de los principios de proporcionalidad, humanidad y personalidad de la pena antes enunciados.

A ello se añadía que, en el caso, los hermanos parricidas estaban en condiciones de ser virtuales beneficiarios del instituto de la libertad condicional; y la decisión de escoger la prisión como alternativa a la reclusión como respuesta punitiva, les permitiría descontar, día por día, sus años de privación de libertad por motivos procesales, conforme a la letra del artículo 24 del Código Penal.

Reconducida, pues, hermenéuticamente, la pena formalmente perpetua al máximo –a todo evento– de veinticinco años de prisión, y habida cuenta del específico régimen de beneficios ya aludido, entendí en aquella ocasión que tal sanción se mantenía en los límites del respeto a los cuatro principios reiteradamente citados.

III. Nueva hermenéutica ante el expansionismo penal

Toda esa sutil disquisición se hizo trizas, como anticipé, al sobrevenir el periodo de desmesurado penalismo simbólico iniciado en 2002, que redundó en quince reformas del ordenamiento punitivo argentino en poco más de tres años; y que culminó en una orgía neopunitivista durante el período 2015-2019, en nuestro maltratado país.

Mediante la ya mentada ley 25892 se fijó en treinta y cinco años el tiempo de condena efectiva a purgar por un condenado a reclusión o prisión perpetua, por reforma del artículo 13 del Código Penal, que establece las condiciones para obtener la libertad condicional, a la vez que se extendió la imposibilidad de acceder a tal modalidad liberatoria a los condenados por diversos delitos, además de los reincidentes, por modificación del artículo 14¹³.

Sumóse a ello la expresa duplicación del cálculo de pena temporal a aplicar en caso de concurso real, a la que se ha aludido. En tales con-

¹³ Conforme a esa ley, el artículo 14 del Código Penal quedaba redactado del siguiente modo: «La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7.º, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo»: vale decir, en caso de homicidio *crimínis causae*, abuso sexual seguido de muerte, privación ilegal de la libertad seguida de muerte intencional y secuestro extorsivo con análoga circunstancia agravante.

diciones, lo que en el año 2000 suscitaba reparos, de cara a ciertas enormidades sancionatorias calculables respecto de la reiteración de delitos de escasa entidad, pasó a erigirse en objeción insoslayable de cara a todo el sistema de penas.

Tal fue el devastado panorama normativo a la hora de corresponderme actuar, como juez del mismo tribunal oral en lo criminal, en un caso de robo en concurso real con homicidio doblemente agravado por haber sido cometido con alevosía y *criminis causae*, para facilitar el robo y procurar la impunidad¹⁴. Y, aunque he de retrotraerme aquí al arsenal argumentativo expuesto en dicha ocasión, valga anotar que la exacerbación del populismo punitivista, proveniente de un gobierno hipotéticamente nacional y popular, fue auspiciosa para el experimento neoliberal que lo sucedió, con la típica retahíla de penalismo desaforado. A guisa de ejemplo, la interdicción sin cortapisas para el acceso a la libertad condicional se amplió inusitadamente, abarcando a todas las modalidades de homicidio agravado, así como a diversas figuras calificadas de delitos contra la integridad sexual y la libertad, que se yerguen hoy, de tal suerte, conminadas con penas materialmente perpetuas.

Mi intervención inicial en ese segundo caso, plasmada en solitario una vez más, contó con un precedente valioso, configurado por un voto de otro asiduo disidente, el profesor Zaffaroni, actuante en la emergencia como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo «E., C. A. o C. D.», de fecha 8 de junio de 2010¹⁵.

En la culminación de ese proceso, el aludido E. había sido condenado a una pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión por los diversos delitos imputados, con el argumento, antes expuesto y criticado, de la superación del límite histórico de los veinticinco años de prisión a raíz de la incorporación del artículo 227 ter entre los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional.

La mayoría de los miembros de la Corte Suprema de Justicia se inclinó por reputar conforme a los preceptos constitucionales la integración del artículo 55 del Código Penal con el tope punitivo seleccionado por el tribunal inferior de entre todos los que conforman la Parte Especial del ordenamiento de fondo en la materia y por estimar que tal tarea comporta una cuestión de derecho común, ajena a la jurisdicción de ese alto Tribunal.

¹⁴ Causa núm. 3846, del Tribunal Oral en lo Criminal núm. 20; K., A. G. y otro, sentencia dictada en Buenos Aires, el 28 de agosto de 2013. Jueces: Luis Fernando Niño, como Presidente, Patricia Gabriela Mallo y Pablo Gustavo Laufer, como vocales.

¹⁵ Publicada en *Fallos CSJN* 333:866.

En su voto disidente, el Dr. Zaffaroni comenzó por advertir que podría discutirse, en casos particulares, aun frente a penas temporales, «si la cuantía de las mismas implica –directa o indirectamente– la cancelación total de la vida de la persona conforme a las expectativas de vida corrientes, lo que puede entenderse como una reintroducción de la pena de muerte por vía de un equivalente». Alertó luego que, ante el notorio proceso de descodificación padecido por el ordenamiento penal de fondo de nuestro país, si se quería evitar la vía drástica de la inconstitucionalidad, era preciso operar en la reconstrucción técnica o dogmática de las disposiciones legales.

En base a ejemplos similares a los que yo hube ensayado una década antes, en aquel recordado voto, Zaffaroni señaló que «(s)i bien nuestro código adopta el sistema de penas flexibles, hoy generalmente admitido en el derecho comparado, lo cierto es que flexibilidad no importa arbitrariedad absoluta. Una escala penal de enorme amplitud viola necesariamente el principio de legalidad de las penas». Pues bien: «(e)n función de la ley 25.928, entendido literalmente el texto del art. 55 vigente, veinticinco hurtos simples tendrían una escala penal de un mes como mínimo y cincuenta años como máximo, lo que provoca una formidable potenciación de su incompatibilidad con la exigencia constitucional de legalidad de la pena».

Recordó, además, la unanimidad doctrinal existente en torno a que «*la pena perpetua, lebenslange o ergastolo* solo es admisible si mantiene alguna posibilidad de liberación, justamente por considerarla en caso contrario un equivalente de la pena de muerte. Así lo consideró esta Corte cuando señaló que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional (Fallos: 329:2440)»¹⁶.

Sin perjuicio de la rotundidad de tales elementos de juicio, otro, de enorme trascendencia, había aparecido en nuestro horizonte jurídico a la hora de emitir su voto el reconocido jurista: la ley 26200¹⁷, que implementa para la República Argentina el Estatuto de Roma, suscrito

¹⁶ El caso resuelto en ese fallo está caratulado «Recurso de hecho deducido por Antonio Fidel Giménez Ibáñez en la causa Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional». La resolución de la CSJN es del 4 de julio de 2006.

¹⁷ Publicada en el BO del 9 de enero de 2007.

el 17 de julio de 1998, aprobado por ley 25390¹⁸ y ratificado el 16 de enero de 2001.

Las razones para erigir a dicha norma en ley ordenadora de base para la necesaria recuperación dogmática del sistema penal que nos rige hasta el presente, eran –y son– muchas, a saber: indudablemente, tipifica los delitos de mayor contenido injusto de toda la legislación penal; adecua la especie de pena privativa de libertad para los delitos más graves al elenco de penas nacionales, desterrando definitivamente para nuestro ordenamiento la de reclusión, admitida en el Estatuto de Roma¹⁹; precisa, asimismo, el alcance de las penas temporales para esos ilícitos, rebajando en cinco años el límite superior establecido en aquel Estatuto, lo que equivale a decir que regresa a nuestro tope tradicional de los veinticinco años de prisión²⁰. A ello se suma que la ley responde a la exigencia de un compromiso internacional asumido por la Nación y que, por la gravedad de las especies delictivas que tipifica, debe ocupar el primer lugar en cualquier análisis sistemático de la parte especial del Código Penal.

Los montos de las penas temporales quedaron así establecidos entre los tres y los veinticinco años de prisión. Solo en caso de producirse una o más muertes, siempre bajo el marco de tales gravísimas especies delictivas, se prevé, conforme al Estatuto de Roma, la prisión perpetua, aunque cabe una importante aclaración: la consecuencia jurídica prevista en dicho instrumento para los casos juzgados por la Corte Penal Internacional alcanza a adaptarse a las exigencias del derecho internacional de los Derechos Humanos, pues el artículo 110, inciso 3, admite la posibilidad de liberación por vía de reducción de la pena, pasados veinticinco años de cumplimiento de ésta.

Ello me condujo a proponer al pleno, en el segundo caso planteado, que se considerase derogado el precepto de la ley 25892, que había aumentado el lapso de privación de libertad efectiva de un condenado a la pena de prisión perpetua a poco menos que el doble del vigente durante –casi– noventa años, correspondiendo retomar el límite temporal contenido en el artículo 13 del Código Penal con anterioridad a la sanción de dicha ley, el de veinte años de prisión. De igual manera y por idéntica vía, las condiciones a las que, oportunamente, debería quedar fijada la libertad de ambos individuos, habrían de expirar a los cinco años de otorgada dicha modalidad de ejecución de la pena, sin perjuicio de la plena operatividad de otros institutos consagrados en la ley 24660

¹⁸ Publicada en el BO del 23 de enero de 2001.

¹⁹ Ley 26200, artículo 7.

²⁰ *Lex cit.*, artículos 8 y 9.

de ejecución de las penas privativas de libertad. Se trataba, pues, de aplicar la legislación vigente, en la que debía –y debe– prevalecer un sistema de penas acorde a la reforma estructural producida por la sanción de la ley 26.200. En rigor, recobraba sentido, de fronteras para adentro, la construcción doctrinal y jurisprudencial pergeñada ya en mi voto del año 2000.

Vale añadir aquí que en el orden jurídico argentino rige el control difuso de constitucionalidad de las leyes, al alcance de todo juez ante el cual se presente formalmente un caso. Luego, mi propuesta de derogación constituía, en realidad, una solución menos extrema, al valerme del más modesto expediente configurado por la aplicación del principio jerárquico *lex superior derogat legi inferiori*, neutralizando la regla de prevalencia de la especialidad normativa, ante la antinomia normativa tendida entre la ley 26200, tomada –en suma– como norma básica para la reconstrucción dogmática de la legislación penal vigente, claramente sometida a un creciente proceso de descodificación, y la referida ley 25892. *Qui potest plus, potest minus*.

Complementariamente, propuse a mis colegas oficiar a la –entonces– nueva Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal creada por el Decreto 678/2012 (BO de 8 de mayo de 2012), presidida por el profesor Zaffaroni, propiciando la eliminación de las penas perpetuas en particular y de las penas fijas en general, por su incompatibilidad con los principios de racionalidad, humanidad y proporcionalidad de la pena. Lejos de resultar una idea peregrina, la más reciente iniciativa tendente a reformar la legislación penal vigente habida hasta ese momento, en el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Res. M. J. y D. H. núms. 303/04 y 136/05), se suprimía las penas perpetuas y se establecía escalas racionales para las penas temporales asignadas a las diferentes especies delictivas, conforme surge del artículo 11 de su Parte General. Tampoco en ese tópico obtuve eco.

Se trataba y se trata, en suma, de excluir toda introducción de un inaceptable equivalente de la pena de muerte. Ciertamente, y aunque –según pasan los años– nuestro criterio luzca aislado –y aun desechado– dentro de esos cánones deberíamos discurrir en el presente; y hasta tanto aquel proyecto de reforma integral del Código Penal, convertido finalmente en ley, devuelva a esta maltrecha rama del Derecho la racionalidad republicana que unos legisladores extraviados le han sustraído.

A LA MANIERE DE DON QUICHOTTE... LE RECOURS CONTRE LES CONDITIONS DE DETENTION INDIGNES EN FRANCE

RAPHAËLE PARIZOT

Professeur à l'Université Paris Nanterre. Centre de droit pénal et de criminologie

Don Quichotte leva les yeux et vit venir, sur le chemin qu'il suivait, une douzaine d'hommes à pied, enfilés par le cou à une longue chaîne de fer comme les grains d'un chapelet, et portant tous des menottes aux bras. Ils étaient accompagnés de deux hommes à cheval et de deux hommes à pied, ceux à cheval portant des arquebuses à rouet, ceux à pied des piques et des épées. Dès que Sancho les aperçut, il s'écria: «Voilà la chaîne des galériens, forçats du roi, qu'on mène ramer aux galères. — Comment, forçats ? répondit Don Quichotte. Est-il possible que le roi fasse violence à personne ? — Je ne dis pas cela, reprit Sancho; je dis que ce sont des gens condamnés, pour leurs délits, à servir par force le roi dans les galères. — Finalement, répliqua Don Quichotte, et quoi qu'il en soit, ces gens que l'on conduit vont par force et non de leur plein gré ? — Rien de plus sûr, répondit Sancho. — Eh bien ! alors, reprit son maître, c'est ici que se présente l'exécution de mon office, qui est d'empêcher les violences et de secourir les malheureux. — Faites attention, dit Sancho, que la justice, qui est la même chose que le roi, ne fait ni violence, ni outrage à de semblables gens, mais qu'elle les punit en peine de leurs crimes.»

Cervantès, *Don Quichotte de La Mancha*, 1605, Chap. XXII «De la liberté que rendit Don Quichotte à quantité de malheureux que l'on conduisait, contre leur gré, où ils eussent été bien aisés de ne pas aller»

Dans son commentaire sur le chapitre XXII du *Don Quichotte de La Mancha* joint à l'allocution qu'il prononça, le 2 décembre 2019, à l'occasion de son entrée comme membre correspondant à l'Académie des Sciences morales et politiques, le professeur Luis Arroyo Zapatero retrace les conditions de vie dans les galères apparues vers 1530 sous le règne de Charles Quint, puis leur disparition progressive au fur et à mesure qu'elles devenaient «obsolètes et inutiles pour la navigation» pour être remplacées en 1749 par l'envoi dans les mines ou au bagne, avant que la prison devienne le lieu privilégié d'exécution d'une peine privative de liberté¹. Pour autant, si les conditions d'exécution des pei-

¹ <https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/wp-content/uploads/2020/05/QUIJO-TE-FRANCÉS-PARA-WEB.pdf> (consulté le 1er mai 2021).

nes se sont progressivement –même si pas toujours linéairement²– améliorées depuis le siècle des Lumières («l’histoire de la peine est celle d’une constante abolition» écrivait Jhering), on ne peut certainement pas écrire qu’elles sont satisfaisantes en 2021. Partout en Europe et au-delà, continuent de s’élever des voix pour réclamer, à la manière de ce qu’écrit Luis Arroyo Zapatero, que «les peines de prison soient effectuées dans des habitacles dignes, propres et sans entassement» et que la prison ne soit pas un lieu, selon les mots qu’il emprunte à Cervantès, «où toute l’inconfort a sa place et où tout triste bruit s’est installé à demeure».

Premier roman moderne, le *Don Quichotte* de Cervantès, parmi les nombreuses clés de lecture qu’il offre, livre une description sociale féroce de l’Espagne du XVII^e siècle. Sans prétendre nous inscrire dans les pas des grands auteurs qui ont écrit sur Don Quichotte dont l’aventure est «un déchiffrement du monde»³, encore moins nous prendre pour un Pierre Ménard⁴, nous voudrions, beaucoup plus modestement, retracer la formidable avancée qu’a connu le droit français en 2020-2021 sur les conditions de détention.

A la manière de Don Quichotte s’insurgeant contre «la chaîne des galériens», les défenseurs des droits de l’homme en France, qu’il s’agisse d’avocats (dont certains bien connus en France pour leur engagement au service des droits de l’homme et de la défense), du Syndicat des avocats de France ou de différents Barreaux français, d’autorités administratives indépendantes de défense des droits de l’homme (le Contrôleur

² On pense ainsi à l’abolition de la peine de mort –engagement cher à Luis ARROYO ZAPATERO– définitivement acquise en France en 1981 et inscrite dans la Constitution française depuis 2007 (art. 66-1 Const: «Nul ne peut être condamné à la peine de mort»). Les historiens expliquent bien qu’à la fin de l’Ancien Régime, la peine de mort était en net recul en France et que sa suppression avait même fortement été discutée par les Constituants au moment de l’adoption du code pénal de 1791. Mais ce mouvement porteur d’espoir s’est abîmé dans la Terreur judiciaire et ses milliers de victimes. Quant au code pénal de 1810, il dote la peine de mort d’un champ d’application plus large que celui de 1791. Le XIX^e siècle est ensuite une période de petits pas (en avant et en arrière), et il faut attendre le lendemain de la Seconde Guerre mondiale pour que la question de la peine de mort se pose avec une nouvelle acuité et aboutisse, quelques décennies plus tard, à l’abolition (CARBASSE, J.-M., *La peine de mort*, Puf, Coll. Que sais-je ?, 2011).

³ FOUCAULT, M., *Les Mots et les Choses. Une archéologie des sciences humaines*, 1966, Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade, p. 1093.

⁴ BORGES J.-L., «Pierre Ménard, auteur du «Quichotte»»: *Fictions*, 1944, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade pour la traduction française, p. 467 et s. Dans cette pièce, Borges met en scène le destin irréel de son protagoniste, Pierre Ménard, romancier, auteur d’une «œuvre visible» ainsi que d’une œuvre cachée, la réécriture à l’identique du Don Quichotte: «la souterraine, l’interminablement héroïque, la sans pareille. Egale, hélas, –pauvres possibilités humaines– l’inachevée. Cette œuvre, peut-être la plus significative de notre temps, se compose des chapitres IX et XXXVIII de la première partie du Don Quichotte et d’un fragment du chapitre XXII», ce chapitre XXII dont précisément nous partons pour cet hommage à Luis Arroyo Zapatero.

général des lieux de privation de liberté, la Commission nationale consultative des droits de l'homme, le Défenseur des droits) ou d'associations (l'Observatoire international des prisons), ont gagné, avec l'arrêt J. M. B. et autres contre France (CEDH, 30 janvier 2020), une bataille historique dans la prise en compte des conditions de détention en France, dont l'aboutissement, pour l'heure, est *la loi n.° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*. Cette loi introduit pour la première fois un recours devant le juge pénal pour demander à ce qu'il soit mis fin à des conditions de détention indignes (art. 803-8 code de procédure pénale français). Comment cette révolution juridique a-t-elle pu aboutir? A quelles conditions ce recours est-il soumis ?

I. L'état des conditions de détention en France

1^{er} juillet 2019: 71 710 détenus pour 61 105 places, soit 1389 matelas au sol et une densité carcérale de 117 %; 1^{er} avril 2021: 65 126 détenus pour 60 775 places, soit 830 matelas au sol et une densité carcérale de 107 %. Le taux d'occupation des établissements pénitentiaires en France a diminué en deux ans, mais cette évolution chiffrée ne doit pas être considérée comme telle, et il faut bien évidemment prendre en considération la pandémie qui a ponctuellement mais significativement fait infléchir le nombre de détenus en France. En effet, pour parer la propagation du virus, le pouvoir exécutif, par une *Ordonnance n.° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n.° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, avait organisé une limitation des peines privatives de liberté par le report de la mise à exécution des courtes peines d'emprisonnement, par la facilitation des sorties de prison grâce à l'allègement de certaines conditions d'octroi d'aménagement de peines et grâce à l'octroi de réductions supplémentaires de peine liées aux circonstances exceptionnelles, par l'encouragement à recourir à l'assignation à résidence sous bracelet électronique. Cette politique «coup de poing» n'a pas tardé à produire des effets, entraînant une baisse importante du nombre des personnes détenues au point qu'au 1^{er} juillet 2020, la France comptait 58 695 personnes détenues pour 60 592 places opérationnelles, soit 13 015 détenus de moins qu'un an plus tôt. Neuf mois plus tard, le nombre des détenus a de nouveau augmenté pour se rapprocher progressivement du niveau de 2019, de

sorte que la France figure toujours parmi les pays du Conseil de l'Europe connaissant la surpopulation carcérale la plus élevée⁵.

Au-delà de la surpopulation carcérale, et dans un contexte général de prise en considération des conditions de détention en Europe⁶, le constat est sévère sur les conditions d'incarcération en France. Celles-ci sont en effet régulièrement pointées du doigt par différents organismes⁷ comme par la Cour européenne des droits de l'homme⁸.

La critique aurait pu être nuancée si le droit français connaissait un recours permettant de remédier effectivement à des conditions de détention indignes. Or, tel n'est (n'était) pas le cas. Il existe bien une possibilité de saisir le juge administratif pour engager la responsabilité de l'Etat du fait des conditions de détention et obtenir une indemnisation de ce fait. Mais cela ne constitue pas un remède aux conditions de détention indignes. Il existe bien une possibilité de saisir en référé le juge administratif principalement par le biais d'un référé-liberté pour que soit ordonnée, dans les 48h, toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public aurait porté une atteinte grave (art. L. 521-2 code de justice

⁵ Selon un communiqué de presse du Conseil de l'Europe du 8 avril 2021, Réf. DC 052(2021): «Au 31 janvier 2020, la surpopulation était la plus élevée en Turquie (127 détenus pour 100 places), en Italie (120), en Belgique (117), à Chypre (116), en France (116), en Hongrie (113), en Roumanie (113), en Grèce (109), en Slovénie (109) et en Serbie (107)».

⁶ Après de nombreuses décisions de condamnations ponctuelles des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme pour leurs conditions de détention contraires à l'article 3 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme a opté pour la procédure de l'arrêt pilote pour condamner plusieurs Etats: CEDH, *Torreggiani contre Italie*, 8 janvier 2013; CEDH, *Varga et autres contre Hongrie*, 10 mars 2015; CEDH, *Rezmives et autres contre Roumanie*, 25 avril 2017.

Du côté de l'Union européenne, la Cour de justice a également été amenée à poser les jalons du contrôle des conditions de détention particulières auxquelles serait soumis un individu en cas d'exécution d'un mandat d'arrêt européen à fins de poursuite ou d'exécution d'une peine privative de liberté: CJUE, 5 avril 2016, C-404/15 et C-659/15; CJUE, 25 juillet 2018, C-220/18.

⁷ Voir par exemple le site de la section française de l'Observatoire international des prisons; voir les différents rapports publiés sur le site du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (publication au journal officiel de la République française, le 4 juin 2020, de *Recommandations minimales pour le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes privées de liberté*; Rapport de 2018 sur *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale*; rapports établis à la suite des visites du CGLPL dans différents établissements pénitentiaires).

⁸ La France a été condamnée pour ses conditions de détention sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme: CEDH, *Canali contre France*, 25 avril 2013 (extrême vétusté de la prison de Nancy construite en 1857 et fermée en 2009); CEDH, *Payet contre France*, 20 janvier 2011 (en raison des conditions de détention du requérant en quartier disciplinaire: saleté, vétusté, inondations, absence de lumière suffisante pour lire ou écrire); voir aussi CEDH, *Yengo contre France*, 21 mai 2015 (à propos des conditions de détention inhumaines et dégradantes du centre pénitentiaire de Nouméa, même s'il n'y a pas eu de condamnation en l'espèce car le requérant avait été indemnisé).

administrative)⁹. Mais sa portée est limitée et ne permet en aucun cas de corriger des défauts structurels. Surtout, aucun recours n'existait devant le juge judiciaire. Certes, l'article 22 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 dispose que «l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits. L'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes. Ces restrictions tiennent compte de l'âge, de l'état de santé, du handicap et de la personnalité de la personne détenue». Certes, l'article 707 du code de procédure pénale dispose que «toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté en tenant compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire». Mais il s'agit là de lignes directrices et non de voies ouvrant un recours effectif devant le juge pénal pour faire cesser les conditions de détention indignes. La Cour de cassation avait même posé en 2019 qu'«une éventuelle atteinte à la dignité de la personne en raison des conditions de détention, si elle est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique en raison du mauvais fonctionnement du service public, ne saurait constituer un obstacle légal au placement et au maintien en détention provisoire»¹⁰.

II. L'évolution de la jurisprudence

L'arrêt J. M. B. contre France, rendu le 30 janvier 2020 par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹, est historique à plusieurs titres. D'abord, même s'il ne revêt pas la forme d'un arrêt pilote, il sanctionne non pas simplement les conditions de détention dans tel ou tel établis-

⁹ Conseil d'Etat, réf., 22 décembre 2012, section française de l'OIP, nos 364584, 364620, 364621, 364647):

«Considérant que les locaux (...) sont infestés d'animaux nuisibles (...); qu'une telle situation (...) affecte la dignité des détenus et est de nature à engendrer un risque sanitaire pour l'ensemble des personnes fréquentant l'établissement, constituant par la même une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale (...). Qu'il y a donc lieu, eu égard à l'urgence qui s'attache au prononcé de mesures de sauvegarde sur ce point, de prescrire à l'administration de prendre, dans un délai de dix jours à compter de la notification de la présente ordonnance, toutes les mesures utiles susceptibles de faire cesser au plus vite (...).»

¹⁰ Crim. 18 septembre 2019, n.° 19-83950.

¹¹ CEDH 30 janvier 2020, J. M. B et autres c/ France.

sement mais un *système* de détention indigne, s'agissant de trente-deux affaires relatives à plusieurs établissements pénitentiaires français de métropole (Nîmes, Nice, Fresnes) comme d'Outre-mer (Ducos en Martinique, Faa'a-Nuutania en Polynésie française, Baie-Mahault en Guadeloupe). Les conditions de détention indécentes, au regard de l'espace personnel dans la cellule et des autres exigences minimales en termes d'intimité et de salubrité posées par la Cour européenne des droits de l'homme¹², emportent une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants). Mais c'est surtout le constat de l'absence de recours de recours effectif pour y remédier, entraînant une violation de l'article 13 de la Convention (constatée d'ailleurs, dans la décision, avant la violation de l'article 3), qui marque le caractère historique de cette décision pour le droit français. En effet, la

¹² La Cour rappelle, en citant l'arrêt *Muršić* contre Croatie du 20 octobre 2016, que «255. La norme minimale pertinente en matière d'espace personnel est de 3 m², à l'exclusion de l'espace réservé aux installations sanitaires (...). Lorsque la surface au sol dont dispose un détenu en cellule collective est inférieure à 3 m², la Cour considère (...) que le manque d'espace personnel est considéré comme étant à ce point grave qu'il donne lieu à une forte présomption de violation de l'article 3. La charge de la preuve pèse alors sur le gouvernement défendeur, qui peut toutefois réfuter la présomption en démontrant la présence d'éléments propres à compenser cette circonstance de manière adéquate (...). La forte présomption de violation de l'article 3 ne peut normalement être réfutée que si tous les facteurs suivants sont réunis:

- 1) les réductions de l'espace personnel par rapport au minimum requis de 3 m² sont courtes, occasionnelles et mineures (...);
- 2) elles s'accompagnent d'une liberté de circulation suffisante hors de la cellule et d'activités hors cellule adéquates (...);
- 3) le requérant est incarcéré dans un établissement offrant, de manière générale, des conditions de détention décentes, et il n'est pas soumis à d'autres éléments considérés comme des circonstances aggravantes de mauvaises conditions de détention (...).» (...).

256. Dans les affaires où le surpeuplement n'est pas important au point de soulever à lui seul un problème sous l'angle de l'article 3, la Cour considère que d'autres aspects des conditions de détention sont à prendre en considération dans l'examen du respect de cette disposition. Parmi ces éléments figurent la possibilité d'utiliser les toilettes de manière privée, l'aération disponible, l'accès à la lumière et à l'air naturels, la qualité du chauffage et le respect des exigences sanitaires de base. Lorsqu'un détenu dispose dans la cellule d'un espace personnel compris entre 3 et 4 m², le facteur spatial demeure un élément de poids dans l'appréciation du caractère adéquat ou non des conditions de détention. En revanche lorsqu'un détenu dispose de plus de 4 m² d'espace personnel, ce facteur, en lui-même, ne pose pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention (...).

257. Concernant les installations sanitaires et l'hygiène, la Cour rappelle que l'accès libre à des toilettes convenables et le maintien de bonnes conditions d'hygiène sont des éléments essentiels d'un environnement humain, et que les détenus doivent jouir d'un accès facile à ce type d'installation, qui doit leur assurer la protection de leur intimité. À cet égard, la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé qu'une annexe sanitaire qui n'est que partiellement isolée par un cloison n'est pas acceptable dans une cellule occupée par plus d'un détenu. Par ailleurs, la présence d'animaux nuisibles tels que les cafards, rats, poux, punaises ou autres parasites doit être combattue par les autorités pénitentiaires par des moyens efficaces de désinfection, des produits d'entretien, des fumigations et des vérifications régulières des cellules, en particulier la vérification de l'état des draps et des endroits destinés au stockage de la nourriture (...).

jurisprudence européenne exige qu'existe un recours préventif «de nature à empêcher la continuation de la violation alléguée de l'article 3 ou de permettre une amélioration des conditions matérielles de détention» (CEDH, *Torreggiani contre Italie*, 8 janvier 2013, §50) ou, à défaut, de mettre *rapidement* fin à l'incarcération dans des conditions contraires à l'article 3 de la Convention (CEDH, *Torreggiani contre Italie*, 8 janvier 2013, §97). En France, il ne fait pas de doute que sont possibles des recours en référé devant le juge administratif dont l'utilisation et les effets se sont renforcés ces dernières années. Toutefois, ce type de recours, pour louable qu'il soit, ne permet pas de mettre réellement fin à des conditions de détention contraires à la Convention. Premièrement, le pouvoir d'injonction conféré au juge administratif a une portée limitée et ne lui permet ni d'exiger la réalisation de travaux d'une ampleur suffisante pour mettre fin aux conséquences de la surpopulation carcérale ni de prendre des mesures de réorganisation du service public de la justice. Deuxièmement, le juge du référé-liberté fait dépendre son office des moyens de l'administration, et l'administration pénitentiaire ne dispose d'aucun pouvoir de décision en matière de mises sous écrou, un directeur de prison étant tenu d'accueillir les personnes mises sous écrou, y compris en cas de suroccupation de l'établissement. Troisièmement, l'exécution des mesures prononcées par le juge des référés apparaît insuffisante. Avec de telles considérations, la Cour européenne des droits de l'homme considère que les voies de recours préventives, qui existent devant le juge administratif, ne sont pas susceptibles d'empêcher la continuation d'une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et d'assurer une amélioration des conditions de détention qui seraient indignes. Il était donc impératif d'ouvrir la voie d'un recours effectif pour corriger des conditions de détention indignes.

De manière –apparemment– paradoxale, c'est à un moment où le nombre de personnes incarcérées tombe à un niveau historiquement bas en raison de la crise de covid-19 que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a saisi la première occasion pour ouvrir cette voie, le 8 juillet 2020, dans un arrêt relatif à la détention provisoire¹³. En l'espèce, un individu mis en examen pour des faits de nature criminelle avait été placé en détention provisoire par le juge des libertés et de la détention (JLD). Ayant vu sa demande de remise en liberté rejetée, l'individu forme un pourvoi en cassation construit sur la décision de

¹³ Crim. 8 juillet 2020, n.° 20-81731.

condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme rendue le 30 janvier 2020, en demandant à la Cour de cassation d'une part de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel pour que soit examinée, par ce dernier, la constitutionnalité du droit français sur ce point¹⁴ et, d'autre part, de procéder elle-même à un contrôle de conventionnalité, c'est-à-dire de vérifier la conformité du droit français au droit européen¹⁵. Sans attendre la décision du Conseil constitutionnel¹⁶, la Cour de cassation pose qu'«il appartient au juge national, chargé d'appliquer la Convention, de tenir compte de la[...] décision [de la Cour européenne des droits de l'homme] sans attendre une éventuelle modification des textes législatifs et réglementaires»¹⁷ (§ 20). Prenant acte de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme le 30 janvier 2020, la Cour de cassation, si elle relève que les recommandations générales contenues dans la décision de la Cour européenne s'adressent au Gouvernement et au Parlement français, n'hésite pas à retourner sans attendre sa propre jurisprudence¹⁸. Désormais, «21. [...] le juge judiciaire a l'obligation de garantir à la personne placée dans des conditions indignes de détention un recours préventif et effectif permettant d'empêcher la continuation de la violation de l'article 3 de la Convention. 22. En tant que gardien de la liberté individuelle, il lui incombe de veiller à ce que la détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans des conditions respectant la dignité des personnes et de s'assurer que cette privation de liberté est exempte de tout traitement inhumain et dégradant». La Cour de cassation pose, dans la même décision, des jalons de la vérification à laquelle est tenu le juge pénal (allégations personnelles et étayées de la part de l'intéressé de conditions de détention indignes, vérifications de ces allégations, conséquences à tirer pouvant aller jusqu'à la remise en liberté de l'individu assortie le cas échéant d'un contrôle judiciaire ou d'une assigna-

¹⁴ En raison du principe de séparation des pouvoirs, le juge judiciaire français ne peut procéder lui-même à un contrôle de constitutionnalité des lois.

¹⁵ En application de l'article 55 de la Constitution française, le juge français peut procéder à un contrôle de la conformité du droit national aux conventions internationales liant la France, dont la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁶ Si, en principe, le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité emporte sursis à statuer, il en va autrement lorsque, comme en l'espèce, l'intéressé est privé de sa liberté (art. 23-5 al. 4 de l'Ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

¹⁷ La Cour de cassation avait utilisé pour la première fois cette formule dans un arrêt d'Assemblée plénière relatif à la garde à vue (Ass. plén., 15 avril 2011, n.° 10-30.316, n.° 10-17.049, n.° 10-30.313, n.° 10-30.242).

¹⁸ Crim. 18 septembre 2019, n.°19-83.950 (voir *supra* note 10).

tion à résidence sous surveillance électronique). Malgré les «verrous» assortissant cette décision, c'est bien un principe fort qui est posé ici par la Cour de cassation française pour les droits des individus placés en détention provisoire¹⁹. Au-delà cette décision annonçait déjà un bouleversement plus grand pour les droits de tous les individus privés de leur liberté, que ce soit à titre provisoire (détention provisoire) ou à titre définitif (condamnés à une peine privative de liberté).

Dans le même élan, le Conseil constitutionnel, saisi par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de cassation dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 8 juillet 2020, a prononcé une décision d'inconstitutionnalité, et pour la première fois sur le fondement du principe de sauvegarde de la dignité humaine. Il a en effet considéré, le 2 octobre 2020, que le second alinéa de l'article 144-1 du code de procédure pénale relatif à la détention provisoire, en ne prévoyant pas les conditions de détention indignes parmi les causes de remise en liberté que le juge judiciaire est tenu de prononcer, est contraire au principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et est donc abrogé à compter du 1^{er} mars 2021²⁰. Comme l'on pouvait s'y attendre, la censure du Conseil constitutionnel s'est étendue, dès que l'occasion s'est présentée, à la détention définitive, au motif que l'article 707 du code de procédure pénale ne prévoyait pas les conditions de détention indignes parmi les motifs d'accès à un aménagement de peine²¹.

III. La portée du nouveau recours fondé sur les conditions de détention indignes

C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la *loi n.°2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*. Cette loi contient un article unique qui introduit un article 803-8 dans le code de procédure pénale disposant que «toute personne détenue dans un établissement pénitentiaire (...) qui considère que ses conditions de détention sont contraires à la dignité de la personne humaine peut saisir le juge des libertés et de la détention, si elle est en détention

¹⁹ Cette décision s'est enrichie d'arrêts postérieurs: Crim., 19 août 2020, n.° 20-82171; Crim., 16 septembre 2020, n.° 20-82674; Crim., 25 novembre 2020, n.° 20-84886; Crim., 15 décembre 2020, n.° 20-85461.

²⁰ Cons. const., 2 octobre 2020, n.° 2020-858/859 QPC.

²¹ Cons. const., 16 avril 2021, n.° 2021-898 QPC.

provisoire, ou le juge de l'application des peines, si elle est condamnée et incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté, afin qu'il soit mis fin à ces conditions de détention indignes». C'est donc bel et bien un nouveau recours devant le juge judiciaire fondé sur les conditions de détention indignes que consacre le législateur²².

Ce nouveau recours ne pouvait toutefois être prévu sans conditions. En effet, sans aller forcément jusqu'à craindre de finir comme Don Quichotte «l'âme navrée de se voir ainsi maltraité par ceux-là même qui lui devaient un si grand bienfait»²³, on comprend que le recours fondé sur les conditions de détention indignes ne peut avoir pour issue immédiate et automatique la remise en liberté d'un individu qui, s'il a été privé de liberté à titre provisoire ou à titre de peine, l'a été en principe pour des raisons bien établies²⁴ qui ne s'effacent pas au motif des conditions indignes dans lesquelles la privation de liberté s'exécute. Autrement dit, il apparaît normal que des conditions et des étapes scandent l'aboutissement du recours nouvellement introduit dans le code de procédure pénale et de tels jalons apparaissaient déjà dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme comme de la chambre criminelle de la Cour de cassation. C'est tout d'abord une condition de crédibilité qui est exigée puisqu'il faut que «les allégations figurant dans la requête [soient] circonstanciées, personnelles et actuelles de sorte qu'elles constituent un commencement de preuve que les

²² Même si l'on peut regretter d'emblée que le texte, qui vise «toute personne détenue dans un établissement pénitentiaire», n'envisage concrètement la situation que des personnes placées en détention provisoire ou incarcérée en application d'une peine privative de liberté et pas la situation des personnes placées sous écrou extraditionnel dont le régime est distinct de celui de la détention provisoire. Pourtant la Cour de cassation avait étendu les effets de son arrêt du 8 juillet 2020 à cette catégorie de personnes privées de liberté dans une décision du 30 mars 2021: les principes énoncés dans l'arrêt du 8 juillet 2020 «au bénéfice des personnes placées en détention provisoire, valent également pour les personnes placées sous le régime de l'écrou extraditionnel».

²³ Cervantès, *Don Quichotte de La Mancha*, 1605, Chap. XXII «De la liberté que rendit Don Quichotte à quantité de malheureux que l'on conduisait, contre leur gré, où ils eussent été bien aisés de ne pas aller».

²⁴ La détention provisoire comme la peine privative de liberté sont soumises à des exigences légales bien évidentes mais aussi de nécessité et de proportionnalité qui vont de pair avec l'exigence de motivation. Ainsi la détention provisoire est possible, selon l'article 137 du code de procédure pénale, pour les nécessités de l'instruction ou comme mesure de sûreté, mais à titre exceptionnel si un contrôle judiciaire ou une assignation à résidence sous surveillance électronique ne suffisent pas; il faut donc la motiver. Par ailleurs, en tant que mesure de contrainte de la phase préparatoire du procès pénal, elle est soumise à une exigence de proportionnalité et de nécessité posée par l'article préliminaire du code de procédure pénale. Quant à la peine privative de liberté, comme toute peine, elle doit être individualisée et motivée (art. 132-1 code pénal; art. 485 et art. 365-1 code de procédure pénale). Par ailleurs, en matière de délit, «toute peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine indispensable et si toute autre sanction est manifestement inadéquate» (art. 132-19 alinéa 2 code pénal).

conditions de détention de la personne ne respectent pas la dignité de la personne». C'est ensuite une opération de vérification qui doit être menée par le juge saisi. Mais la suite de délais qui accompagne ces vérifications apparaît incompatible avec l'urgence inhérente à des conditions de détention prétendument indignes: le juge a dix jours pour déclarer la requête recevable, puis dix jours à nouveau pour procéder aux vérifications requises, puis dix jours encore pour faire connaître sa décision à l'administration pénitentiaire dans laquelle il fixe un délai pouvant aller jusqu'à un mois pour mettre à fin à la situation constatée, puis dix jours encore pour prendre une décision si aucune amélioration n'est constatée, sans compter les recours... Par ailleurs, alors même que, passé tout ce temps, on aurait pu imaginer que la seule issue à des conditions de détention indignes était la mise en liberté de l'individu assortie de garanties (contrôle judiciaire ou assignation à résidence sous surveillance électronique pour la personne en détention provisoire; aménagement de peine pour la personne définitivement condamnée), comme d'ailleurs l'avait posé la Cour de cassation, tel n'est pas le cas puisque le législateur prévoit la possibilité d'ordonner un transfèrement de la personne dans un autre établissement pénitentiaire. Or, comme l'a mis en évidence l'arrêt J. M. B. contre France, la question des conditions d'incarcération est une question systémique en France, qui ne peut être résolue par un transfèrement. On comprend, dès lors, que si la réforme porte en elle une idée chevaleresque, elle risque surtout d'être vaine, de virer en somme en une bataille contre des moulins à vent...

EL COMISO SIN CONDENA O *CIVIL ASSET FORFEITURE*: AVANZANDO HACIA EL PASADO

ANA MARÍA PRIETO DEL PINO
Universidad de Málaga

I. Introducción

Hace más de una década, mi querido y admirado Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Arroyo Zapatero nos advertía ya, de forma muy certera, de que «no solamente se ha establecido entre los penalistas la lengua inglesa como instrumento de comunicación, sino que por la puerta trasera también se ha colado la dogmática anglosajona, que no solamente tiene un nivel de elaboración intelectual propio del siglo XVIII, sino algunos elementos de Derecho penal material prebecarianos»¹. Entre esos elementos se encuentran los procedimientos judiciales *in rem*, es decir, dirigidos contra objetos inanimados, vinculados a la comisión de hechos delictivos y basados en una inveterada ficción jurídica, cuya vigencia en los sistemas de *common law* británico y estadounidense está acreditada desde, al menos, el siglo XVII. Su idoneidad para orillar los problemas probatorios que plantea el comiso de las ganancias e instrumentos delictivos, hizo ver en ellos un valioso aliado en la «guerra contra la droga» iniciada en 1970 en Estados Unidos. Tras cincuenta años de acerada crítica de la doctrina y la abogacía, incontables recursos judiciales y fortísimo rechazo social, el *civil asset forfeiture* norteamericano, al que se denomina comúnmente «comiso sin condena», se ha visto obligado a ir incorporando estándares de prueba más exigentes e inclu-

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto TEDH, *Unión Europea y Derecho interno* (PGC2018-097607-B-I00).

¹ ARROYO ZAPATERO, L., «La armonización internacional del Derecho penal», en Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín (dirs.), Muñoz de Morales, M./Bailone, M. (coords.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Ed. UCLM, Col. Marino Barbero Santos, Cuenca, 2010, p. 50.

so a adoptar en algunos Estados el propio del proceso penal². Paradójicamente, alentado por la ONU, el GAFI y la UE, ha ido entrando en sistemas jurídicos tanto de *common law* como de *civil law* de todo el mundo, en los que se presenta como un nuevo instrumento imprescindible por su eficacia en el combate contra la delincuencia económica, incluida la corrupción, y la delincuencia organizada nacional y transnacional³. En no pocos casos lo ha hecho integrándose en procedimientos penales –o vinculándose a ellos– que le brindan cobertura y enmascaran la vulneración de la presunción de inocencia y las incongruencias que genera la híbrida y desestructurada regulación resultante.

Este trabajo trata de poner de manifiesto el regreso al pasado que implica el comiso sin condena. Conocer sus orígenes, evolución y esencia, puede ayudar a reforzar la resistencia frente al formalismo lógico mediante el cual se intenta obviar tanto su carácter punitivo como el hecho de que su elogiada eficacia obedece, simplemente, a que está exento del «lastre» de los valores y principios del Derecho Penal sustantivo y procesal post-becariano.

II. ¿Qué es y qué implica el *civil forfeiture*?

Con la denominación *civil asset forfeiture* se designa en el sistema legal estadounidense, y en otros ordenamientos de la *Commonwealth*, a la confiscación definitiva de un bien por su vinculación con un delito sin necesidad de sentencia condenatoria firme de ningún sujeto. De ahí que también se le llame *non-conviction based forfeiture* o *NCB forfeiture*, es decir, *comiso sin condena*.

Debe subrayarse, porque se trata de un elemento definitorio esencial, que es la sospecha, presunción (*probable cause*) de que los bienes confiscados guardan relación con un delito, la que habilita a los poderes públicos (cuerpos y agencias policiales y fiscalía) a proceder; si bien, no contra la persona o personas que lo han llevado a cabo, sino contra los propios bienes (*actio in rem*). Así pues, el *civil asset forfeiture* responde a

² KNEPER, L./MCDONALD, J./SANCHEZ, K./SMITH POHL, E., *Policing for Profit. The Abuse of Civil Asset-Forfeiture*, 3rd ed., Institute for Justice, 2020. Disponible en <https://ij.org/report/policing-for-profit-3/>

³ Por todos, AGUADO CORREA, T., «Embargo y Decomiso en la Unión europea: Novedades legislativas y Retos», en Monteiro Guedes Valente, M. (coord.), *Criminalidade Organizada Transnacional-corporis Delicti I*, ed. Almedina, Coimbra, 2019, pp. 113 ss.; de la misma, «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso», en RECPC 15 de mayo de 2013, pp. 10 ss.

la consideración de que «el acusado es el elemento patrimonial y no se necesita acusación por delito contra el propietario». La culpabilidad o inocencia del dueño resulta, en efecto, irrelevante, hasta el punto de que la desposesión puede ejecutarse sin que jamás se le llegue a acusar formalmente por ningún delito. De ahí que quepa aplicarlo tanto en casos de imposibilidad de exigir responsabilidad penal (ausencia, enfermedad o no identificación del posible autor, inexistencia o insuficiencia de prueba de cargo, inimputabilidad, inmunidad, absolución) como de extinción de la misma (muerte, prescripción).

Los bienes decomisables pueden ser propiedad de cualquier persona, tanto de quien utilizó elementos de su patrimonio para cometer dolosamente un delito, como de quien ni siquiera pudo prever que otro usaría dichos elementos con fines delictivos.

Dado que se trata de un procedimiento civil, no se exige el estándar probatorio propio del procedimiento penal. El delito cuya comisión motiva el comiso de los bienes, y la conexión de estos con dicho delito, no tienen que ser probados más allá de una duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), sino que los requisitos a nivel probatorio se satisfacen con patrones mucho más laxos y, por ende, menos garantistas. Así, el estándar que se suele aplicar en un procedimiento de *civil forfeiture* ortodoxo es el de la preponderancia de la prueba (*preponderance of evidence*), conforme al cual, la fiscalía solo tendrá que probar que hay más probabilidades de que los bienes estén vinculados a un delito que de que no lo estén (*more likely than not*). Son admisibles otros, como la probabilidad de la implicación de los bienes acusados en el delito (*probable cause*), así como las presunciones de la misma y la inversión de la carga de la prueba, de forma que corresponderá al propietario probar la inocencia de las cosas que le han sido incautadas. La presunción de inocencia de dicho propietario no entra en consideración, puesto que, como se ha indicado previamente, el procedimiento es, desde una perspectiva formal, de naturaleza civil e *in rem*⁴.

Debe precisarse que, puesto que la acción se dirige contra unos bienes determinados por su probable relación con un delito, el genuino comiso sin condena no ampara la confiscación sustitutiva o por valor equivalente.

Bajo la denominación *civil asset forfeiture* tienen cabida en EE. UU. dos modalidades de comiso, una judicial (*judicial civil forfeiture*) y otra

⁴ Así, si bien en sentido crítico, STAHL, M. B., *Asset Forfeiture, Burdens of Proof and the War on Drugs*, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 83, pp. 292 ss.

administrativa (*nonjudicial civil forfeiture* o *administrative forfeiture*). Ambas categorías están vinculadas entre sí tanto en el plano teórico como en el práctico. Por una parte, el comiso administrativo llevado a cabo por agentes de la autoridad, tras ser notificado al propietario del bien incautado, puede ser recurrido ante los tribunales. Por otra parte, la fiscalía, a la que la autoridad que ha llevado a cabo la incautación debe también notificarla, puede ejercitar una acción judicial *in rem* contra los bienes en cuestión como acusados/ demandados⁵. A su vez, ambas modalidades pueden materializarse vinculadas a un procedimiento de comiso penal *in personam*, pues, a partir de la notificación de un comiso administrativo, la fiscalía puede, en lugar de ejercitar una acción civil contra los bienes, abrir un procedimiento penal incorporando la petición de comiso de los bienes como parte de la condena solicitada; o bien, instar dos procedimientos *in tandem*, uno penal (*in personam*) y otro civil (*in rem*) independiente del primero. Ahora bien, para que esto sea posible, es necesario que la Fiscalía haya ejercitado en un plazo de noventa días una acción civil. Se trata de un plazo de caducidad, por lo que, una vez agotado, el bien ya no podrá ser objeto de un procedimiento de comiso civil⁶.

En caso de que se abra un procedimiento penal, para lo cual no hay establecido plazo de caducidad, habiendo ya en curso uno civil, éste debe paralizarse hasta la conclusión del penal. Si éste concluyera con fallo absolutorio o no resultase probada la vinculación del bien incautado con el delito que determina la condena, podría continuar el procedimiento civil.

Desde 1995 la cifra oficial de procedimientos de comiso penal supera cada año al de comisos judiciales civiles⁷. Ahora bien, dicha cifra no incluye los no judiciales, que suponen anualmente más del 60% de los comisos federales⁸.

⁵ https://www.treasury.gov/resource-center/terrorist-illicit-finance/Asset-Forfeiture/Documents/18_USCA_s_983_3-15-11_0933.pdf

Los bienes que pueden ser confiscados administrativamente son: mercancías cuya importación esté prohibida; un medio de transporte utilizado para importar, transportar o almacenar una sustancia controlada; un instrumento monetario; u otros bienes cuyo valor no supere los 500.000 dólares.

⁶ 18 USC§983 (a)(3)(A)

⁷ Los últimos datos publicados corresponden al año fiscal 2019 (*vid.* tabla 16): <https://www.justice.gov/usao/page/file/1285951/download>

⁸ WELD, J. B.: «Forfeiture Laws and Procedures in the United States of America», en *UNA-FI Resource Material Series* No. 83, p. 20. Como señala la autora, la razón de este elevado porcentaje es que los dueños no suelen presentar recurso ante los tribunales para recuperar la propiedad decomisada, en la mayoría de los casos, dinero en efectivo.

III. Los orígenes del *civil forfeiture*

Los orígenes de la institución que nos ocupa se hallan en el Derecho británico, que, cuando EE. UU. logra su independencia en 1776, conocía tres clases de confiscación de bienes. La primera de ellas, denominada «deodand» (del latín *deo dandum*= que ha de ser dado a Dios), estaba integrada en el *common law*, al menos, desde el siglo XI, y fue aplicada por la Corona británica hasta su abolición en 1846⁹. Conforme a esta institución, que hunde sus raíces en prácticas pre judeo-cristianas¹⁰, un animal u objeto inanimado era considerado *deodand* cuando un jurado designado por el pesquisidor (*coroner*) determinaba que era el causante de la muerte de un ser humano. A partir de ese momento, el animal o cosa señalado debía ser entregado a la Corona, representante de Dios en la tierra, y vendido; siendo aplicado el dinero obtenido a obras pías¹¹. Sin embargo, la práctica solía distar mucho de este esquema teórico, que nunca fue objeto de regulación en disposiciones escritas (*statutes*), pese a que sí lo fue, en cambio, la institución en sí misma. Así, por una parte, en la mayoría de los casos, los *deodands* no eran entregados por sus dueños ni requisados por las autoridades a fin de proceder a su enajenación, sino que el mismo jurado que los enjuiciaba, los tasaba y sus propietarios pagaban una multa por el importe del valor establecido. Si el dueño no podía hacer frente al pago, era el municipio el que se hacía responsable de dicha multa. Por otra parte, el dinero obtenido a veces se destinaba a obras de caridad o se entregaba a la familia de la víctima, pero con mayor frecuencia ingresaba directamente en las arcas reales. Con el paso del tiempo, además, la Corona británica convirtió en mercancía los derechos sobre todos los *deodands* de una jurisdicción, vendiéndolos a señores, municipios y entidades, hasta el punto de que la salvaguarda de los intereses de estos fue el argumento de mayor peso esgrimido posteriormente en contra de la abolición de la propia institución.

Desprovista de la justificación religiosa, la idea de expiación de la culpa del animal u objeto homicida que le servía de fundamento fue

⁹ PIETZ, W., «Death of the Deodand: Accursed Objects and the Money Value of Human Life», en *Anthropology and Aesthetics*, vol. 31, 1997, p. 97.

¹⁰ En el libro del Éxodo 21: 28 se lee: «Si un buey acorneare a hombre o a mujer, y a causa de ello muere, el buey será apedreado, y no será comida su carne; mas el dueño del buey será absuelto.» Asimismo, en la antigua Grecia, se pensaba que los demonios podían poseer a animales y objetos inanimados, llevándolos a cometer crímenes. Vid. HOLMES, JR., O. W., *The Common Law*, Little Brown, 1886, p. 7, disponible en: <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>; BURKE, E. W., Deodand-A Legal Antiquity That May Still Exist, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 8, 1930. Disponible en <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol8/iss3/2>

¹¹ BURKE, E. W., *ibidem*.

reemplazada por la de castigo por la negligencia del propietario por la no evitación del daño causado¹².

La segunda clase de decomiso, *fofeiture of estate upon conviction of treason or felony*, sólo podía imponerse a quienes eran condenados por la comisión de un crimen o por traición, cuyos derechos civiles y políticos se declaraban extintos (*attainder*). Los bienes del condenado como criminal eran confiscados a favor de la Corona y sus tierras revertían a su señor; al condenado como traidor se le confiscaba todo su patrimonio, inmobiliario y mobiliario, que pasaba a manos de la Corona. El fundamento de este decomiso, de carácter indiscutiblemente penal, era la consideración de la propiedad como un derecho otorgado por la sociedad que se pierde como cuando se violan sus leyes¹³.

El tercer tipo de decomiso lo integraban los *statutory forfeitures of offending objects used in violation of the customs and revenue laws*. Las Leyes de navegación de 1660 obligaban a fletar la mayor parte de las mercancías en buques ingleses, y su incumplimiento daba lugar a la confiscación de los bienes transportados ilegalmente y del barco que los llevaba. Estas consecuencias podían imponerse incluso en los casos en los que el hecho ilícito era cometido por un solo marinero sin conocimiento del patrón del navío o de su propietario; pues, a estos efectos, ellos respondían de los actos de la tripulación. Ahora bien, los acusados y condenados no eran las personas, sino las propias mercancías y las embarcaciones¹⁴. Mediante esta ficción jurídica, se lograba dar una respuesta legal sancionadora rápida y eficaz, salvando los obstáculos o imposibilidad de enjuiciamiento penal derivados de la identificación, localización, inmunidad o muerte de los sujetos infractores, a menudo propietarios y comerciantes extranjeros.

La institución del *deodand*, que fue objeto de escasa aplicación en el territorio americano –quizá debido a la renuencia de los colonos a beneficiar económicamente a la Corona británica o a sus agentes¹⁵– no se incorporó nunca al *common law* estadounidense. Tampoco la confis-

¹² Austin v. United States, 509 U. S. 602 (1993), citando la sentencia del caso Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.

¹³ Parece obvio que con él entroncan las actuales extinciones de dominio previstas en los sistemas jurídicos latinoamericanos.

¹⁴ PALEY, W.: *The Law and Practice of Summary Convictions on Penal Statutes by Justices of the Peace: Including Proceedings Preliminary & Subsequent to Convictions, and on Appeal and Removal*, Henry Butterworth bookseller, 1838, p. 397, nota (a), aludiendo al caso Mitchell v. Torup. Vid. respecto a este caso el detallado comentario de REEVES, J., *The Law of Shipping and Navigation: From the Time of Edward III to the End of the Year 1806*, W. Clarke and Sons, London, 1807, pp. 203-207.

¹⁵ Ofrece este argumento LEVY, L. W., *A License to Steal. The Forfeiture of Property*, the University of North Carolina Press, Chapel Hill and London, 1996, p. 14. Vid., asimismo, GREEK, C., «Drug Control and Asset Seizures: a Review of the History of Forfeiture in England

cación de bienes como castigo del crimen y la traición encontraron cabida en el Derecho de la nueva nación americana¹⁶.

En cambio, sí hizo suyos EE. UU. tanto la personificación de los objetos, como el proceso *in rem* por la vinculación de los mismos con un delito, su declaración de culpabilidad y su condena¹⁷, dejando al margen de la acusación a sus propietarios. Esta tradición jurídica tomó cuerpo en la normativa aduanera y marítima de la que se proveyó la flamante república estadounidense. En ella se preveía la confiscación de barcos y sus cargamentos por delitos de piratería, traición y contrabando mediante acciones *in rem*¹⁸, y su vigencia no se vio afectada ni siquiera por la guerra civil. La existencia de conexión entre las acciones *in rem* y la institución del *deodand* ha sido señalada expresamente por la jurisprudencia, por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *J. W. Goldsmith, Jr. Grant Co. v. United States*¹⁹.

IV. The war on Drugs: la expansión del *civil forfeiture* y la (re)introducción del comiso penal en EE. UU.

Con el paso del tiempo, el comiso sin condena fue abarcando otros ámbitos y objetos, como los automóviles. En 1966, los múltiples procedimientos establecidos en la legislación de Aduanas y Almirantazgo,

and Colonial America», en http://www.fear.org/history/Greek_History_of_Forfeiture_in_England_and_ColonialAmerica.html

¹⁶ *Vid. infra*.

¹⁷ Como, por ejemplo, en el caso *United States v. The Brig Malek Adhel*, 43 U. S. 210 (1844), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/43/210/>

Se condena en virtud de la *Act of Congress to protect the commerce of the United States, and to punish the crime of piracy, de 1819, cap. 76, (200)* a un barco y su cargamento, argumentando que, aunque los dueños son inocentes, el barco es culpable de los actos delictivos realizados.

¹⁸ *Vid.* la sentencia del caso *The Palmyra*, 25 US 1 (1827), relativa a una goleta española, probablemente confundida con el bergantín «Panchita», acusado de piratería. La Palmyra fue atacada por un bergantín oficial estadounidense, apresada y vendida. En oposición a la demanda por daños, el tribunal esgrimió la validez de la sospecha (probable cause) para legitimar el decomiso sin derecho a indemnización.

¹⁹ 254 U. S. 505 (1921). *En cumplimiento de esta ley, se presentó acusación contra un automóvil Hudson con un valor de tasación de 800 dólares, y se acusaba de que el automóvil, antes de su incautación, había sido utilizado por tres personas nombradas para trasladar, depositar y ocultar 58 galones de bebidas alcohólicas destiladas sobre las que los Estados Unidos habían impuesto un impuesto que no se había pagado. (...) El jurado declaró al automóvil culpable, y, como consecuencia del veredicto, se dictó una sentencia de condena y decomiso. (...) En las infracciones de los preceptos tributarios, algunos elementos patrimoniales son instrumentos, y por lo tanto puede decirse que el Congreso interpone el cuidado y la responsabilidad de sus propietarios como ayuda de las prohibiciones legales y sus disposiciones punitivas, atribuyendo a la propiedad una cierta personalidad, un poder de complicidad y culpabilidad en el ilícito. En ellos existe cierta analogía con la ley del deodand, por la cual se confiscaba un bien mueble que fuese causa inmediata de la muerte de cualquier criatura racional.*

aplicables a los supuestos de piratería, traición y contrabando de bienes ilícitos, incluidas las drogas, fueron recopilados en las *Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims*²⁰.

El comiso penal *in personam* había sido abolido por la ley de 20 de abril de 1790, emanada por su Primer Congreso²¹. Sin embargo, en 1969 la confiscación de bienes se contempló como un instrumento punitivo eficaz contra los condenados por tráfico de drogas, en la medida en que ataca los pingües beneficios económicos, principal incentivo de su actividad delictiva. Nace con tal propósito la *Crime Control Act* de 1970, también conocida como *Organized Crime Control Act (OCCA)*²², que alberga en su Título IX las celebérrimas disposiciones relativas a las *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (Organizaciones Extorsionadoras y Corruptas), conocidas como «ley RICO»²³. Con ellas, consideradas como la salva inicial de la guerra contra la droga emprendida por la Administración Nixon, se introduce el comiso como sanción penal, quedando implícita y parcialmente derogada su originaria interdicción²⁴. Asimismo, el § 881 permite el comiso civil de sustancias ilícitas, materias primas, equipos empleados para su elaboración y todos los vehículos usados para su distribución. En 1978 su radio de acción se amplía, mediante el § 881 (a) (6), a todas las ganancias procedentes del tráfico de drogas, a todos los bienes adquiridos con ellas, e incluso a los bienes destinados a ser entregados a cambio de drogas.

En 1984, se aprueba la *Comprehensive Crime Control Act*, que trata de maximizar el ámbito de aplicación del comiso apostando por combinar coordinadamente las acciones *in rem* y las acciones *in personam*, y llevando hasta el límite las posibilidades que cada vía permite. Para la aplicación del comiso civil (§§ 881 y 981) bastaba que un tribunal de distrito emitiera una orden basada en la sospecha de la existencia de una *probable cause*, o sea, en la creencia razonable, que podía basarse únicamente en testimonios de referencia y en pruebas circunstanciales, de que

²⁰ WELD, J. B., «Forfeiture Laws and Procedures», p. 19.

²¹ *No conviction or judgment shall work corruption of blood or any forfeiture of estate*. Este pronunciamiento legal fue incorporado al 18 USC §3563.

²² BLOCK, A. A., «The Organized Crime Control Act, 1970: Historical Issues and Public Policy», en *The Public Historian*, vol. 2, no. 2, 1980, pp. 39 ss. Disponible en www.jstor.org/stable/3376969. Último acceso: 7 de marzo de 2021.

²³ Pub. L. No. 91-452, § 901(a), 84 Stat. 922, 941-48 (codified as amended at 18 U. S. C. §§ 1961-1968).

²⁴ GREEN, T. M., «Coverage and Application of the Organized Crime Control Act of 1970: The AntiRacketeering Statute in Operation», *Chicago-Kent Law Review*, vol. 53, 1976. Disponible en: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/ccklawreview/vol53/iss2/16>. Último acceso: 15 de marzo de 2021.

un bien (inmuebles incluidos) fue utilizado para favorecer la comisión de un delito o de que tiene su origen en un delito sujeto a comiso. A partir de ahí, operaba la inversión de la carga de la prueba con arreglo a lo dispuesto expresamente en el §1615²⁵. Asimismo, se permite el comiso de los bienes que hayan sido transferidos a un tercero, si bien incluyendo una disposición que protege a los adquirentes de buena fe. Para la implementación de esta última y resolver las reclamaciones de terceros se establecen procedimientos accesorios (*ancillary hearing*). Instrumento clave es el programa *Equitable Sharing* por el que, en síntesis, se atribuye, a las fuerzas del orden estatales y locales²⁶ hasta el 80 % del producto de los decomisos realizados en colaboración con las agencias federales, o autónomamente pero de bienes «adoptados» por las autoridades federales.

Por su parte, el comiso penal hace posible el comiso sustitutivo o por valor equivalente sobre el patrimonio del condenado sin costes adicionales, sin preclusión de la vía civil con respecto a la misma propiedad si resultase infructuosa la vía penal.

Las consecuencias en términos de vulneración de derechos que trajo consigo la aplicación durante más de una década de un comiso *in rem* con tan amplio ámbito de actuación y tan pocas limitaciones para ser impuesto, provocaron una fuerte reacción social y política, fruto de la cual es la reforma operada en 2000 mediante la *Civil Asset Forfeiture Reform Act (CAFRA)*²⁷. Esta acabó con la inversión de la carga de la prueba en el comiso *in rem*, estableció la condena en costas del Go-

²⁵ <https://www.ojp.gov/pdffiles1/Digitization/157601NCJRS.pdf>. Último acceso: 15 de marzo de 2021.

²⁶ Para fines vinculados a la aplicación de la ley.

²⁷ Resultan particularmente relevantes los siguientes fragmentos del discurso del promotor de la CAFRA, el congresista republicano Henry J. Hyde, como presidente del *House Committee on the Judiciary*, el 22 de julio de 1996 (pp. 2 y 3), disponible en inglés en: <https://www.justice.gov/criminal-mlars/file/1042296/download>: Los agentes federales y estatales tienen el poder de incautar su casa, su coche, su negocio y su cuenta bancaria, todo ello sin acusación, audiencia ni juicio. Con independencia del sexo, edad, raza o estatus económico, todos somos víctimas potenciales de los procedimientos civiles de comiso de bienes [...]. Se ha estimado que en más del 80 % de los casos de comiso civil no se le llega a acusar de ningún delito al propietario. Aun así, los funcionarios del Gobierno generalmente se quedan con los bienes decomisados. Además, para justificar su incautación, el Gobierno solo necesita aportar prueba de lo que sus agentes consideren como «causa probable» (...). Peor aún es que, conforme a la legislación actual, la carga de la prueba recaiga sobre el dueño de los bienes, que tiene que demostrar por preponderancia de la prueba que su patrimonio no ha sido utilizado en un acto delictivo o que no es susceptible de ser confiscada. La víctima no acusada debe probar que no. [...] Considero el comiso penal de bienes como consecuencia de una condena penal como una pena apropiada. En él, el culpable ha sido sometido al proceso legal debido. Pero el comiso civil castiga con demasiada frecuencia a personas inocentes. Puede que estos procedimientos tuvieran sentido en el siglo XVIII, cuando se incautaban barcos que contenían mercancías de contrabando, pero en el mundo moderno de hoy, los objetivos del comiso no penal son las residencias, las empresas y las cuentas bancarias. Debemos reformar estos procedimientos para garantizar la justicia fundamental y el derecho al proceso debido.

bierno si el propietario de los bienes ganaba el juicio logrando la recuperación de los mismos; pero mantuvo el programa *Equitable Sharing* y la adopción de bienes. Supuso, asimismo, un refuerzo del comiso penal. Por una parte, se incorporaron al listado de los delitos federales castigados con decomiso penal, entre otros, un buen número de delitos patrimoniales y de cuello blanco. Por otra parte, se introdujo un precepto (28 U. S. Code § 2461) que permite que el decomiso se articule mediante procedimientos penales en todos aquellos supuestos en los que esté legalmente prevista la aplicación del decomiso civil.

V. ¿Tiene realmente naturaleza civil?

Pese a sustanciarse en procedimientos civiles, desde su origen es una constante en EE. UU. la existencia de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que le reconocen una naturaleza, cuanto menos, parcialmente punitiva.

Así, el Tribunal Supremo de EE. UU. en algunas de sus resoluciones, como la sentencia dictada en el caso *Boyd v. United States*²⁸, le atribuyó tempranamente una naturaleza penal (*criminal case*), de la que deriva la aplicabilidad de las garantías constitucionales de la Cuarta Enmienda (prohibición de registros sin causa razonable) y del derecho a no declarar contra uno mismo (contenido en la Quinta). Del mismo modo, en el caso *Austin v. United States* se afirma que los preceptos que establecen el decomiso civil por tráfico de drogas, §§ 881 (a)(4) y (a) (7), «correctamente se consideran hoy día penas (...) puesto que, claramente, atienden a la culpabilidad del propietario al establecer expresamente eximentes aplicables al *propietario inocente* y al vincular el comiso directamente a la comisión de delitos relativos a drogas; y puesto que la historia legislativa confirma que el Congreso entendió que los preceptos servían para disuadir y castigar».

Cierto es que el Tribunal Supremo de EE. UU. no ha equiparado el comiso impuesto en procedimientos *in rem* con el aplicado en un procedimiento *in personam* a efectos de las garantías constitucionales que deben observarse. Así, consideró en 1996, en el caso *United States v Ursery*²⁹, que los comisos civiles *in rem*, ni constituyen «pena» ni tienen naturaleza penal a los efectos del principio *non bis in idem* (*Double Jeopardy Clause*, Quinta Enmienda); por lo que cabe decomisar en un

²⁸ 116 U. S. 616 (1886). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>

²⁹ 518 U. S. 267 (1996). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/267/>

procedimiento civil *in rem* independiente los elementos patrimoniales vinculados a un delito por el que haya sido penalmente condenado su propietario. Ahora bien, no es menos cierto que el alto tribunal federal, tras rechazar taxativamente la inconstitucionalidad de ese doble rasero, utiliza argumentos que implican el reconocimiento de la naturaleza penal del comiso *in rem*. Así, en el caso *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*³⁰, afirma que el comiso de medios de transporte que han sido utilizados, y que podrían ser nuevamente utilizados, para vulnerar la legislación en materia de drogas, favorece la función que cumplen los preceptos penales subyacentes, tanto porque impiden un ulterior uso ilícito como porque imponen una sanción económica.

Los tribunales de distrito han estimado aplicable la garantía de un juicio rápido (Sexta Enmienda). En cambio, no han reconocido durante muchos años otras garantías, como el derecho a confrontación con los testigos (también en la Sexta Enmienda), el principio de irretroactividad (*Ex Post Facto Clause*) y la prohibición de penas crueles e inusuales (Octava Enmienda)³¹. Sin embargo, en 2019 el caso *Timbs v. Indiana* ha marcado un hito al establecer el Tribunal Supremo de EE. UU. que la Cláusula de interdicción de multas excesivas está integrada en la Cláusula de Proceso Debido de la Décimocuarta Enmienda, rigiendo en consecuencia para los Estados (no solo a nivel federal) y, por ende, en los procedimientos de comiso *in rem*³².

³⁰ 416 U. S. 663 (1974). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/416/663/>

³¹ Como acredita el caso *Alexander v. USA*. 509 U. S. 544 (1993). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/544/>

³² 586 U. S. (2019). En 2013, Tyson Timbs, drogodependiente, fue detenido por un agente de policía encubierto por llevar en su todoterreno heroína por valor de 385 dólares. Se declaró culpable ante el tribunal estatal de Indiana por delito de tráfico de una sustancia ilegal y de conspiración para cometer un robo, siendo condenado a un año de arresto domiciliario y cinco años de libertad condicional. Se le exigió el pago de 385\$ en concepto de gastos policiales, una multa de 200 \$, 168 \$ por costas judiciales, una fianza de 50 \$ y 400 \$ por las pruebas de drogas y alcohol en el departamento de libertad condicional. En el momento de la detención, la policía le confiscó el Land Rover que había comprado por algo más de 42.000 dólares con el dinero que recibió de una póliza de seguro cuando murió su padre. El Estado solicitó el decomiso civil del vehículo, alegando que había sido utilizado para transportar heroína. Teniendo en cuenta que el precio que pagó por él era más de cuatro veces superior a la multa máxima (10.000 \$) que se le podía imponer como condena por tráfico de drogas, el tribunal de primera instancia denegó la solicitud, argumentando que el comiso resultaría muy desproporcionado en relación a la gravedad del delito y, por tanto, inconstitucional en virtud de la Cláusula de multas excesivas de la Octava Enmienda. El Tribunal de Apelación de Indiana confirmó la sentencia, pero el Tribunal Supremo de dicho Estado la revocó, al estimar que la Cláusula antedicha solo limita la actuación federal, pero es inaplicable a nivel estatal. Timbs recurrió ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos, que, como se indica en el texto, declaró la aplicabilidad de la meritada Cláusula. Como consecuencia de esta decisión el Tribunal Supremo de Indiana, consideró que el comiso efectuado era «al menos en parte, punitivo» y, a la luz de las condiciones económicas y personales del reo y de la escasa gravedad del delito, declaró que el comiso del vehículo era una medida excesiva y que éste debía serle devuelto al reo.

LA EJECUCIÓN CRUEL DE LAS PENAS DE PRISIÓN¹

CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha

I. Introducción

Seguramente la lucha contra la pena de muerte sea uno de los compromisos más férreos del Profesor Luis Arroyo Zapatero en las últimas décadas. No es en todo caso un compromiso nuevo, sino que ya se manifestó contra ella, al igual que lo hiciera su maestro, y el de todos, el Profesor Marino Barbero Santos², desde el inicio de su carrera investigadora³. Su labor académica dirigida a demostrar que se trata de una pena cruel e inhumana, además de ineficaz, con el fin de su abolición universal, ha sido reconocida internacionalmente, habiéndose materializado en numerosos proyectos de investigación⁴, publicaciones⁵ y organización de Congresos y Jornadas, así como en la conforma-

¹ Este trabajo está dedicado al Profesor Luis Arroyo Zapatero, quien me abrió generosamente las puertas para integrarme en el área de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha al terminar la carrera. A su magisterio le debo, entre otras muchas cosas, las raíces de mi formación inicial alemana, pues me impulsó desde el inicio a realizar distintas estancias de investigación en el Instituto de Derecho penal y Criminología de Friburgo, bajo la tutela del recordado Klaus Tiedemann, y a pedir una beca del Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) que me permitió formarme durante un año en la Universidad de Bayreuth, junto al Profesor Gerhard Dannecker. Pero sobre todo ha sido un ejemplo durante todos estos años de la militancia en un Derecho penal comprometido que, por su temática, sus planteamientos o propuestas pretende y puede poner un importante granito de arena en la construcción de una sociedad diferente construida sobre la dignidad, la igualdad y la justicia.

² Con su histórica Lección de Incorporación al Claustro de la Universidad de Murcia, en plena Dictadura (27 de abril de 1964), con el tema: «La pena de muerte, problema actual» en una valiente defensa del pensamiento abolicionista de la pena capital. Disponible en *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*. Rodríguez Yagüe, C. (editora), Gargallo Vaamonde, L. (coord). Universidad de Castilla-La Mancha, 2013; además de su relevante obra: *Pena de muerte (el ocaso de un mito)*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

³ Así, entre sus primeros trabajos figura el estudio sobre «La experiencia de la abolición de la pena de muerte en Gran Bretaña», publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. 62, 1981, pp. 11-28.

⁴ Siendo Investigador Principal de los Proyectos nacionales: «La abolición de la pena de muerte en el Derecho Penal Internacional» (2013-2016) y «Red para la abolición de la pena de muerte y las penas crueles» (2020-2021); y del Proyecto regional «La crueldad en el Derecho penal contemporáneo: pena de muerte, ejecuciones extrajudiciales y cadena perpetua» (2020-2022).

⁵ Así, entre otras, *Hacia la abolición universal de la pena capital* (Arroyo, L., Biglino, P., Schabas, W. eds). Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; *Towards Universal Abolition of Death Penalty*

ción y liderazgo de la Red académica internacional por la abolición de la pena capital (REPECAP). Creada en 2009, se trata de una red científica mundial, conformada por académicos, sociedades científicas, institutos y centros de investigación universitarios, así como instituciones de derecho público y tercer sector, que nació con el objetivo de luchar por la abolición permanente de la pena de muerte en todo el mundo⁶.

Tomando con humildad su testigo en el ámbito de la ejecución penitenciaria, los argumentos esgrimidos contra la pena de muerte en ese todavía no concluido camino hacia su abolición universal en tanto pena cruel y contraria al principio de humanidad pueden ser extendidos no solo a otras penas, como las corporales, sino también a la nacida como sustitutivo natural de aquélla, como es el caso de la pena de prisión, pero que, ejecutada de manera incorrecta, puede suponer igualmente un castigo contrario a la dignidad del hombre y convertirse igualmente en una pena cruel.

La proscripción de las penas crueles propia del pensamiento penal ilustrado marca la distancia con el fin meramente retributivo de la pena y se liga a la búsqueda de fines de naturaleza preventiva bajo el paradigma de la proporcionalidad. En palabras de Beccaria, quien tras afirmar como

(Arroyo, L., Biglino, P., Schabas, W., eds), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; «El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte». *Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; *Pena de muerte. Fundamentos teóricos para su abolición* (AA. VV.), Ediciones Didot, Buenos Aires, 2011; *The Abolition of the Death Penalty*, Estambul, 2011; «La prohibición de la pena de muerte», *Revista de Occidente*, 2013; «Pena de muerte y tráfico de drogas», *Revista Tiempo de Paz*, 2013; «Sistema prisional. La pena de muerte como trato cruel, inhumano y degradante». *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 2013; *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no necesariamente disuasoria* (Arroyo, L., Nieto, A., Schabas, W., eds). Universidad de Castilla-La Mancha, 2014 y, dentro del mismo, el capítulo referido a «Francisco de Goya: contra la crueldad del sistema penal y de la pena de muerte»; «El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte». *Justicia penal, Política Criminal y Estado Social de Derecho en el siglo XXI*, Ediar, Argentina; «El Marqués de Beccaria y Francisco de Goya: contra la crueldad del sistema penal y la pena de muerte». *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, 2014; «Cesare Beccaria y la abolición de la pena capital». *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione. Le lezioni di Cesare Beccaria*. Giuffrè Editore, 2015; «Les chemins de l'abolition de la peine de mort. Acteurs, facteurs et processus». *La peine de Mort. Vers L'abolition absolue?*, Paris, 2016; *La pasión de la crueldad, el Papa Francisco contra la pena de muerte*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016; *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente* (Arroyo Zapatero, L., Estrada Michel, R., Nieto Martín, A., eds), Universidad de Castilla-La Mancha, 2016 (y dentro del mismo el capítulo: «Actores, factores y procesos en el camino de la abolición universal de la pena de muerte»); «La pena di morte e la Chiesa cattolica» (junto a Foffani, L.), *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* núm. extra 4, 2019; o «La pena de muerte es inadmisibles para la Iglesia Católica: la reforma de Catecismo del Papa Francisco y sus consecuencias». *Libro Homenaje al Prof. Diego-Manuel Luzón Peña*. Reus, 2020.

⁶ Cuya actividad puede ser consultada en la web: www.academicsforabolition.net. Asimismo, la transferencia docente de sus investigaciones ha tenido un impacto global a través de las diferentes ediciones del MOOC, de impartición abierta y *on line* con estudiantes de todos los países: «Pena de muerte y Derechos Humanos: Hacia la abolición universal», ofrecido en la plataforma Miríadax (<https://miriadax.net/web/pena-muerte-derechos-humanos-2ed>).

«evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido» y preguntarse si: «¿los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumadas?», concluía que «el fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo»⁷. Y el exponente de la traslación de las ideas ilustradas en España, Manuel de Lardizábal y Uribe, desde una lógica también eminentemente preventiva, advertía contra los efectos adversos de las penas crueles: «al paso que se aumenta la crueldad de los castigos, se endurecen los ánimos de los hombres; se llegan a familiarizar con ellos, y al cabo de tiempo no hacen ya bastante impresión para contener los impulsos y la fuerza siempre viva de las pasiones», subrayando asimismo el carácter especialmente afflictivo que las condiciones de privación de libertad imprimían en la cárcel: «por la privación de libertad y por las incomodidades y molestias que indispensablemente se padecen en ella, puede contarse entre las penas corporales afflictivas; y si se atiende a las vejaciones y malos tratamientos, que los abusos introducidos por la codicia, dureza y mala fe de los subalternos hacen padecer a los miserables que tienen la desgracia de estar allí encerrados, deberá reputarse por una de las más graves»⁸.

Desde las primeras formas de privación de libertad, en todo caso coexistentes con las penas de muerte y corporales, las condiciones de los lugares de retención ha sido una preocupación constante por parte de los reformadores.

Ya desde su primer uso, hasta a finales del siglo xvi, en su dimensión de «cárcel custodia», que fundamentalmente era «para guardar delincuentes»⁹, ya con su paulatina consolidación como pena singular, las condiciones de hacinamiento e insalubridad, la inadecuación de las instalaciones¹⁰, la utilización normalizada de la tortura y los castigos corporales, la corrupción, y la falta de todo tipo de asistencia han sido una constante en la historia, evolución y reforma de la prisión. De ahí que también la evolución de la

⁷ Así lo recoge BECCARIA, C., en el capítulo 12, referido al fin de las penas, en *De los delitos y de las penas*. Alianza Editorial. Madrid, 1968, p. 46.

⁸ *Discurso sobre las penas*, (1782). Edición preparada por Francisco Bueno Arús y prologada por José Antón Oneca. Madrid, 1967, pp. 85 y 125.

⁹ En palabras de GARCÍA VALDÉS, C., «El nacimiento de la pena privativa de libertad». *Estudios de Derecho Penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 11.

¹⁰ Ya decía Miguel de Cervantes en su Prólogo a la primera parte del Quijote que la cárcel es un lugar «donde toda incomodidad tiene su asiento, y donde todo triste ruido hace su habitación».

pena de prisión, a través de la reforma de las legislaciones y prácticas punitivas, haya ido de la mano de la búsqueda de su humanización¹¹; tarea ésta todavía pendiente en no pocos sistemas penitenciarios, incluso europeos.

Así ya en el siglo xvi destaca la importante labor de denuncia de tres figuras clave para el humanitarismo¹²: Bernardino de Sandoval¹³, Tomás Cerdán de Tallada¹⁴ y Cristóbal de Chaves¹⁵, precedentes en tiempo y fines de la trascendental figura de John Howard, sheriff de Bedford, y su fundamental propuesta para promover la reforma de las prisiones en su libro *The state of the prisons in England and Wales* (Londres, 1777) después de haber sufrido sus penosas condiciones en su propia experiencia como prisionero de los berberiscos¹⁶ y de haber recorrido después las cárceles europeas, siendo reconocido como el gran impulsor de la reforma penitenciaria y del movimiento humanizador de los lugares de reclusión¹⁷, reclamando cambios en cuanto a alimentación, higiene, separación de presos, arquitectura y

¹¹ En un proceso paulatino, como bien señala GARCÍA VALDÉS, C., en el que paralelamente al crecimiento y desarrollo de la prisión como pena, tiene lugar un sentimiento paralelo de una progresiva crítica, cuestionando en un primer momento la dureza del encierro estricto de las primeras fórmulas de sistemas penitenciarios, en un segundo momento el rigor disciplinario extremo, pasando después a atacar la dureza del trabajo inútil, sin efecto rehabilitador y por último, a la exigencia del reconocimiento de los derechos humanos también a las personas privadas de libertad. «La reforma de la prisión: Historia y Filosofía», *Estudios de Derecho Penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 45.

¹² Precursores españoles en el estudio de los presos y la prisión, como señala AMEZÚA AMEZÚA, L. C., «La realidad de la prisión: precursores españoles del humanitarismo penitenciario en el siglo de oro». *Hitos de la historia penitenciaria española. Del Siglo de Oro a la Ley General Penitenciaria*, MATA y MARTÍN, R. M. (Dir), BOE, Madrid, 2020, p. 20. Un análisis de la influencia del principio humanitario en la evolución del cumplimiento de la pena privativa de libertad durante el siglo xix puede encontrarse en SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo xix*, Edisofer, Madrid, 2003.

¹³ Teólogo, con su *Tratado del cuidado que se deben tener de los presos pobres*. Toledo, 1564. En él, introduciendo la necesidad de la misericordia con la que debía atenderse a las personas presas, ya apuntaba: «Ansi mesmo haze ser la prisión, graue, pesada y muy trabajosa cosa, el ruydo, gemidos, clamores, y bozes de los presos que comúnmente en las cárceles se oyen: las cadenas, y los tormentos con que los presos son castigados; las mazmorras oscuras que quitan a los hombres las vistas de sus padres, mujeres e hijos, y finalmente la luz común del cielo, y el huelgo del ayre con que respiramos y bivimos. El hambre, sed y falta de vestidos para cubrir sus carnes, que los desamparados presos sufren, la compañía forzosa con gente aherrojada, y hombres facinorosos (sic), lugar donde tales cosas se pasan, y otras que sería largo referir, con razón se tiene por penoso y miserable, tanto que con su vista sola da horror (...)».

¹⁴ Abogado, fiscal y Juez en la Audiencia de Valencia, con su obra: *Visita de la cárcel y de los presos: en la qual se tratan largamente sus cosas, y casos de prisión, así en causas civiles, como criminales; según el derecho Divino, Natural, Canonico, Civil y leyes de Partida, y Fueros de los Reynos de Aragon y de Valencia*, Valencia, 1574.

¹⁵ Abogado y procurador en la Audiencia de Sevilla, en su *Relacion de las Cosas de la Cárcel de Sevilla y su trato*. Sevilla, 1585.

¹⁶ Pues como refiere GARCÍA VALDÉS, C., las imágenes por él percibidas no son fácilmente olvidables, al ser el estado y condiciones de las prisiones del siglo xviii aún peores que doscientos años antes. *Introducción a la penología*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, p. 83.

¹⁷ Además del iniciador y padre de la ciencia penitenciaria, como subraya acertadamente MATA y MARTÍN, R. M., *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 18.

educación¹⁸. Las penosas condiciones de las prisiones no solo preocuparon, sino también ocuparon, durante todo este tiempo y en diferentes épocas, a los insignes penitenciaristas que de una u otra manera tuvieron capacidad de incidencia y reforma del sistema penitenciario existente como Rafael Salillas¹⁹, Fernando Cadalso²⁰, Concepción Arenal²¹ o Victoria Kent²².

¹⁸ SOLAR CALVO, P., «La figura de Lardizábal. Su papel decisivo en la individualización de la pena». *Hitos de la historia penitenciaria española. Del Siglo de Oro a la Ley General Penitenciaria*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 74.

¹⁹ Inspirador del sistema tutelar plasmado en el Decreto de 1903, quien reconocía que: «está muy lejana la época de renovación o transformación de nuestras cárceles en consonancia con las indispensables garantías que exige el enjuiciamiento y con el respeto á la personalidad humana. Ya que es forzoso transigir con los obstáculos, más que nada económicos, que se oponen a una reforma general, radical é inmediata, para favorecerla o proclamarla debe revelarse, que aún subsisten prisiones casi subterráneas, otras lóbregas, careciendo en su mayoría de la suficiente capacidad respiratoria; que las separaciones dictadas en diversas pragmáticas y leyes en lo antiguo y en lo moderno, no se pueden cumplir, y que alguna tan importante como la de sexos se establece circunstancialmente, pues la mala condición de los edificios da lugar, en muchos casos, á que no haya departamentos especiales para hombres y para mujeres, habilitándolos independientemente según las necesidades; y que aun donde existen ciertas separaciones no se ha podido implantar un sistema de clasificación, en espera del régimen celular en edificios celulares». Dirección General de Establecimientos Penales: Anuario Penitenciario, Administrativo y Estadístico, Año natural de 1888 (1889); Recogido por SANZ DELGADO, E: «Las viejas cárceles: evolución de las garantías regimentales», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 56, 2003, p. 256. Estremecedora es la comparación que realiza entre las diferentes condiciones de habitabilidad en las que, en las denominadas «cuadras», se encontraban los caballos y los delincuentes: «Limpieza, aseo, ventilación, luz, capacidad: pesbres hasta de mármol, elegantes vallas de separación ó local independiente; previstas las necesidades de la vida orgánica; servicio esmerado, inspección constante. Así vive el caballo. Oscuridad, humedad, mefitismo, hacinamiento, corrupción; por cama el suelo; por aire el vaho que se exhala y la atmósfera que se corrompe; en un rincón la tinaja de agua, que se impurifica con el aire, y el vaso único, y al lado el zambullo de heces y de orines. Así vive el hombre delincuente». SALILLAS, R., *La vida penal en España*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1888, p. 10.

²⁰ Cadalso y Manzano, F., impulsor del Real Decreto de 3 de junio de 1901 y en él del sistema progresivo, también reconocía que las condiciones que «nuestros Presidios reúnen son la antítesis de las que reclaman la función reparadora y la reeducación del penado (...) No basta, no, quitarse de la vista al criminal; no es suficiente arrojarle en estos antros que tenemos por Presidios; no conviene hacinarle en las cuadras casi en un estercolero se amontona la inmundicia, porque á más de ser todo esto atentatorio y destructor de la condición humana, llegará un día en que el culpable, extinguida su prisión, vuelva a la sociedad y entonces se cobre con creces del mal trato que le ha dado». *Estudios Penitenciarios. Presidios españoles, escuelas clásica y positiva y colonias penales*. Madrid, 1893, pp. 4 y 5.

²¹ Quien, habiendo desempeñado ya el cargo de Visitadora de cárceles de mujeres en La Coruña entre 1863-1965, en su Informe presentado en el Congreso internacional penitenciario celebrado en Estocolmo en 1878, sabiamente señalaba que «el modo de cumplir la pena forma parte esencial de la pena misma: apenas se puede imaginar una variación del modo de cumplir la pena que no la agrave o la suavice; de forma que *variar* viene a ser *aumentar* o *disminuir*. Debe tenerse además muy presente cosas insignificantes, o que pasan desapercibidas para el hombre que goza de libertad, tienen mucho precio a los ojos del recluso, y negarlas o concederlas pueden ser una gran mortificación o un gran consuelo. O la Administración puede legislar, o la ley debe definir, exacta y tan detalladamente como fuese posible, el modo de cumplir la pena, determinando: el sistema de reclusión; el alimento; el vestido; las horas de trabajo; las de descanso; las que se dedican a la instrucción moral, religiosa y literaria; qué visitas o qué correspondencia se ha de permitir al penado; qué recompensas puede recibir; qué penas disciplinarias se le pueden recibir; qué penas disciplinarias se le pueden imponer; qué libertad se le puede dejar para que de algún modo haga uso de su albedrío». Disponible en *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*.

²² Entre las primeras medidas adoptadas durante el apenas un año que ostentó la Dirección General de Prisiones bajo la II República, en el que llevó a cabo una intensa labor normativa

Esta preocupación se traslada, a partir de mediados del siglo XIX, a los Congresos penitenciarios internacionales, ya en los primeros de organización privada (1846), en los oficiados por los Estados y organizados en su mayoría por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria (1872-1950) y a partir de 1955 en los Congresos sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente organizados por Naciones Unidas²³. Precisamente retomando el trabajo iniciado en los primeros Congresos, tras la segunda Guerra Mundial son aprobadas las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en 1955 en Ginebra, Reglas que se marcan como objetivo «establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos»²⁴.

En definitiva, también la pena privativa de libertad, que nace como sustitutivo natural de la pena de muerte en el largo proceso de siglos de reducción de su uso y posterior abolición, puede ser una pena cruel. Lo puede ser por su duración y lo puede ser por su forma de aplicación, estos, por las condiciones de ejecución y por el trato dado a los privados de libertad.

II. La proscripción de las penas y tratos inhumanos o degradantes en el Consejo de Europa

Tras el horror acontecido en Europa en la primera mitad del siglo XX, en los documentos que plasman la historia de los derechos humanos se recoge la proscripción de las penas y tratos inhumanos o degradantes. Así lo hace en su art. 5 la Declaración Universal de Derechos

aprobando numerosas Órdenes y Circulares con el objetivo de reformar profundamente el sistema penitenciario del momento, fueron aquellas dirigidas a mejorar las condiciones de las prisiones. Así lo explicaba ella misma: «Con urgencia fueron dadas las órdenes de sustituir los camastros inmundos de las cárceles por jergones nuevos (...); aumenté el capítulo destinado a alimentación de los reclusos (...); las celdas de castigo, cadenas y grilletes fueron suprimidos en todas las prisiones y penales (...); en aquellas cárceles, relativamente nuevas, situadas en regiones excesivamente frías, hicimos instalar calefacción en las enfermerías y en los locales destinados a escuela». «Las reformas del sistema penitenciario durante la II República». *Historia 16, Cárceles en España*, 1978, pp. 103 y 104.

²³ MATA Y MARTÍN, R. M., *Fundamentos del sistema penitenciario*, ob. cit., pp. 156 ss.

²⁴ Como queda reflejada en la primera de sus Observaciones Preliminares de su texto originario.

Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 [Resolución 217 A (III)]²⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 [resolución 2200 A (XXI)] en su artículo 7²⁶, y se concreta con la elaboración de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1984 (resolución 39/46)²⁷, en la que se perfilan las obligaciones de cada Estado en la persecución y sanción de la tortura y se constituye un Comité contra la Tortura con el fin de investigar las denuncias de práctica sistemática de la tortura en el territorio de un Estado parte.

Y ya concretamente referido al ámbito penitenciario, a las ya citadas Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por Naciones Unidas en 1955, en la que la idea de dignidad aparece todavía de forma muy incipiente²⁸, se suma el Conjunto de principios para la protección de personas sometidas a detención o prisión, adoptadas por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1988 (Resolución 43/173), que en su primer principio expresa que «toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano»²⁹. Asimismo, los Principios Básicos para el Tratamiento de los reclusos, aprobados el 14

²⁵ Cuyo texto señala: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

²⁶ Que establece que: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (...)».

²⁷ Precedida por la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

²⁸ Solo recogida en su párrafo 60, que establecía que «1) El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que pueden existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de la responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona», si bien en su revisión, aprobada por la Resolución de la Asamblea General de 17 de diciembre de 2015 (resolución 70/175) que las renombra como Reglas Nelson Mandela, inicia su texto en su Regla 1, referida a los principios fundamentales, afirmando que «todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario (...)», recogiendo también la referencia a la dignidad del ser humano en sus reglas 5 (régimen penitenciario), 50 (registros de reclusos y celdas), 58 (contactos con el mundo exterior), 72 (trato de los restos mortales de reclusos fallecidos), y 76 (formación del personal penitenciario). Y si bien en su texto originario la prohibición de maltrato se concretaba en su punto 31: «las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias», en su redacción revisada de 2015 ya se incorpora en la mencionada regla 1.

²⁹ Prohibiendo, su principio 6, la tortura: «ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

de diciembre de 1990 (Resolución 45/111) también son encabezados por el principio de dignidad: «Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos».

En el pensamiento europeo, la proscripción de las penas y tratos inhumanos o degradantes se materializa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Convenio de Roma (CEDH)³⁰, adoptado el 4 de noviembre de 1950 y, en concreto, en su artículo 3, en el que recoge la prohibición de la tortura: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Siendo un catálogo de mínimos, diseñado como el mínimo común de todos los derechos y libertades comunes a los Estados parte, no reconoce de manera específica a las personas privadas de libertad.

La concreción del principio de dignidad al ámbito de la privación de libertad ha venido de la labor de tres de los grandes actores del Consejo de Europa: el Comité de Ministros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT)³¹.

La labor del Comité de Ministros del Consejo de Europa en este ámbito ha sido particularmente prolija³². En materia penitenciaria, las intervenciones iniciales del Consejo de Europa se concibieron como respuestas específicamente europeas, utilizando para ello inicialmente el vehículo de las Resoluciones, que pasarían posteriormente a ser denominadas Recomendaciones³³.

No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».

³⁰ Siendo el Protocolo núm. 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, realizado en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, el que prevé la abolición de la pena de muerte en su artículo 1: «Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado», si bien contempla en su artículo 2 la posibilidad de que un Estado pueda prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra. Es el Protocolo núm. 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, realizado en Vilna el 3 de mayo de 2002, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, el que extiende la abolición de la pena de muerte a todos los casos, prohibiendo en su art. 2 la autorización de excepción alguna.

³¹ Detenidamente sobre ello: VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, C., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea. Penología y Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 32 ss. y 510 ss., y RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de Derecho penitenciario», *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un derecho penal sin Estado*. Nieto Martín, A., García Moreno, B. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 533-615.

³² Habiéndose constituido ya en 1958 para llevar a cabo la armonización de las legislaciones de los Estados miembro tanto en Derecho penal como penitenciario un Comité Directivo sobre Problemas de Delincuencia (que pasó a ser al año siguiente la Comisión Europea de Problemas Criminales), que desde 1980 además es asesorado por el Consejo de Cooperación Penológica.

³³ VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, D., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, ob. cit., p. 54.

De entre todas, por su carácter de normas mínimas dirigidas a todos los aspectos de la administración penitenciaria esenciales para lograr un trato humano y positivo de las personas privadas de libertad, destacan sin duda las Reglas Penitenciarias Europeas, que han pasado por tres versiones: la inicial, las Reglas de Estándares mínimos sobre trato de reclusos, aprobadas el 19 de enero de 1973, su revisión por las Reglas Penitenciarias Europeas de 1987 y su última versión modernizada, las Reglas Penitenciarias Europeas (RPE) aprobadas en 2006. Es su artículo 1 el que recoge como primer principio básico sobre el que construir la política y práctica penitenciaria el respeto a los derechos humanos, principio que se extiende no solo a unas condiciones de internamiento adecuadas, sino también a la configuración de las condiciones de vida (regla 49) y a la gestión y trato por parte de la dirección y del personal (regla 72).

En todo caso, esas Reglas Penitenciarias, en sus tres versiones, han ido precedidas, acompañadas y desarrolladas por un número importante de resoluciones y Recomendaciones centradas en aspectos concretos que han mostrado las preocupaciones del Consejo de Europa en cuestiones como la necesidad de limitación del uso de la prisión y la búsqueda de alternativas ante el acuciante problema de la sobrepoblación³⁴, las especificidades planteadas por determinadas categorías de internos³⁵, el desarrollo de aspectos concretos de la vida en prisión³⁶, la garantía de la salud³⁷, o el personal penitenciario, en cuestiones como su

³⁴ Desde resoluciones iniciales como la Resolución (65) 2 sobre sentencias suspendidas, libertad condicional y otras alternativas al encarcelamiento o la Resolución (76) 10 sobre ciertas medidas penales alternativas a la pena de prisión, a la Recomendación (92) 16 sobre las Reglas Europeas de Sanciones y medidas comunitarias o la Recomendación (99) relativa a la sobrepoblación en las cárceles e inflación de la población reclusa. Siendo éste uno de los mayores problemas del sistema penitenciario global y, también europeo, más recientemente se han aprobado la Recomendación (2003) 22 sobre libertad condicional, la Recomendación (2006) 13 sobre el recurso a la prisión preventiva, la Recomendación (2010) 1 sobre las Reglas Europeas de *Probation*, las Recomendación (2014) 4 sobre vigilancia electrónica, la Recomendación (2017) 3 sobre las Reglas Europeas sobre sanciones y medidas comunitarias o la Recomendación (2018) 8 relativa a la justicia restaurativa en asuntos penales.

³⁵ Es el caso de la Resolución (76) 2 sobre tratamiento de presos de larga duración, la Recomendación (82) 17 relativa a la custodia y al trato de reclusos peligrosos, la Recomendación (84) 12 relativa a los reclusos extranjeros o la Recomendación (2003) 23 sobre la gestión por las administraciones penitenciarias de los condenados a penas perpetuas o de larga duración. Y, más recientemente, la Recomendación (2014) 3 sobre delincuentes peligrosos, la Recomendación (2012) sobre internos extranjeros o la Recomendación (2008) 11 sobre las Reglas Europeas para delincuentes juveniles sujetos a sanciones o medidas o la Recomendación (2018) 5 sobre niños con padres en prisión.

³⁶ Por ejemplo, la Resolución (75) 25 sobre Trabajos penitenciarios.

³⁷ Así la Recomendación (93) relativa a los aspectos penitenciarios y criminológicos del control de las enfermedades transmisibles incluyendo el SIDA y otros problemas sanitarios en las

selección, formación y forma de actuación³⁸. En todas ellas, esa idea de dignidad en la ejecución ha impregnado la configuración de estos estándares penitenciarios. Y, en todo caso, su carácter de *soft-law* no empaña su ambicioso objetivo de configurar un cuerpo de recomendaciones, relativas a muy distintas cuestiones referidas al tratamiento de las personas privadas de libertad, que sirvan como guía clara a los gobiernos nacionales en la articulación de las condiciones de encarcelamiento. De ahí que se afirme que las RPE y el resto de Recomendaciones pueden ser entendidas como una labor codificadora del Derecho y la política penitenciaria europea³⁹.

Un instrumento específico de lucha contra la tortura y los tratos inhumanos o degradantes dentro del contexto de la privación de libertad es el que prevé la creación del segundo de los grandes actores del Derecho penitenciario en el Consejo de Europa: el Comité europeo para la prevención de la tortura. En efecto, el CPT es creado por el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, adoptado por el Comité de Ministros el 26 de junio de 1987. Si bien su singularidad responde a la configuración de un mecanismo que posibilita examinar el tratamiento de las personas privadas de su libertad con objeto de prevenir la tortura y tratos o penas inhumanos o degradantes por medio de visitas, ya periódicas, ya ad hoc, del propio Comité a los lugares de detención, con el desempeño de su trabajo y a partir de los informes nacionales tras cada visita y los anuales presentados al Comité de Ministros, ha ido identificando sobre el terreno las condiciones aceptables en la custodia de las personas privadas de libertad⁴⁰, desarrollando una serie de estándares inicialmente pensados para ser empleados por sus miembros durante las visitas pero que posteriormente han ido adquiriendo singularidad propia, con vocación generalista y, como tal, de *soft law*, que actúan como directrices, si bien no vinculantes, sí cada vez más tenidas en cuenta por el Comité de Ministros en la elaboración de sus Recomendaciones y también por el TEDH en sus resoluciones.

instituciones penitenciarias o la Recomendación (98) 7 relativa a los aspectos éticos y organizativos de la asistencia sanitaria en prisiones.

³⁸ Desde resoluciones como la (66) 26 sobre el Estatuto, contratación y formación del personal funcionario de prisiones a la Recomendación (2010) 1 sobre el Código deontológico europeo del personal penitenciario.

³⁹ VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, D., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, ob. cit., p. 544.

⁴⁰ MORGAN, R., EVANS, M., «The European Torture Committee: Membership Issues», *European Journal of International Law*, vol. 5, 1994, pp. 249 ss.

Estos estándares, dirigidos a eliminar las prácticas que puedan ser consideradas como tortura o trato o pena inhumano o degradante y por tanto, condiciones inadmisibles, se desarrollan en ámbitos de detención tales como la actuación de las fuerzas de orden público, la detención de inmigrantes, los establecimientos psiquiátricos, la privación de libertad de menores con arreglo a la legislación penal, la situación de las mujeres privadas de libertad, la rendición de cuentas y las prisiones. Y respecto a éstas, desde sus primeros criterios generales emitidos en su segundo Informe General en 1992 hasta la actualidad, se ha articulado un cuerpo de normas de actuación en aspectos tan diversos como la calidad de vida en las prisiones⁴¹, la sobrepoblación penitenciaria⁴² y, relacionado con ambas cuestiones, la habitabilidad de las prisiones y la elaboración de estándares específicos sobre el espacio vital mínimo exigible por interno en prisión⁴³, la atención sanitaria⁴⁴, el aislamiento en solitario⁴⁵, la prisión preventiva⁴⁶, el impacto de las condenas de larga duración y perpetuas⁴⁷, la situación de las mujeres en prisión⁴⁸ y, lógicamente, las relaciones entre los reclusos y el personal penitenciario, la seguridad y la proscripción de la tortura⁴⁹.

Con el fin de proteger los derechos recogidos en el CEDH y con jurisdicción sobre los 47 países que conforman el Consejo de Europa, el TEDH ha desempeñado un papel esencial como motor del Derecho penitenciario europeo en su proceso de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas, en este caso, en su

⁴¹ De lo que se ocupa el 2.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (92) 3, párrafos 44 a 60 y que desarrolla en el 11.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (2001) 16, párrafos 29 y 30.

⁴² Así, en el 7.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (97) 10, párrafos 12 a 15.

⁴³ En el 11.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (2001) 16, párrafos 29 y 30 y mejorados recientemente en el 2015 en el documento: CPT/inf (2015) 44.

⁴⁴ En el 3.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (93) 12, párrafos 30 a 77 y en el 11.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (2001) 16, párrafo 31, y, respecto a la inspección de los servicios médicos de las prisiones por un médico del CPT, el documento CPT/Inf (2017) 20.

⁴⁵ En el 21.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (2011) 28, párrafos 53 a 64.

⁴⁶ En su 26.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (2017) 5, párrafos 52 a 73.

⁴⁷ Tanto en el 11.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (2001) 16, párrafo 33 como más desarrolladamente en su 25.º Informe General de las Actividades del Comité, CPT/Inf (2016) 10, párrafos 67 a 82.

⁴⁸ En su 10.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (2000), 13, párrafos 21 a 33, y en su reciente ficha informativa: CPT/Inf (2018) 5.

⁴⁹ Ya en el 2.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (92) 3, párrafos 45 y 53 a 57, y en su 11.º Informe General de Actividades del Comité, CPT/Inf (2001) 16, párrafos 26 ss.

aplicación al ámbito penitenciario. Si bien inicialmente de una manera tímida, actualmente el tema penitenciario ha pasado a ocupar un espacio importante en el número y entidad de los asuntos resueltos por el Tribunal. Y de entre las diferentes posibles violaciones en este contexto de los derechos del Convenio, sin duda es la del art. 3 CEDH, con la proscripción de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes, la que ha sido objeto de un mayor número de resoluciones condenatorias a los Estados por el TEDH ante las demandas individuales planteadas por los internos. La gran virtualidad de la labor del Tribunal de Estrasburgo, frente a los otros dos actores referidos del Consejo de Europa, es el carácter vinculante de sus resoluciones, que suponen el desarrollo y traslación de los derechos reconocidos en el CEDH y, en este caso, la idea de dignidad y proscripción de la crueldad, al contexto de la privación de libertad.

III. Crueldad en la ejecución de las penas de prisión

La lectura de los estándares desarrollados por los tres actores fundamentales del Consejo de Europa en este ámbito, el Comité de Ministros, el CPT y el TEDH, en concreto en su jurisprudencia sobre el art. 3 CEDH, nos arroja diferentes aspectos que pueden convertir en cruel, entendida como contraria a la dignidad humana, la pena de prisión, ya por su propia caracterización —es el caso de la privación de libertad permanente, sin esperanza alguna en la liberación—, ya por las condiciones o actuaciones que se producen durante su ejecución. Éstos son los principales.

1. Penas a perpetuidad

Una pena de prisión perpetua, sin posibilidad de revisión, es una pena cruel. Así lo ha referido el TEDH desde su conocida sentencia por el asunto *Kafkaris vs. Chipre*, de 12 de febrero de 2008⁵⁰. Ahora bien,

⁵⁰ Precedidas por las SSTEDH, Gran Sala, *Dickson vs. Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2007 y *Hirst vs. Reino Unido* núm. 2, de 6 de octubre de 2005, en las que la Gran Sala del TEDH ya había subrayado que todos los penados, también los condenados a cadena perpetua, tenían derecho a que se les concediesen oportunidades para rehabilitarse. Esa vulneración alcanza también a los procesos de extradición, cuando se concede a un país donde hay riesgo de que el sujeto sea condenado a una pena perpetua sin posibilidad de liberación, como ha señalado el TEDH en su resolución sobre el asunto *Trabelsi contra Bélgica*, de 4 de septiembre de 2014.

para el TEDH, no toda la cadena perpetua es lesiva para la dignidad humana, pues establece la línea para determinar la contravención del art. 3 CEDH en la posibilidad, *de iure* o *de facto*, de la liberación del condenado: «a efectos del art. 3 CEDH, basta que una condena a cadena perpetua sea reducible de *iure* y de *facto*».

En su jurisprudencia posterior, el TEDH ha ido perfilando, no sin ciertas oscilaciones, cuándo una pena perpetua, pero con posibilidad de revisión, es contraria al art. 3 CEDH por no tratarse de una pena reducible *de facto*. Así, en la relevante sentencia sobre el asunto *Vinter vs. Reino Unido*, de 9 de julio de 2013⁵¹, se requiere la existencia de la posibilidad de una posibilidad cierta de reducción de la condena, mediante una revisión que permita a las autoridades nacionales examinar si los cambios producidos en el condenado son tan significativos, habiendo avanzado en el proceso de rehabilitación en el curso de su condena, que no podría justificarse por motivos penales legítimos el mantenimiento de su privación de libertad, apuntando además ya en relación a los plazos que los documentos de derecho internacional y comparado existentes apoyan que tal revisión se haga no más tarde de los 25 años después de la imposición de una pena perpetua, previendo revisiones periódicas a partir de entonces. También establece el TEDH ya en esta resolución el derecho del condenado a conocer, desde el inicio de su condena, qué debe hacer para ser considerado apto para la revisión; de no ser así, la vulneración del art. 3 CEDH se produciría no en la fase final de la ejecución, sino desde el mismo momento de su imposición.

Una duración excesiva de los plazos de cumplimiento obligatorio también puede llevar a considerar que la cadena perpetua es una pena inhumana o degradante. Así, si bien entendió compatible con el art. 3 CEDH una condena perpetua pero con revisión prevista tras 30 años de cumplimiento pero porque ese cálculo preveía el cómputo de la prisión preventiva en el asunto *Bodein vs. Francia*, de 13 de noviembre de 2014, consideró en cambio en su resolución por el caso *TP y AT vs. Hungría* de 4 de octubre de 2016 que la previsión del

Más detenidamente respecto a la evolución de la jurisprudencia del TEDH sobre la adecuación de la pena perpetua al CEDH, VAN ZYL SMIT, D., RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Un acercamiento a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cadena perpetua y a su posible proyección sobre la prisión permanente revisable en España», *Revista General de Derecho Penal* núm. 31, 2019, pp. 1-31.

⁵¹ Si bien matizada en cuanto a sus efectos sobre el país sobre el que recaía, Reino Unido, y el sistema establecido para proceder a tal teórica revisión, el indulto por causas humanitarias concedido por el Ministro de Justicia, por la STEDH asunto *Hutchinson contra Reino Unido*, de 17 de enero de 2017.

plazo para la primera revisión automática de la nueva regulación húngara en 40 años no concedía al condenado una expectativa realista de liberación.

También puede vulnerarse el art. 3 CEDH cuando el mecanismo de revisión establecido para la cadena perpetua no garantice una consideración adecuada de los progresos realizados por el recluso en materia de rehabilitación –así la STEDH asunto László contra Hungría, de 20 de marzo de 2014–, establezca unos requisitos que conviertan el acceso en excepcional y bajo condiciones extraordinarias –STEDH asunto Petchukhov contra Ucrania, de 12 de marzo de 2019– o se requieran requisitos como el establecido para el *ergastolo ostativo* previsto para terroristas y delincuencia organizada en Italia con la exigencia de colaboración con la justicia, que supone una presunción irrefutable de peligrosidad, basada en los delitos cometidos y no en el proceso de reintegración y los progresos realizados durante la ejecución, que impiden cualquier perspectiva realista de liberación contraria al Convenio –STEDH asunto Marcelo Viola núm. 2, de 13 de junio de 2019–.

El juicio sobre la crueldad de la cadena perpetua, en concreto, sobre su adecuación al art. 3 CEDH, ha alcanzado también en la jurisprudencia del TEDH a aspectos relativos a la ejecución, como son la necesidad del acceso a un tratamiento adecuado como un elemento más de valoración para el progreso del condenado y, con ello, para la realidad de esa expectativa de liberación –STEDH asunto Murray vs. Países Bajos, de 26 de abril de 2016– o a la aplicación de duros regímenes de aislamiento, que no permitan la reevaluación de los cambios observados, si limitan su posibilidad de rehabilitación –STEDH asunto Harakchiev y Tolumov contra Bulgaria, de 8 de julio de 2014–⁵².

La preocupación por el incremento del uso de estas penas perpetuas y de la dureza de su ejecución, que han venido a convertirse en el «sustituto natural» de la pena de muerte conforme los países interesados en incorporarse al Consejo de Europa suscribían el Protocolo núm. 6 al CEDH, incrementando cuantitativamente su uso y trasladando a su ejecución la adopción de regímenes de especial dureza en esa idea de que, en tanto alternativa a aquélla, debía tener un cumplimiento de

⁵² Tipo de régimen que, si alcanza además a la prohibición de visitas de los familiares, puede suponer una vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, como ha establecido el TEDH en su sentencia por el asunto Khoroshenko *vs.* Rusia, de 30 de junio de 2015.

singular dureza, ha alcanzado al Comité de Ministros⁵³ y al CPT⁵⁴, que han desarrollado distintos estándares para ajustarlas a los principios y presupuestos que permitan un cumplimiento digno, seguro y con una posibilidad real de rehabilitación⁵⁵.

2. *Indignidad en las condiciones materiales de reclusión y sobrepoblación penitenciaria*

La indignidad en la ejecución puede venir por el sometimiento de la persona privada de libertad a unas condiciones de cumplimiento tan inadecuadas que puedan equipararse a un trato inhumano o degradante. Precisamente porque las condiciones de detención han sido uno de los aspectos más problemáticos desde los primeros ejemplos de privación de libertad ya como custodia o incluso forma de ejecución de la pena de muerte, ya como pena en sí, los distintos estándares penitenciarios que se han ido elaborando han prestado especial atención a la configuración de unos requisitos mínimos en cuestiones tales como la ventilación, el acceso a luz, agua corriente, calefacción, refrigeración e higiene y alimentación adecuadas⁵⁶.

⁵³ Así, además de referirse a ellas en la regla 103.8 de las RPE de 2006 y en el principio general 4 a) de la Recomendación (2003) 22 sobre libertad condicional, aprobó una Recomendación específica, la Rec (2003) 23 del Comité de Ministros, sobre la gestión de las Administraciones penitenciarias de los condenados a cadena perpetua y otras penas de larga duración, que configura como principios que deben regir la gestión penitenciaria de estas penas la individualización, la normalización, la responsabilidad, la seguridad y aseguramiento, la no segregación y la progresión, con el triple objetivo de configurar la seguridad de los internos, lugares y personas con las que estén en contacto, contrarrestar los efectos negativos de este tipo de penas y mejorar las posibilidades de ser devueltos satisfactoriamente a la sociedad.

⁵⁴ Recogidos inicialmente en su 11.º Informe General de las actividades del Comité (2000), CPT/Inf (2001), 16 y actualizados en su 25.º Informe General (2015), CPT/Inf (2016) 10.

⁵⁵ Más detenidamente sobre ello, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «Estándares europeos sobre la cadena perpetua y su ejecución». *La Ley Penal* núm. 139, 2019, pp. 1-16 y «Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes». *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm. 17, 2017, pp. 225-275.

⁵⁶ Así las RPE recogen, en su regulación de los lugares de internamiento, que éstos, y en particular los destinados a acoger internos durante la noche, «deben satisfacer las exigencias de respeto a la dignidad humana y, en la medida de lo posible, de la privacidad, y responder a unas mínimas exigencias sanitarias e higiénicas, teniendo en cuenta las condiciones climáticas en lo que concierne al espacio, la ventilación, la luz, la calefacción y la refrigeración» (regla 18), además de la satisfacción de unas condiciones de higiene (regla 19), y de ropa adecuada –no degradante ni humillante– (regla 20). Por su parte, el CPT dedica a ello parte de sus primeros estándares, contenidos en el 2.º Informe General de Actividades del Comité (CPT/Inf (92) 3, advirtiendo que «los malos tratos pueden adquirir varias formas, muchas de las cuales pueden no ser deliberadas, sino el resultado de fallos de organización o recursos inadecuados». Y vuelve sobre ello en el desarrollo de

Es nutrida la jurisprudencia del TEDH referida a la vulneración del art. 3 CEDH por las condiciones inadecuadas de privación de libertad, ya por falta de espacio⁵⁷ o inadecuación del mismo⁵⁸, ya por la falta de higiene⁵⁹ o alimentación⁶⁰.

Todos ellos, ya individualmente considerados, aunque normalmente acumulados, son elementos que sirven para evaluar la vulneración de la dignidad de las personas privadas de libertad que se produce en las situaciones de sobrepoblación penitenciaria, que pueden afectar a una prisión o incluso, lo que no es inhabitual en algunos países, a todo su sistema penitenciario.

El problema sistémico de la sobrepoblación penitenciaria, cuando la tasa de ocupación sobrepasa la capacidad real de la prisión o del sistema en su conjunto, al carecer de una infraestructura adecuada en la configuración del espacio, habitabilidad y régimen de actividad de los internos, da lugar a condiciones de hacinamiento contrarias al art. 3 CEDH. Precisamente porque es éste uno de los mayores problemas con los que el sistema penitenciario europeo –y no solo– se ha tenido que enfrentar en las últimas décadas, los tres organismos, cada uno desde sus competencias, han elaborado un relevante acervo de estándares en esta materia con objeto de ayudar a los 47 Estados miembro para prevenir y revertir este importante desafío⁶¹. Si el Comité de Ministros elaboró ya en 1999 la Recomendación (99) 22 re-

los estándares referidos a la privación de libertad contenidos en el 11.º Informe General de 2001, CPT/Inf (2001) 16.

⁵⁷ A partir de los estándares de espacio mínimo vital elaborados por el CPT y que los cifra en un mínimo de 4 m² en celda compartida, son numerosísimas las SSTEDH en las que se entiende vulnerado el art. 3 CEDH por la falta de ese espacio mínimo. Así, por ejemplo, SSTEDH, asunto *Dougoz contra Grecia*, de 6 de marzo de 2001; asunto *Kalashnikov contra Rusia*, de 15 de julio de 2002 o *Dvoynikh contra Ucrania*, de 12 de octubre de 2006.

⁵⁸ Así, por ejemplo, ya en su resolución sobre el asunto *Peers contra Grecia*, de 19 de abril de 2001, el TEDH consideraba contrario al art. 3 CEDH el encarcelamiento de una persona durante 24 horas confinada en una celda, sin ventilación y sin ventana, con uso de baño en presencia de otros internos.

⁵⁹ Por ejemplo, en su sentencia por el asunto *Melnik contra Ucrania*, de 28 de marzo de 2006, el TEDH entendió vulnerado el art. 3 CEDH porque las condiciones de falta de higiene –acceso a la ducha solo una vez por semana y no posibilidad de lavar su ropa de cama y vestimenta más que una vez cada 7 días–, unidas al hacinamiento, contribuyeron a deteriorar su grave salud.

⁶⁰ Por ejemplo, STEDH por el asunto *Ostrovar contra Moldavia*, de 13 de septiembre de 2005, cuando la inadecuación de la comida se ve como uno de los elementos que contribuyen a determinar que las condiciones de internamiento son contrarias al art. 3 CEDH, o cuando la privación de alimentación se articula como un castigo, como es el caso analizado por la STEDH por el asunto *Ilascu y otros contra Moldavia y Rusia*, de 8 de julio de 2004.

⁶¹ Detenidamente sobre ellos, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-05 (2018), pp. 4 ss.

lativa a la sobrepoblación y al incremento de la población reclusa, en 2015 aprobó el Libro blanco del Consejo de Europa sobre la sobrepoblación penitenciaria. La sobrepoblación como causante de un cumplimiento de la pena considerado como inhumano o degradante⁶² ha sido subrayada por el CPT, que ha desarrollado estándares específicos sobre el espacio mínimo vital que debe tener cada interno en los establecimientos penitenciarios⁶³, que si bien es un parámetro que tiene el Comité en las visitas a los centros penitenciarios de los distintos Estados parte, también es usado por el TEDH para construir la vulneración del art. 3 CEDH. Así, son numerosas las sentencias en las que el TEDH ha reconocido que la sobrepoblación es un trato inhumano o degradante ya por falta de espacio mínimo vital en los casos más graves, ya por condiciones de hacinamiento en las que se produce falta de privacidad, acceso limitado al agua, condiciones insalubres, frío, falta de alimentación adecuada, contracción de enfermedades o falta de actividad fuera de la celda⁶⁴. Precisamente en este ámbito, el Tribunal ha desarrollado un importante mecanismo⁶⁵, las sentencias piloto, que le permite dar respuesta al elevado número de denuncias ante una situación sistémica que amplifica la vulneración del art. 3 CEDH a todos los afectados y cuya intervención requiere una actuación que va más allá de la satisfacción individual del demandante, permitiéndole establecer un plazo en la resolución para que el Estado adopte medidas correctoras que reviertan el problema sistémico que ocasiona la violación masiva de los derechos de los internos.

⁶² De ello se ocupa ya desde su 2.º Informe General de Actividades del Comité de 1992, CPT/Inf (92)3, parágrafo 46 para volver sobre ello en 1997 –7.º Informe General, CPT/Inf (97) 10, párrafos 12 a 15– y en 2001 –11.º Informe General, CPT/Inf (2001) 16, parágrafo 28.

⁶³ Revisados en 2015, en el sentido de, sobre el estándar elaborado en la década de los 90 que situaba el mínimo espacio en celda individual en 6 m² y 4 m² si era colectiva, promover un estándar más exigente para la ocupación múltiple, añadiendo 4 m² por interno al espacio vital mínimo deseable individual de 6 m² (pasando, así, de 8 a 10 m² y no computando el espacio para los servicios higiénicos): CPT/Inf (2015) 44.

⁶⁴ Entre muchas otras, véase una interesante revisión de su jurisprudencia sobre sobrepoblación y vulneración del art. 3 CEDH en la STEDH, Gran Sala, asunto Muršić contra Croacia, de 20 de octubre de 2016.

⁶⁵ Habiéndose admitido a partir de la STEDH, asunto Dougoz contra Grecia, de 6 de marzo de 2001 y Peers contra Grecia, de 19 de abril de 2001 que la sobrepoblación es contraria al art. 3 CEDH aunque no haya sido buscada deliberadamente por el Estado para humillar a los internos, es en los casos Orchowski contra Polonia y Sikorski contra Polonia, de 22 de octubre, y Ananyev contra Rusia, de 10 de enero de 2012, cuando el TEDH comenzó a utilizar los procedimientos pilotos.

3. Falta de asistencia sanitaria adecuada

Habiendo sido la asistencia sanitaria una de las materias tradicionalmente más deficitaria en la historia penitenciaria de todos los países desde el origen de la privación de libertad⁶⁶, la tutela del derecho a la vida y a la salud de las personas privadas de libertad se relaciona no solo con el derecho a la vida reconocido en el art. 2 CEDH sino también con la prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes contenido en el art. 3 CEDH.

De hecho, la tutela de la salud ocupa una relevante posición, en concreto la parte III, en las RPE, que tras subrayar la obligación de las autoridades penitenciarias de proteger la salud de los internos durante su custodia (regla 39), articula la organización de los cuidados médicos en la prisión (reglas 40 a 49), habiéndose ocupado también de ello el Comité de Ministros en diversas recomendaciones⁶⁷ y el CPT con la creación de estándares específicos sobre los servicios sanitarios en prisión⁶⁸.

Esa tutela del derecho a la vida y a la salud en prisión se manifiesta en dos dimensiones: la asistencia sanitaria en prisión y la aplicación de mecanismos humanitarios de excarcelación⁶⁹. Y, en ambas, puede producirse una vulneración del art. 3 CEDH, ya, en el primer caso, ante un trato individual que puede conceptuarse como inhumano, ya, en el segundo, alcanzando a la pena en sí, en concreto, a su mantenimiento, convirtiéndola en una pena cruel.

La primera, la referida a la asistencia sanitaria adecuada, por profesionales competentes y equivalente a la que reciben el resto de ciudadanos fuera de la prisión⁷⁰, ha generado una amplia jurisprudencia del TEDH que ha considerado que la negativa a la asistencia o la asistencia inadecuada a un interno con una enfermedad física o mental pueden

⁶⁶ Así lo afirma con razón GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Civitas, Madrid, 1982, p. 111.

⁶⁷ Es el caso de la Recomendación R (98) 7 relativa a los aspectos éticos y organizativos de la asistencia sanitaria en prisión y la Recomendación R (93) 6 relativa a los aspectos penitenciarios y criminológicos del control de las enfermedades contagiosas, incluidas el SIDA y los problemas de salud asociados en prisión.

⁶⁸ Contenidos en el 3.º Informe General de las actividades del Comité publicadas en 1993, CPT/Inf (93) 12, párrafos 30 a 77 y, más recientemente, el documento sobre la inspección de un servicio médico penitenciario por un médico del CPT, en su documento CPT/Inf (2017) 20.

⁶⁹ Detenidamente sobre ello, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «El Derecho penitenciario humanitario». *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, pp. 442 ss.

⁷⁰ Sobre ello, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, ob. cit., pp. 235 ss.

suponer tanto la vulneración del art. 3 CEDH⁷¹, como, si se da una relación directa con la muerte del interno, la del art. 2 CEDH⁷². También ha considerado el TEDH, en determinadas circunstancias, la alimentación forzada⁷³ y la intervención médica obligatoria⁷⁴ como un trato contrario al art. 3 CEDH.

En cuanto a la segunda, es verdad que el CEDH no contiene ninguna disposición referida a la excarcelación de personas privadas de libertad enfermas o de edad avanzada⁷⁵. Sin embargo el TEDH ha manifestado en diversas sentencias que, si bien no puede interpretarse que el art. 3 CEDH recoge una obligación general de poner en libertad a los detenidos por motivos de salud, el mantenimiento de la privación de libertad de una persona enferma con problemas de salud plantea problemas con este principio si no es posible atenderla en condiciones adecuadas a la dignidad⁷⁶ o cuando el estado de salud es incompatible

⁷¹ Entre otras muchas, véanse la SSTEDH, asunto *Holomiov vs. República de Moldavia*, de 7 de noviembre de 2006, en el caso de un interno que padecía varias enfermedades graves incluidas hepatitis crónica y fallo renal; asunto *Kotsaftis contra Grecia*, de 12 de junio de 2008 por no tratamiento adecuado para la hepatitis y hepatitis B crónica; el asunto *Slyusarev contra Rusia* por no provisión de gafas, dañadas en el arresto, con perjuicio para la vista; el asunto *Aleksanyan contra Rusia*, de 22 de diciembre de 2008 por inadecuada asistencia a un enfermo con SIDA; el asunto *Rivière contra Francia*, de 11 de julio de 2006 en el caso de un enfermo mental o el asunto *Helhav contra Francia*, de 19 de febrero de 2015 en caso de discapacidad física, tratándose de un interno con paraplejía de extremidades inferiores e incontinencia urinaria y fecal.

⁷² Por ejemplo, y entre otras, la STEDH de 16 de octubre de 2008, en el asunto *Renolde contra Francia*, por el suicidio de un interno bajo un brote psicótico en una celda de aislamiento por sanción disciplinaria o la STEDH de 18 de diciembre de 2008, en el asunto *Kats y otros contra Ucrania*, por denegación de atención médica a enfermos con esquizofrenia e infectados por SIDA que murieron en prisión.

⁷³ Por ejemplo, la STEDH en el asunto *Nevmerzhitsky contra Ucrania*, de 5 de abril de 2005, cuando esa alimentación forzosa es arbitraria por no haberse demostrado médicamente necesaria.

⁷⁴ Así la STEDH por el asunto *Jalloh contra Alemania*, Gran Sala, de 11 de julio de 2006, respecto al suministro a un interno de un medicamento para vomitar con el fin de que expulsara las bolsas de droga que llevaba en su interior, siendo un método que había producido muertes y pudiendo esperarse al curso causal para obtener el mismo resultado.

⁷⁵ Aunque tampoco es una circunstancia prevista en las RPE de 2006, la posibilidad de utilización de mecanismos humanitarios ante internos enfermos con pronóstico de desenlace fatal se recoge en la Recomendación N (98) del Comité de Ministros sobre los aspectos éticos y organizativos de la asistencia sanitaria en prisión (parágrafo 51). También lo hace el CPT en sus estándares sobre asistencia sanitaria, contemplados en el documento CPT/Inf (93), parágrafo 70, identificando además tres grupos de casos: los internos con pronóstico fatal a corto plazo, los que están sufriendo una enfermedad grave que no puede ser tratada adecuadamente en prisión y los que sufren una grave discapacidad o una edad avanzada.

⁷⁶ Así por ejemplo, STEDH asunto *Price contra Reino Unido*, de 10 de julio de 2001, en el que entendió que era un trato degradante el mantenimiento en prisión de una mujer, con una grave discapacidad física, víctima de la talidomina y con graves problemas en sus cuatro extremidades, en unas condiciones de reclusión que por el frío agravaban sus dolencias, además de no haber sido adaptadas las instalaciones a su grado de discapacidad, no pudiendo ir sola al baño ni mantenerse limpia.

con la privación de libertad⁷⁷, por lo que en circunstancias particularmente graves pueden surgir situaciones en las que la correcta administración de la justicia penal requiera la adopción de medidas humanitarias para evitar que un interno sea sometido a una modalidad de ejecución que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención⁷⁸. En concreto, tres han sido los elementos que el TEDH ha identificado para evaluar si el mantenimiento de esa privación de libertad es incompatible con la dignidad y, por tanto, que convertirían la pena en contraria al art. 3 CEDH: la condición de la persona privada de libertad, la calidad de la atención prestada y la conveniencia de mantener la detención habida cuenta de su estado de salud⁷⁹.

También los actores del Consejo de Europa, en este caso el CPT, han reaccionado ante una situación excepcional, como la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con la aprobación el 20 de marzo de 2020 de la Declaración de principios relativos al trato de las personas privadas de libertad en el contexto de la pandemia de la enfermedad por coronavirus, en la que, partiendo del recordatorio sobre la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, establece los principios que deben regir la respuesta de las administraciones penitenciarias para dar una cobertura adecuada a la preservación de la vida y la salud de las personas privadas de libertad.

4. *Sometimiento a torturas, tratos inhumanos o degradantes durante la privación de libertad*

Además de mediante el sometimiento a condiciones de vida o asistenciales lesivas para la dignidad humana, la vulneración del art. 3 CEDH

⁷⁷ Por ejemplo, STEDH, asunto Mouisel contra Francia, de 14 de noviembre de 2002, ante el mantenimiento de la privación de libertad de un interno enfermo de cáncer, cuyo estado se había visto agravado y aminorada su esperanza de vida por el estrés de la enfermedad, no estando preparada la prisión para darle un tratamiento adecuado a su enfermedad, habiendo sido sometido a situaciones de seguridad totalmente desproporcionadas como permanecer esposado a la cama durante la quimioterapia.

⁷⁸ Eso sí, fuera de estos casos de grave enfermedad, como por ejemplo en el caso de la edad, el TEDH es reacio a interpretar que el CEDH exige una intervención que requiera la puesta en libertad si el tribunal actúa con arreglo a la legislación nacional, como han señalado VAN ZYL SMIT, D., SPENCER, J. R., «The European dimension to the release of sentenced prisoners». *Release from Prison. European policy and practice*. Routledge, 2010, pp. 16 y 17.

⁷⁹ STEDH, asunto Farbtuhs contra Letonia, de 2 de diciembre de 2004.

puede producirse a través de actuaciones y decisiones sobre el sujeto durante la ejecución de su condena.

Por supuesto entre las actuaciones realizadas por el personal penitenciario que pueden ser constitutivas de vulneración del art. 3 CEDH se encuentran aquellas consistentes en tortura o tratos inhumanos o degradantes⁸⁰. Estos comportamientos pueden manifestarse a través de múltiples caras. Por un lado, cuando la persona privada de libertad es víctima de ese maltrato por parte del personal penitenciario⁸¹. Precisamente por ello tanto las RPE⁸² como los estándares del CPT⁸³ se dirigen a limitar y hacer excepcional el uso de la fuerza y los mecanismos que pueden ser utilizados para ello como medio de garantizar la seguridad, con el objeto de priorizar la seguridad dinámica. Pero también se produce cuando ha habido una falta de investigación ante su denuncia⁸⁴, incluso cuando esa violencia viene por parte de los compañeros de celda y no se han adoptado medidas, ya para su investigación, ya para garantizar la obligación positiva de las autoridades de cuidar por el bienestar físico y psicológico del demandante⁸⁵; o incluso si no hay previsión legal para el castigo de quien maltrata⁸⁶.

Asimismo, en el ámbito regimental, pueden adoptarse decisiones que comporten una humillación en la persona que las recibe. Es algo que así ha sido considerado por ejemplo en la práctica de determinados registros corporales con desnudo integral cuando se realizan de forma rutinaria –por ejemplo con internos peligrosos⁸⁷–, arbitraria o como castigo y sin una serie de garantías que respeten, en la medida de lo

⁸⁰ Y obviamente del art. 2 CEDH si se ha producido la muerte del interno. Por ejemplo, STEDH asunto Yuriy Illarionovich Shchokin contra Ucrania, de 3 de octubre de 2013.

⁸¹ Por ejemplo, STEDH, asunto Tali contra Estonia, de 13 de febrero de 2014, contra el que se utiliza un spray de pimienta y después es atado a la cama tras negarse a cumplir las órdenes del personal penitenciario; o la STEDH, asunto Milić and Nikezić contra Montenegro, de 28 de abril de 2015, golpeados por porras de goma en un registro de las celdas.

⁸² Así el Título IV de las RPE, reglas 49 a 70. También relevante es la Recomendación CM/Rec (2012) 5 sobre el Código ético europeo para el personal penitenciario y las reglas específicas de respeto y protección a la dignidad humana (parágrafos 10 a 18).

⁸³ Es el caso del 2.º Informe General de 1992 (CPT/Inf (92)3), parágrafos 44 y 45, 53 a 57 o del 11.º Informe general de 2001, CPT/Inf (2001) 16, parágrafos 26 y 27.

⁸⁴ Es el caso, por ejemplo, de la STEDH, asunto Filip contra Rumanía, de 14 de diciembre de 2006.

⁸⁵ Así, por ejemplo, SSTEDH asunto Premininy contra Rusia, de 10 de febrero de 2011, asunto DF contra Letonia, de 29 de octubre de 2013 o asunto Boris Ivanov contra Rusia, de 6 de octubre de 2015.

⁸⁶ Sobre ello, STEDH, asunto Cirino y Renne contra Italia, de 26 de octubre de 2017.

⁸⁷ Véase por ejemplo STEDH, asunto Lorse y otros contra Países Bajos, de 4 de febrero de 2003.

posible dentro de este mecanismo extremo, la intimidad de la persona⁸⁸, tal y como exigen las mismas RPE (regla 54), que prohíben que las personas cacheadas sean humilladas por el proceso, que pueda ser realizado un examen de las cavidades corporales o un examen íntimo –en este caso solo por médico– y que requieren que los cacheos sean realizados por personal del mismo sexo.

Otras medidas regimentales, pretendidamente justificadas en razones higiénicas, como el afeitado de la cabeza⁸⁹ o la estigmatización que conlleva portar los uniformes penitenciarios, al menos cuando son obligados a utilizarlo fuera de la prisión⁹⁰, o basadas en teóricas razones de seguridad, como la realización repetida de traslados y cambios de centros penitenciarios⁹¹ –o incluso si no se respeta la seguridad y condiciones de transporte en la realización de esos traslados–⁹², han llegado a ser consideradas contrarias al art. 3 CEDH por el TEDH.

Especial atención ha cobrado últimamente para los actores del Consejo de Europa la práctica consistente en el aislamiento en celda, que puede llegar a considerarse como un trato inhumano o degradante en función de las concretas circunstancias de su adopción, de la gravedad de la medida, de su duración, de su objetivo y de los efectos sobre la persona que lo sufre⁹³. Así, si bien ha negado su vulneración cuando se ha justificado su utilización por razones de seguridad o peligrosidad del individuo⁹⁴, el TEDH lo ha considerado contrario al art. 3 CEDH si no hay una justificación individual y el régimen alcanza a la restricción del acceso a visitas familiares⁹⁵, de la recepción de información

⁸⁸ Por ejemplo, SSTEDH asunto Valašinas contra Lituania de 24 de julio de 2001 o asunto Frérot contra Francia, de 12 de junio de 2007 o, más recientemente, asunto Roth contra Alemania, de 22 de octubre de 2020.

⁸⁹ Véase la STEDH, asunto Yankov contra Bulgaria, de 11 de diciembre de 2003.

⁹⁰ De ahí que las RPE establezcan que cuando un interno obtenga un permiso para salir de prisión, no podrá obligársele a llevar ropa que delate su condición (regla 20.4).

⁹¹ Así, por ejemplo, SSTEDH, asunto Khider contra Francia, de 9 de julio de 2009, cuando ha ido combinado con la clasificación como recluso de máxima seguridad, siendo transferido de prisión en prisión y sometido a un régimen de aislamiento en celda y frecuentes registros corporales o asunto Bamouhammad contra Bélgica, de 17 de noviembre de 2015, con 43 traslados en seis años y sometimiento a medidas especiales y negativa a aplicar un tratamiento para su enfermedad mental.

⁹² STEDH, asunto Ilgiz Khalikov contra Rusia, de 15 de enero de 2019.

⁹³ STEDH, asunto Rohde contra Dinamarca, de 21 de julio de 2005.

⁹⁴ Por ejemplo, en el caso del terrorista internacional «Carlos, el Chacal», sometido a ocho años de aislamiento en celda y segregado del resto de internos pero con acceso a TV y prensa y con visitas de familiares y abogados; STEDH, Gran Sala, asunto Ramírez Sánchez contra Francia, de 4 de julio de 2006.

⁹⁵ Así SSTEDH, Piechowicz contra Polonia y Horiych contra Polonia, ambas de 17 de abril de 2012 o STEDH, asunto Öcalan contra Turquía, núm. 2, de 18 de marzo de 2014, respecto a

con el exterior, de las visitas de los abogados o incluso conlleva unas condiciones de habitabilidad degradantes⁹⁶.

las condiciones a las que se sometió al fundador del Partido de trabajadores del Kurdistan (PKK) hasta el 17 de noviembre de 2009.

⁹⁶ STEDH asunto Ilascu y otros contra Moldavia y Rusia, de 8 de julio de 2004 o, relacionado con el régimen de ejecución de la cadena perpetua, en el asunto Kariakchiev y Tolomov contra Bulgaria, de 8 de julio de 2014.

LA POSIBLE APUESTA DE LOS SISTEMAS PENALES DEMOCRÁTICOS POR MECANISMOS CERCANOS A LA MUERTE CIVIL PARA LA CONTENCIÓN DE LA PENA DE MUERTE

LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Cádiz

I. Introducción

El recurso a la pena de muerte a lo largo de la historia ha tenido sentido para sus aplicadores en la medida en que la misma se acompañaba de la efectiva transmisión social de su existencia y de su ejecución. El hecho de su elevación a la categoría de espectáculo público ha dependido de numerosos factores históricos, culturales, políticos, incluso económicos, pero, el sentido ha sido siempre el mismo, mostrar de la forma más visible posible dónde reside el poder y cómo se ejerce sobre los ciudadanos. La potencia simbólica y narrativa que tiene la eliminación física del condenado no la tiene ninguna otra pena, tampoco la prisión, que requiere un mensaje explicativo más complejo y con mayores posibilidades de discusión. Por ello, la pena de muerte se puede aceptar o se puede rechazar, pero no admite caminos intermedios ni superfluos matices explicativos.

Esa idea del todo o nada, sin embargo, no es algo que se inicie o se acabe en el propio análisis y estudio de esta forma de respuesta penal, como si de un compartimento estanco del sistema penal se tratase. No se trata de una pena que puede existir o no en un determinado ordenamiento jurídico como una elección a tomar sobre una herramienta más de las que están a disposición del *ius puniendi*. Lo cierto es que optar por la pena de muerte define al sistema penal en su conjunto, porque se trata de una pena determinante para responder a las preguntas básicas que se relacionan de forma directa con los fines del sistema penal, es decir, con los fines de la pena.

La tentación de construir tantas alternativas teóricas como mecanismos tiene el Derecho penal para la intervención material en el área de la Justicia, está muy presente en estos momentos, y ello es posible porque se busca confundir, a propósito, la racionalidad de las normas con el racionalismo práctico¹, con la eficiencia como forma preferente de resolver los problemas. Este modo de proceder permite descontextualizar las decisiones individuales adoptadas del conjunto del ordenamiento jurídico, y de la política criminal general, que es la que debe presidir la toma de decisiones de los actores del sistema, y admite, por lo tanto, la convivencia de instrumentos contradictorios entre ellos. Contradictorios y discordantes con los principios rectores que definen los límites y objetivos que se desean alcanzar.

Aun descontando las cuestiones de orden ético relativas a la dignidad de las personas, o a la defensa consecuente del derecho a la vida, la pena de muerte representa la renuncia más explícita a los objetivos resocializadores y a la consecución de los fines preventivo especiales que cualquier ordenamiento jurídico que la acoja como respuesta penal asigna a la pena como sanción. Y esa abdicación no se puede asumir pretendiendo que los demás instrumentos penales sí puedan incorporar tales objetivos y fines, como si estos se pudieran explicar y ser dotados de contenido a partir del diseño del instrumento, y no a la inversa, es decir, que el instrumento se explique y se le dote de contenido a partir de las bases y límites que marcan los objetivos y fines de todo el sistema.

Por lo tanto, los ordenamientos jurídicos que incluyen la pena de muerte en su catálogo de respuestas penales, renuncian de modo permanente a los objetivos resocializadores y a los fines preventivo-especiales desde el mismo momento en el que establecen esa estrategia político criminal². Si algunas penas o medidas sí responden a esos objetivos y otras no, no estaríamos ante una política contradictoria, ante un choque de estrategias, sino ante un juego de ocultación o de disimulos cuyo objetivo es sólo blanquear el conjunto del sistema penal como si no existiese intercomunicación entre todas las respuestas jurídicas de un mismo ordenamiento.

¹ Resulta de interés la interpretación utilitarista de la pena de muerte ya en John Stuart Mill. Vid. GARCIA AÑON, J., «La defensa de la pena de muerte y el derecho a la vida en John Stuart Mill», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pp. 149-170.

² La insistencia en la idea de justicia retributiva es continua en la justificación de este castigo. Al respecto, ver DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Pena de muerte: hacia su abolición global», en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 9, 80, 2013, p. 8.

Este proceder se sostiene habitualmente bajo la idea de la excepcionalidad³, es decir, mediante el método de asegurar que hay situaciones que no pueden someterse a las reglas y objetivos generales, porque presentan peculiaridades de tal entidad que merecen respuestas extraordinarias; excepcionales y con una trayectoria jurídica y material aislada de las que están vigentes para el conjunto del sistema.

Cuando se argumenta a favor de la pena de muerte, sobre lo extraordinario de su necesidad por lo excepcional de los daños que la preceden, se arma su justificación sobre la idea de restablecer la Justicia por los hechos previos⁴, o como una forma de legítima defensa social, colectiva, ante el fracaso de los órganos de la justicia penal para defender a los ciudadanos de determinados criminales⁵. Sin embargo, esos argumentos no son válidos solo para justificar la excepcionalidad, *per se*, de la pena de muerte, sino que serían igualmente válidos para fundamentar un modelo penal en el que todas las respuestas del sistema se fundamentasen en esos fines generales que se consideran válidos, solo con carácter especial, para la pena de muerte.

Se trata de argumentos por completo falaces, ya que son incapaces de construir un andamiaje propio, coherente y no transmisible al resto del arsenal punitivo del Estado. El intento de ocultar que se asume como válida la coexistencia de diferentes modelos penales en un mismo ordenamiento jurídico resulta de lo más pueril, por lo que el esfuerzo por mantener la alerta sobre las incoherencias del sistema penal y de la política criminal es siempre exigible y debe ser de carácter permanente.

II. La resistencia frente a la pena de muerte

El movimiento abolicionista de la pena de muerte en el mundo ha obtenido resultados crecientes en las últimas décadas, siendo algunos de los hitos recientes más destacables la Declaración del Milenio y la

³ GARCÍA ARÁN, M./LAMARCA, C., «Es urgente desmontar la excepcionalidad jurídica en España», entrevista de Javier Vizcaíno, en *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria*, Revista de pensamiento e historia, 47, 2014, pp. 40-49.

⁴ BARRIOS FLORES, L. F., «Pena de muerte en Estados Unidos. Reflexiones en torno al caso *Atkins v. Virginia*», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1.928, 2002, pp. 3.249 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, R., «La pena de muerte en los Estados Unidos: ¿una lenta agonía? Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la pena capital: *Baze v. Rees* y *Kennedy v. Luisiana*», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-01, 2009, pp. 1-26.

⁵ La pena de muerte como forma de legítima defensa social. Vid., LÓPEZ BETANCOURT, E., «La pena de muerte», en *Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, vol. II, 2009, pp. 1-5.

Moratoria de Naciones Unidas de 2007, y aquí es debido resaltar la trayectoria del homenajeado Prof. Arroyo Zapatero⁶, que ha enarbola-do con verdadera pasión y con rigor científico la bandera de la aboli-ción en tantos foros como le ha sido posible, y, todo ello, con el reco-nocimiento de la comunidad científica a nivel internacional. Sus aportaciones científicas en la materia durante la última década, y, sobre todo, su incesante labor de impulso de la abolición desde organizacio-nes científicas y hacia organizaciones políticas, han conseguido algo difícil de alcanzar: dejar huella. Hablar hoy de la pena de muerte impli-ca seguir la labor de Luis Arroyo Zapatero, especialmente, porque Espa-ña abolió esta pena en el proceso constitucional y no hay un debate mayoritario para su reintroducción. Pero, la constatación de su existen-cia en muchos países y la posibilidad de la reaparición del debate en el resto, justifican el reconocimiento que, por otras muchas razones, el profesor homenajeado merece.

A pesar de los innegables avances en el proceso de reducción de países que aplican la pena de muerte y en la construcción teórica que sustenta la solidez de las posiciones abolicionistas, al mismo tiempo ha coincidido, y así llega hasta hoy, un proceso inverso de construcción de la respuesta penal caracterizado por el incremento del punitivismo y una puesta en discusión de los principios en los que se asienta el mode-lo de Derecho penal liberal propio de la segunda mitad del siglo xx.

De este modo, los principios y motivos que han servido para estre-char el cerco a la pena de muerte, el respeto a los Derechos Humanos, a la dignidad de la persona y a todos los elementos que conforman el principio de humanidad de las penas, son los mismos que han perdido fuelle para contener los excesos punitivos propios de finales del siglo pasado y lo que llevamos del siglo xxi. Basta con constatar el incremen-to de países que recurren, como novedad, a la cadena perpetua (España en 2015, Colombia en 2020, Nicaragua en 2020), mientras que, al mis-mo tiempo, sostienen la vigencia del principio de humanidad de las penas, e incluso, del principio de resocialización.

De hecho, no son pocos los legisladores que conciben la cadena perpetua como una alternativa humanitaria a la pena de muerte⁷, que

⁶ ARROYO ZAPATERO, L. A., «El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte», en *Revista Penal México*, 1, 2011, pp. 31 ss.

⁷ Los casos de Turquía en 2002 y de Chile en 2001 son paradigmáticos de esta forma de abolir la pena de muerte, ofreciendo una sustitución por otra pena con una alta carga punitiva que compense el contenido retributivo propio de la pena capital. Al respecto, MATUS, J. P., «La pena de muerte en el ordenamiento jurídico chileno», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*:

se introduce o se reintroduce cuando aquella no existía o ha desaparecido de sus ordenamientos jurídicos⁸. Resulta evidente que la supresión de la pena de muerte de cualquiera de los ordenamientos jurídicos que la mantienen es una buena noticia. Comparativamente, la cadena perpetua, incluso en las versiones no revisables, representa una mejora respecto de la pena de muerte porque carece de los elementos más detestables, técnicos y filosóficos, de esta. La simple renuncia a matar legal y fríamente ya es un enorme avance respecto de la prisión de por vida, y se debe apoyar esa clase de intercambio de penas, por discutible y pernicioso que siga siendo la cadena perpetua.

Pero, esta maniobra, dirigida a mantener la carga simbólica de las penas ejemplarizantes, no justifica eludir el debate sobre la coherencia de los sistemas penales al seleccionar las penas y medidas con las que reacciona frente al delito. De hecho, esta opción de la sustitución por la cadena perpetua sin remisión alguna pone en evidencia que el objetivo de la pena de muerte no desaparece con su abolición, porque la idea de la *desaparición* del culpable es plenamente predicable de las formas más estrictas de cadena perpetua y de buena parte de las que se denominan revisables.

Son evidentes las enormes diferencias que existen entre la pena de muerte y la cadena perpetua, especialmente, y desde un punto de vista material, por la irreversibilidad absoluta de la primera. En esa misma idea residen buena parte de las objeciones éticas y jurídicas que hacen preferible a la prisión de por vida. Sin embargo, el paralelismo que se produce entre la muerte física y la muerte en vida, o la muerte civil, no puede esquivarse de forma sencilla simplemente con la elección entre una u otra pena, como mal menor. Como ya apuntó Silva en el Homenaje a Barbero Santos, el retorno de la inocuización, a pesar de tratarse de un término del pasado vinculado al positivismo criminológico⁹, re-

In memoriam», coord. Arroyo Zapatero y Berdugo Gómez de la Torre, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 353-366.

⁸ De esta opinión, RODRÍGUEZ RAMOS, quien opina que «la prisión permanente revisable, vigente en países con gran tradición democrática y de respeto a los derechos humanos se tendría que haber implantado en España inmediatamente después de la feliz abolición de la pena de muerte por la Constitución de 1978, que descabezó la escala de penas suprimiendo la más grave y dejando en sustitución la reclusión mayor de treinta años que, al regir la redención de penas por el trabajo, quedaba reducida a veinte años», tal y como lo recoge 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)», en *Derecho y cambio social*, 57, 2019, p. 8.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*», coord. Arroyo Zapatero y Berdugo Gómez de la Torre, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 700 ss.

presenta una nueva realidad de la actual Política criminal, con un cambio de justificación que se expande por varios ordenamientos jurídicos a nivel internacional.

En 2007 tuvo cierto impacto mediático una carta dirigida por trescientos presos italianos condenados a cadena perpetua al Presidente de la República en la que pidieron la pena de muerte si no tenían forma de remitir la prisión perpetua que se les había impuesto, y calificaron la cadena perpetua como una forma de muerte en vida más insoportable que la propia pena de muerte¹⁰. Más allá de que la intencionalidad última de la carta fuera buscar una forma efectista de atenuar la condena impuesta, la descripción de esa forma de privación de libertad como una forma de muerte civil, o de muerte social, no está muy lejos de la realidad.

Si, históricamente, la muerte civil consistía en la pérdida de los derechos del estado civil, de los derechos de patria potestad, de los patrimoniales, de los políticos y públicos subjetivos; es decir prácticamente el *status* de la persona, y se llegó a aplicar como pena accesoria de la propia pena de muerte y de la cadena perpetua, parece legítimo afirmar que los procesos de abolición de la pena de muerte y sustitución de la misma por la cadena perpetua, o los procesos de incorporación de la cadena perpetua como dique de contención de la pena de muerte, no están asumiendo que la muerte civil de los condenados es la consecuencia aceptada por los ordenamientos jurídicos para determinados delinquentes, con los que la práctica de la inocuización parece la solución viable, y que la desconexión definitiva de la sociedad civil es la consecuencia asumible y coherente con el resto del sistema penal.

Y en este momento es preciso volver a la cuestión inicial: si se puede sostener un sistema jurídico contradictorio, o una política criminal incoherente, a través del cual es posible sostener que pueden convivir en un mismo ordenamiento jurídico penas cuyos fundamentos, fines y concreción legal sean incompatibles entre ellas. En el caso español, si la prisión permanente revisable es compatible con los fines constitucionales de las penas o con los modelos penales de la seguri-

¹⁰ La carta se publicó en el diario El País con el siguiente texto «Morir un poco todos los días»: «Señor presidente de la Republica, estamos cansados de morir un poco todos los días. Hemos decidido morir de una sola vez, pedimos que nuestra pena a la cadena perpetua se convierta en pena de muerte. La cadena perpetua es el invento de un no-Dios, tan malvado que no se puede imaginar. Es una muerte que hay que tragarse poco a poco. Es una victoria sobre la muerte porque es más fuerte todavía que la misma muerte. Sueños que empiezan donde terminan / prisioneros para siempre / no nos matan, peor: nos dejan morir para siempre. La cadena perpetua transforma la luz en sombras». https://elpais.com/diario/2007/06/01/internacional/1180648813_850215.html

dad, en los cuales la eficiencia pesa lo que deja de pesar la prevención resocializadora¹¹.

Si se plantea la cuestión relativa a cuáles son las razones por las que el legislador señala la distinción entre unos delitos y otros a la hora de asignarles penas de privación de larga duración o cadenas perpetuas, revisables o no, se puede basar en dos elementos o en una combinación de los mismos: o es por los hechos, o por el autor, o por una combinación de hechos y autor. Es decir, por el daño producido, por la peligrosidad del sujeto o porque la gravedad de los hechos presume la peligrosidad del sujeto, no hacia el pasado, sino hacia el futuro.

El legislador español, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la reforma del Código penal de 2015 afirma que «se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido». Más allá de la manipulación que representa apoyarse en una demanda que carece de comprobación empírica alguna, el recurso a la idea de la proporcionalidad resulta interesante, sobre todo porque implica otra afirmación, a saber, que una privación de libertad de, hasta 40 años de duración, no es representativa de la proporcionalidad de los delitos de extrema gravedad para los que se anuda la prisión permanente.

Pero, si se apunta hacia la verdadera diferencia entre una prisión de 30 o 40 años predeterminada, y una prisión perpetua revisable, la diferencia no está tanto en los límites máximos, ya que la biología humana se encargaría de acercar esos límites máximos, sino en la forma en la que se cumplen ambas penas y en el mensaje público que se ofrece a la ciudadanía sobre el significado de cada una de ellas. No es lo mismo manifestar abiertamente que se acepta, con todos los matices técnicos, la expresión popular de *cerrar la puerta y tirar la llave*, que tener que refutar de manera permanente que la otra expresión, *se entra por una puerta y se sale por otra*, sea falsa y tenga algún fundamento. Lo segundo es más complicado de transmitir y se entiende peor, mientras que lo primero permite centrar toda la responsabilidad en el sujeto sobre el que recae la pena y facilita que las consecuencias de esa decisión dejen de pesar en contra de la respuesta penal: el sujeto deja de ser persona por el hecho cometido y el encierro permanente no requiere más actuación

¹¹ Sobre la cuestión, ampliamente, JUANATEY DORADO, C., «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXV, 2012, pp. 127 ss.

que la del sostenimiento vital del condenado porque su retorno social no es esperable por una peligrosidad que se considera intrínseca.

En el debate sobre si la pena de muerte debe abolirse y han de castigarse los delitos más graves con alguna forma de prisión, incluso la perpetua, el argumento de la proporcionalidad no ocupa el centro de la discusión. Son la ética y el respeto a los Derechos Humanos los que adquieren el protagonismo, porque la proporcionalidad pura, la justicia retributiva, se puede alcanzar claramente con la pena de muerte frente a algunos delitos. Por lo tanto, si son los factores asociados a la legitimidad constitucional de los actos de los poderes públicos en los Estados democráticos los que deben decidir sobre la abolición de la pena de muerte, cabría preguntarse si el debate sobre la cadena perpetua se puede resolver, como hace el legislador español, con el argumento de la proporcionalidad o si, por el contrario, aquellos argumentos que rechazan la pena de muerte son igualmente válidos para rechazar la cadena perpetua, que, en realidad, incluso en las formas menos estrictas, no es más que la versión civil de la muerte de un condenado.

III. Cadena perpetua, muerte civil y movimientos abolicionistas

El análisis y valoración de la cadena perpetua, tanto en sus versiones de encierro de por vida, como en las de naturaleza revisable, ha sido preeminente confrontar la figura con los fines de la pena aceptados en los Estados democráticos de derecho, especialmente para aceptar o rechazar que dicha pena cumple con los objetivos de la prevención general y de la prevención especial, además de con los fines de reinserción de la misma¹².

De acuerdo con la validez de todos estos argumentos desde una perspectiva interna a las teorías de la pena, sin embargo, es posible, por elevación, desplazar el problema a otro nivel de discusión, en concreto, el mismo en el que se discute acerca de la abolición de la pena de muer-

¹² Por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Contra la prisión permanente revisable», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXI, 2018, pp. 491 ss., donde manifiesta: «mi rechazo de la prisión permanente revisable se basa en que es inútil desde un punto de vista de prevención general, en que, desde el de la prevención especial, ciertamente que hay que —una vez cumplida su condena— proteger a la sociedad de delincuentes peligrosos, pero no con la prolongación de la pena de prisión, sino con medidas de seguridad, y, finalmente, en que las penas largas privativas de libertad causan daños irreparables a aquellos a los que se les aplican, vulnerándose, así, derechos fundamentales de los que también son titulares los delincuentes condenados».

te. Es decir, si el rechazo a esta no puede anclarse de manera fundamental en el incumplimiento de la pena capital de los fines de la pena en los Estados democráticos, por lo obvio, sino en el respeto a los Derechos Humanos y en la falta de legitimidad ética y democrática para ejecutar a un ser humano, la discusión sobre la cadena perpetua debe hacerse en el mismo plano –salvando las diferencias lógicas–, que el que se utiliza para defender la abolición de la pena de muerte.

La cadena perpetua no es una forma más, y más intensa, de privar de libertad a un condenado por delito, es una forma diferente de privar de libertad a las personas. De hecho, es algo más que privar de libertad a las personas, es provocar la muerte civil, o sea, la muerte social de los condenados a esta pena.

Es necesario sostener la validez de todos los motivos jurídico-constitucionales por los que la cadena perpetua, revisable o no, debe ser rechazada: por ser inconstitucional¹³, por infringir el principio de humanidad de las penas¹⁴, por ser discriminatoria¹⁵ o por atentar contra la dignidad de las personas¹⁶. Pero, sobre todo, es la voluntad del legislador –para que se declare firme en sentencia–, de excluir de forma perpetua o permanente al sujeto condenado de la sociedad a la que pertenece, la que determina con certeza la naturaleza de esta pena. Se trata de la supresión definitiva para una persona del ejercicio de todos los derechos efectivos que le permiten ser un sujeto social, excepto el de seguir con vida, que es la única frontera que separa la cadena perpetua de la pena de muerte. En este sentido, las palabras de De la Cuesta, respecto de la pena de muerte son completamente válidas para la cadena perpetua, ya que aquella «aparece como una grave y significativa respuesta irracional a la frustración social generada por comportamientos complejos, muy dañinos para la economía, el sistema político y el bienestar de la sociedad en su conjunto, que el sistema es incapaz de controlar. En este sentido, el desarrollo de instrumentos racionales para

¹³ LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «No solo mala: inconstitucional», en *Contra la cadena perpetua*, ed. Arroyo Zapatero, Lascurain Sánchez y Pérez Manzano, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 119 ss.

¹⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Principio de humanidad y prisión perpetua», en *Contra la cadena perpetua*, ed. Arroyo Zapatero, Lascurain Sánchez y Pérez Manzano, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 125 ss.

¹⁵ CUERDA RIEZU, A., «La cadena perpetua vulnera el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe cualquier trato discriminatorio», en *Contra la cadena perpetua*, ed. Arroyo Zapatero, Lascurain Sánchez y Pérez Manzano, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 135 ss.

¹⁶ VIVES ANTÓN, T. S., «La dignidad de todas las personas», en *Contra la cadena perpetua*, ed. Arroyo Zapatero, Lascurain Sánchez y Pérez Manzano, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 179 ss.

analizar y abordar de manera adecuada y humana esas frustraciones profundamente enraizadas, constituye una clave decisiva en la lucha contra la pena capital».

Cuando se afirma cierta equivalencia entre la prisión perpetua y la muerte civil, no se está estableciendo una concordancia, por un lado, entre esta clase de sanción medieval llegada hasta mediados del siglo XIX¹⁷, centrada en la pérdida de los derechos patrimoniales derivada de la pena de muerte, y, por otro lado, la privación de libertad indeterminada, sino entre ésta clase de pena y los efectos que la misma produce sobre los actuales listados de derechos humanos reconocidos a nivel internacional, que convierten a un ciudadano, por su mero reconocimiento, en sujeto titular de derechos básicos y consustanciales a la condición de ser humano. Si el recurso a la expresión *muerte civil* tiene sentido es por dos motivos: en primer lugar, porque desde el punto de vista del lenguaje permite visualizar la cercanía de esta consecuencia con la pena de muerte; y, en segundo lugar, siendo lo más relevante, porque pretender que una persona sometida a prisión de por vida sigue conservando la titularidad y ejercicio de los derechos humanos que se le reconocen como tal, supone un ejercicio de ceguera y negacionismo incompatible con las resoluciones más relevantes emanadas de los tribunales internacionales o regionales de derechos humanos, porque, como afirmo más arriba De La Cuesta, la irracionalidad es la esencia de la respuesta privativa de libertad indeterminada.

Es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos solo mantiene la contrariedad con los Derechos humanos respecto de la cadena perpetua sin remisión alguna¹⁸, en el entendimiento de que la posibilidad de remisión reactiva la validez de los fines preventivo especiales de la pena, y ofrece al preso una esperanza de reinserción social que aleja la inhumanidad de esa forma de cumplir la cadena perpetua¹⁹. Sin embargo, supeditar la legitimidad de una pena a mantener, en el plano subjetivo del condenado, viva la llama de la esperanza de recuperar la libertad, en vez de en la certeza de la finalización de la pena y en la

¹⁷ VALLEJO FERNANDEZ DE LA REGUERA, J., «Vida castellana de la muerte civil. En torno a la ley cuarta de Toro», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 31, 2004, pp. 671-686.

¹⁸ Al respecto, es de interés la Sentencia del TEDH de 2019 que condena a Italia por mantener la prisión perpetua sin remisión, lo que viola, para el tribunal, el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes (caso Viola).

¹⁹ Sobre la concordancia de la regulación española con la doctrina de TEDH, ver NÚÑEZ FERNANDEZ, J., «Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXIII, pp. 267 ss.

planificación racional del periodo fijado en sentencia por parte de la institución penitenciaria, lo único que consigue es satisfacer el deseo irracional de venganza de los que se encuentran extramuros de la cárcel y colocar en el preso toda la responsabilidad para que esa esperanza subjetiva se pueda hacer realidad.

Si se puede considerar una exageración equiparar la cadena perpetua a la muerte civil, o social, de las personas condenadas a esta pena, quizá sea preciso observar cómo otras penas menos gravosas o en otros delitos menos graves ya son consideradas, aquellas, como tales, o determinados delitos como necesitados de su aplicación, por ejemplo, en los relacionados con la corrupción²⁰. Como apuntaba Silva al inicio de esta aportación, la recuperación de la idea de inocuización para el sistema penal es la consecuencia de un modelo penal que se afirma respetuoso con la libertades públicas y los derechos fundamentales, pero que cada vez es más proclive a buscar mecanismos que, sobre determinados sujetos, bajo la excusa de la peligrosidad, permita su exclusión más o menos definitiva de todo o de parte de las relaciones sociales público-privadas que le permiten a los ciudadanos ser seres sociales y titulares ejercientes de los derechos humanos compatibles con la idea del castigo penal. Y todo ello, como consecuencia de las estrategias simbólicas y vindicativas actuales, muy útiles para el fortalecimiento del poder, pero inidóneas para la prevención²¹.

Como afirma Arroyo Zapatero, «la adopción de prisión perpetua, aunque sea revisable, abandona la tradición española que, salvo en tiempos infaustos, ha sido siempre compasiva, renuncia al principio constitucional de reinserción, y por sus modos y formas de revisión resulta una pena desproporcionada y una pena cruel y contraria a la dignidad humana»²², y, por lo tanto, debe ser rechazada por ser una pena dirigida a la desaparición social en vida del sujeto condenado.

²⁰ USCAMAYTA CARRASCO, W., «Constitucionalización de la muerte civil como una medida que coadyuve al pago de la reparación civil de los funcionarios públicos Sentenciados por el delito de corrupción. Reforma del artículo 41 de la Constitución Política», en *Lex*, 20, 2017, pp. 163 ss.

²¹ TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», en *Revista Nuevo Foro Penal*, 87, 2016, p. 56.

²² ARROYO ZAPATERO, L. A., «Prólogo», en *Contra la cadena perpetua*, ed. Arroyo Zapatero, Lascrain Sánchez y Pérez Manzano, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, p. 14.

VIVA LA MUERTE POR LA CÁRCEL

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Profesor Catedrático. Universidad de Sao Paulo

LUIGI GIUSEPPE BARBIERI FERRARINI

Estudiante de doctorado y Mestre. Universidad de Sao Paulo

I. Introducción

Umberto Eco, en una conferencia en la Universidad de Columbia, en 1995, ha tratado de resumir para los estudiantes estadounidenses algunas características intrínsecas al fascismo¹. El mismo, aún niño, vivió con los partidarios de Mussolini, experimentando el fin del fascismo al final de la Segunda Guerra Mundial. Una de sus tesis para definir este movimiento fue exactamente la dificultad para definirlo. Dice él que es mucho más fácil definir el nazismo o el estalinismo, regímenes igualmente totalitarios que el régimen que llega al poder en Italia, precoz en comparación con otros europeos o hasta mismo con latinoamericanos similares. Sin embargo, él indica algunas características, a saber: (i) el culto a la tradición, con una especie de rechazo a la modernidad, aunque con la adopción de las tecnologías; (ii) el irracionalismo del pensamiento con la valorización del culto a la acción y depreciación del trabajo intelectual; (iii) el miedo a las diferencias, con un llamado atractivo para las clases medias frustradas como base para sostener su pensamiento y valorar el pensamiento de las élites en detrimento del pensamiento de los estratos más populares; (iv) un culto nacionalista que justifica la xenofobia; (v) un llamado a luchar con la creación de un enemigo, pues no hay lucha por la vida, pero antes que nada hay una vida por la lucha; (vi) la transferencia de valores de poder crea un belicismo sexual, que los hace sexistas e intolerantes a los hábitos sexuales no conformistas; (vii) cierto desprecio por los débiles, con culto a los héroes estrechamente relacionados a el culto de la muerte.

¹ Eco, U., *O fascismo eterno*. Ed. Record, 2018.

El culto al heroísmo dice, está estrechamente asociado con el culto a la muerte, y no por otra razón el eslogan de la falange de Franco era *Viva la Muerte*². Los lectores españoles conocen bien el episodio ocurrido durante la Guerra Civil Española por el decano de la Universidad de Salamanca, Miguel de Unamuno, ante la ira del General franquista José Millán-Astray, fundador de la Legión Española que gritaba «Muerte a los intelectuales, viva la Muerte», en el corazón de la Universidad de Salamanca. Dijo él: «Este es el templo del conocimiento y yo soy tu sumo sacerdote. Estás profanando este recinto sagrado. Sea lo que sea que diga el proverbio, siempre fui un profeta en mi propia tierra. Tú ganarás, pero no convencerás. Ganarás porque tienes fuerza bruta, pero no convencerás porque convencer significa persuadir. Y para convencer necesitas algo que te haces falta en esta lucha: razón y derecho.» Sus palabras fueron registradas por un estudiante que asistió al evento que, en el exilio, se publicaría años más tarde en una revista de Londres, dirigida por nadie menos que George Orwell. El mensaje de Unamuno permanece vivo, presente, inscrito en brasas en las páginas de la Historia.

II. El Paquete contra el crimen

El 4 de febrero de 2019, el gobierno brasileño a través de su Ministro de Justicia, Sergio Moro, publicó un proyecto de ley propio que modificaba catorce normas vigentes en el país, entre ellas el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, y cuyos objetivos, según Moro, serían atacar tres cuestiones centrales que, a su juicio, estarían interconectados: la corrupción, el crimen organizado y los crímenes violentos. El proyecto, a pesar del alarde de los medios de comunicación, fue una reanudación no declarada de un proyecto titulado 10 medidas contra la corrupción, presentado al Congreso Nacional por el Ministerio Público Federal en 2015. Dichas medidas fueron objetos de duras críticas de varias entidades y muchos juristas, calificadas por un ministro del Tribunal Federal Supremo (STF) como un «delirio» concebido por un «estúpido». El hecho es que a pesar del apoyo de la mayoría de la prensa y de la población fomentada por ella, el procesamiento del paquete de los fiscales no obtuvo los resultados esperados en el Congreso Nacional. Durante el procesamiento del paquete de Moro,

² *Op. cit.*, p. 43.

muchos diputados señalaron que leyes similares ya estaban en progreso a un ritmo más lento, las cuales fueron dejadas por el ex ministro de Justicia Alexandre de Moraes, asistente de Michel Temer. Este proyecto, en algunos casos, ya había pasado por comités del Congreso, permitiendo una especie de reanudación de esas normas proyectadas, más la racionalización del paquete de Moro. La confluencia de estas normas resultó en la Ley 13.964/19.

Lo primero que cualquier borrador traerá es una justificación para los cambios. La declaración explicativa es un género textual en que son presentadas las justificaciones para creación, alteración o extinción de un determinado estándar, con el fin de indicar las ideas del legislador para modificar la legislación existente. Por lo tanto, la comunidad científica, a través de la declaración explicativa, toma nota de la propuesta justificante de la enmienda legal y comienza a discutir su contenido. Como regla, la maduración pasa por debates académicos, cuenta con el aporte de las universidades donde están los principales abogados, involucra a instituciones que aplicaran la ley, como asociaciones de jueces, fiscales, defensores públicos. Después de la comunidad científica, la sociedad misma, ya teniendo disponibles los instrumentos científicos extraídos de ese debate, presenta sus contribuciones y críticas, llevando al Congreso Nacional todo el caldo de cultura filtrado de este debate, para que los representantes de la población puedan mejorar y modificar estas propuestas normativas. Sin embargo, no es lo que sucedió en este caso. Sergio Moro no presentó la declaración explicativa del anteproyecto, rompió con una tradición de explicar la primera justificación de un estándar dado. Luego se negó a debatir públicamente el tema de la reforma penal, diciendo que dependería al Congreso Nacional hacerlo y que «hay prisa, ya que la propuesta se encuentra entre las prioridades para los 100 días de gobierno Bolsonaro»³. ¡Es decir que una reforma que necesitaba debate técnico y una necesaria maduración termino siendo aprobada lo antes posible, sin discusiones con la comunidad científica y con los operadores del derecho! El miedo a las diferencias y el desprecio por la crítica de los intelectuales son las primeras características fascistas de la Reforma.

La primera parte del paquete, francamente modernizadora, reformula estándares procesales y era esperada por la comunidad científica durante décadas. Tan pronto la Ley fue aprobada, las castas más conser-

³ Disponible en <https://painel.blogfolha.uol.com.br/2019/02/13/moro-recusa-pedido-para-fazer-debate-publico-sobre-pacote-anticrime/>; <https://blogdacidadania.com.br/2019/02/moro-nao-quer-fazer-debate-publico-sobre-o-pacote-anticrime/>, accedido en 27/3/2119.

vadoras del Poder Judicial y del Ministerio Público se rebelaron contra las reglas procesales creadas, y la Corte Suprema terminó por suspender la validez de las reformas procesales de acuerdo con el pensamiento de las élites.

La segunda parte del paquete es clara y abiertamente punitiva, inspirada en lo latente movimiento de la ley y el orden y eso ciertamente causará profundos cambios en la población penitenciaria brasileña. Comienza con la extensión de 30 a **40 años** de tiempo de ejecución de penas privativas de libertad. Considerando la esperanza de vida de extractos sociales más bajos, normalmente seleccionados para la prisión, y considerando las precarias condiciones de las cárceles brasileñas que generan a la declaración de un estado de cosas inconstitucional por el STF –cuyo significado ocurre cuando hay una violación generalizada y sistémica de derechos fundamentales, causados por la inercia o incapacidad reiterada y persistente de autoridades públicas para cambiar la conjetura existente–, podemos decir que tal monto de pena si no es perpetuo, tiende a perpetuidad.

También en este sentido de castigos exacerbados, reflexionase sobre el violento agravamiento de la privación de libertad, con el progreso siendo dificultado y, en algunos casos, prohibiendo la libertad condicional. Tal medida resulta de la modificación radical del art. 112 de la Ley de Ejecución Penal, quedando la regla general anterior de progresión del régimen al cumplir una sexta parte de la sentencia solo en casos en los que el convicto es primario y no ha cometido un delito con violencia personal o amenaza grave. Por otro lado, varios factores, solos o en combinación, representaran niveles nuevos y más serios para la ocurrencia de progresión, como la reincidencia, el acometimiento de delito con violencia a la persona o amenaza grave, la práctica de un delito de gravedad especial, el resultado muerte, el ejercicio de comando de una organización criminal dedicada a la práctica de crímenes de especial gravedad y la constitución de milicias privadas.

Por lo tanto, este nuevo dispositivo aumenta la progresión, que como regla era de 1/6 (el 16% mencionado en el artículo reformado 112), y permitirá retener a un condenado en régimen cerrado por hasta 70% de su penalidad. En la práctica, esto casi siempre eliminara la segunda etapa del régimen progresivo. Imagine un reincidente en un delito grave con resultado muerte, condenado a 30 años de prisión. Si el juez entiende que el puede progresar, lo que no siempre ocurre, deberá permanecer 21 años en el régimen cerrado. Restando los últimos 9 años para cumplir completamente la penalidad, deberá cumplir el 70%

del resto de la penalidad bajo régimen semiabierto, lo que son más 6 años. Restando el periodo para procesar las dos solicitudes y considerando eventuales exámenes criminológicos siempre solicitados en delitos de tal gravedad, tal condenado difícilmente podrá anticipar su liberación. La sentencia se cumplirá enteramente en los regímenes cerrado y semiabierto, con lo abierto prácticamente mutilado. Tenga en cuenta, también, que existe una prohibición legal de la libertad condicional en este caso. En síntesis: el proceso de individualización de la pena por los delitos más graves, en la ejecución penal, ha sido prácticamente suprimido.

Pero eso no es solo, aunque es mucho. La Ley 8.072/90, que define cuales son los delitos de especial gravedad, tuvo su espectro sustancialmente expandido. De otra manera, algunos otros tipos fueron incluidos allí: robo, cuando ha restricción de la libertad de la víctima, uso de un arma de fuego, uso de arma de fuego de uso prohibido o restringido o calificado por el resultado lesiones corporales graves o la muerte, robo cuando calificado por el uso de explosivos o artefactos similares que causan un peligro común; y, en las modalidades intentadas o consumadas, la posesión ilegal o posesión de un arma de fuego de uso prohibido, el comercio ilegal de armas de fuego, tráfico internacional de armas de fuego, accesorios o municiones y el crimen de organización criminal, cuando se dirige a la práctica de crimen de gravedad especial.

Vale mencionar: un robo con un arma ahora será de gravedad especial. Un robo sin uso de arma de fuego o violencia también, según sea el caso. Posesión de armas, según corresponda, también. De los delitos que más encarcelaron: robo, narcotráfico, delitos sexuales y contra la vida todos son de gravedad especial (con la excepción del robo, en el que solo una modalidad es). Para la cárcel, los delitos de gravedad especial ya no son una excepción y se convirtieron en la regla. Tal vez no están considerando todo el gran catálogo criminal. Pero para el crimen en masa, la excepción, se convirtió en la regla.

Finalmente, la reforma penal legada por los dos últimos ministros de justicia, cada uno con su contribución en parcelas no fácilmente identificables, agregada a la contribución dada por el Congreso, que en esta legislatura no clama contra los crímenes, pero vocifera contra ellos, convirtió el paquete contra el crimen en un verdadero paquete contra los delincuentes pobres. Se ha dicho que al gobierno actual le gustaría terminar con el crimen. Sin duda, este es un propósito vano; pero acabar con los delincuentes pobres en nuestras miserables cárceles se logrará en poco tiempo.

III. Rumbo a 1 millón de prisioneros

Se ha dicho durante 20 años que el tamaño de la población carcelaria es consecuencia de decisiones. Tenemos libertad de elección⁴. Nils Christie afirmó que el tamaño de la población carcelaria, en cualquier sociedad, es también el resultado de la historia de cada país y de las principales ideas políticas⁵. De echo, el número de prisioneros no está relacionado directamente con el número de delitos, mas con la cultura general. Gobiernos fascistas tienden a querer más castigo: los gobiernos democráticos controlan la furia punitiva, mismo que tengan que equilibrarse con la demanda de la opinión publica en la dirección opuesta.

Podemos ver la evolución del encarcelamiento en una tabla comparativa Brasil/ Estados Unidos, analizando los años, el número absoluto de prisioneros y el número de prisioneros por 100.000 personas.

EEUU		
2000	1,937,482	683
2002	2,033,022	703
2004	2,135,335	725
2006	2,258,792	752
2008	2,307,504	755
2010	2,270,142	731
2012	2,228,424	707
2014	2,217,947	693
2016	2,121,600	655

Fonte: <https://www.prisonstudies.org/>

BRASIL		
2000	232,755	132
2002	239,345	132
2004	336,358	180
2006	401,236	209
2008	451,429	231
2010	496,251	249
2012	548,003	270
2014	622,202	301
2016	726,712	347
2019	746,532	348

Fonte: <https://www.prisonstudies.org/>

⁴ SHECAIRA, S. S., «A lei e o outro», *Boletim do IBCRIM*, vol. 99, 2001, p. 1.

⁵ CHRISTIE, N., *Uma razoável quantidade de crime*, Rio de Janeiro, 2011, ICC, p. 85.

De los cuatro países más grandes en número absoluto de prisioneros en el mundo (EEUU, China, Rusia y Brasil), tres de ellos, por diferentes razones, decidieron controlar sus poblaciones carcelarias. En los Estados Unidos, los mayores encarceladores en número relativos y absolutos en el mundo, la población es menor en números absolutos y relativos de que hace 16 años. El país tenía 755 prisioneros por cada 100.000 habitantes (más de 2.300.000 prisioneros) y más recientemente controlaron la población carcelaria, por lo que hasta 655/100.000 h. (200.000 menos que en pasado reciente); ¡pero el país de la libertad es aquel que menos la respeta entre los grandes países!

Los cambios de gestión que los estados estadounidenses se vieron obligados a hacer después de la crisis de 2008 crearon una restricción fiscal sin precedentes en la historia reciente de ese país⁶. Cuando las empresas dejaron de producir, despidieron empleados y comenzaron a restringir el margen de operativo de sus ejecutivos, prohibiendo desplazamientos en aviones particulares y el derrame de gastos innecesarios, los estados fueron obligados a bajar el costo –creciente durante cuatro décadas– de sus prisiones. El tamaño de la población carcelaria está determinado por el número de ingresos y la duración de las sentencias de los convictos. Por esta razón, las políticas públicas han pasado para las de cambio de las sentencias y tempranas liberaciones. Se ofrecieron facilidades fiscales a las empresas encarceladoras –prisiones privadas– para la reducción carcelaria y cárceles enteras fueron cerradas para ahorrar dinero de los contribuyentes. Estadounidenses consumieran, después de la crisis de 2008, menos autos, menos refrigeradoras, menos computadoras, menos ropa y menos prisioneros⁷.

Por otro lado, Brasil ha ignorado todas las advertencias sobre el encarcelamiento excesivo como siendo un problema. Arrestar y arrestar mucho es una opción. Pero tiene un costo político, humanitario y también económico. En el primer censo penitenciario en Brasil, en el año 1994, Brasil tenía 129.169 presos, lo que representa el índice de 88 presos/100.000 h. Desde allá, la población carcelaria casi se multiplicó por 6 (más precisamente, 5.77), pero el crecimiento de la población brasileña fue del orden del 30%. Incluso con el crecimiento poblacional y del producto interno bruto correspondiente para el periodo, el

⁶ Disponible en: <http://www.vera.org/download?file=3473/the-price-of-prisons-updated.pdf>. Accedido en fev/2012.

⁷ SHECAIRA, S. S./VILLARDI, N. «Cárcere foi um bom negócio», *Boletim do IBCCRIM*, vol. 232, 2012, p. 3.

crecimiento del costo de la prisión es insoportable. Ya sea en el sufrimiento humano, o en los valores monetarios.

La pregunta que se hace en este momento, es la que haría un lego si leyera este artículo. ¿El aumento de arrestos no se debe al aumento de la criminalidad? La asociación entre las tasas de encarcelamiento y las tasas de delincuencia es frecuente. Sin embargo, la idea de que no existe una correlación automática prevalece en la literatura entre índices criminales y tasas de encarcelamiento, habiendo sido consolidado consenso en el sentido de que el estado actual del debate no permite tal afirmación⁸. Podemos llamar a estos factores, bio-socio-ambientales, como *factores externos* al sistema penal, en la línea del artículo citado. Por otro lado, existen *factores internos* al sistema penal, producto de las practicas penales punitivas. O, en palabras de los autores mencionados: «la tendencia de aumento de las tasas de encarcelamiento en varios países occidentales, principalmente en la segunda mitad del siglo xx, se ha asociado con movimientos de política criminal llevados a cabo en reformas legislativas, cuya implementación resultó en la imposición de penas de prisión más largas»⁹.

Tenga en cuenta que muchos delitos se han vuelto particularmente graves según la ley 13.964/19. Una cuarta parte de todos los prisioneros en Brasil fueron presos por robo, según la encuesta estadística (no tan reciente) del Departamento Penitenciario Nacional-DEPEN¹⁰. ¿Cuántos de los que cometieron delitos con cuchillos y cuantos usaron armas de fuego de cualquier calibre? No hay datos sobre el tema, pues ningún robo era crimen de especial gravedad y las investigaciones de esta naturaleza eran irrelevantes; ahora no. Admitamos, solo para argumentar, que, de estos robos, 80 % se realizaron con revólveres/pistolas y 20 % sin armas de fuego. Tendremos el veinte por ciento de todos los encarcelados en Brasil, que serán considerados como autores de crímenes de gravedad especial y quien solo progresarán con el 40 % de la pena, si es primaria, o 60 % si reincide. Antes de la Ley 13.964/19 podrían progresar con 1/6 de la pena (16 %). Autores de homicidio –10 % del total,

⁸ JAPIASSU, C. E. A./FERREIRA, A. L. T., *Superpopulação carcerária e sistemas internacionais de direitos humanos*, Artigo inédito, 2019, p. 9. Ver también NUNES, P. L., *O neo penalismo e a política criminal brasileira do novo milênio*. Dissertação inédita, UFPE, *passim*, según el autor, se disocia los índices sociales y el cometimiento de hechos ilegales, logrando en comprobar que, a pesar de una mejora de nuestros índices sociales, no hubo una relación directa con el crimen, aún que esto se ha dado en período de grande crecimiento de la población carcelaria, exclusivamente por decisiones político-criminales.

⁹ *Op. cit.*, p. 12.

¹⁰ http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf/view. Accedido en 29 de enero de 2020.

según el DEPEN– tendrán su progresión condicionada al cumplimiento de la mitad de la sentencia, mientras que antes tendrían que cumplir 40 % (2/5), si primarios. Aquí se agregue la prohibición sobre la concesión de la Libertad Condicional. Lo mismo es válido para autores de robo seguido de muerte, 3 % del número total de prisioneros según el DEPEN, cuya progresión fue obstaculizada. Además, 5 % de los encarcelados en Brasil lo fueron por ofensa al Estatuto del Desarme. De los dos delitos principales en esta ley especial, uno se convierte crimen de gravedad especial (cuanto más habrán obstaculizado la progresión se desconoce el total). Finalmente, la propia asociación criminal (2 % de los encarcelados en Brasil), cuando destinada a la práctica de crímenes de gravedad especial, será en si misma un crimen de especial gravedad. El resultado es simple: aún que no se pueda estimar con precisión en números el significado de la ley, sabemos que requerir más tiempo para la progresión de alguien solo producirá más prisioneros como resultado. La avalancha de nuevos crímenes asociados con el mayor tiempo en la cárcel significará más encarcelados. El objetivo de un millón de prisioneros no tardará 5 años. Dado que no se han producido cambios sustanciales con el tráfico de drogas, un crimen de gravedad especial, 45 % de los presos en Brasil (20 % de robos, asumiendo que no todos están con armas de fuego + 10 % de homicidios + 2 % de posesión de arma de uso restringido + 3 % de robos seguidos de muerte + 2 % de asociación criminal + violaciones criminales – que no están claramente identificadas en las estadísticas, pues están en la columna de «otros», pero se supone que están alrededor del 6 % más y 1 o 2 % de los robos con explosivos) habrán dificultado la progresión cuando no esté prohibido el Libramiento Condicional. Si sumamos los 45 % de estos delitos + 28 % de los casos de tráfico, tendremos 73 % de las personas presas por crímenes de gravedad especial. Lo que era excepción –crímenes muy serios– se convirtió en la regla.

IV. Los criminosos habituales

No sé si los escritores de la premiada película *Casablanca*, de 1942 (Julius J. Epstein, Philip G. Epstein e Howard Koch), sabían que la frase que pusieron en la boca del personaje Capitán Renault y que se hizo famoso: «Round up the usual suspects» o «Arresten los sospechosos habituales», sería una fórmula para todos los males de la humanidad, especialmente para aquellos que se quedan en la comodidad de sus

tronas y culpan a los desfavorecidos.¹¹ Pero parece que más de 70 años después no sería sorprendente tener una teoría más profunda para identificación de los pobres como personas preferidas para la criminalización penal. Algunos pocos datos del Brasil que se pueden ver en Datos del Registro único del Ministerio de Ciudadanía muestran que esa pobreza extrema en el país ha aumentado y ya llega a 13.2 millones de personas. En los últimos siete años, más de 500 mil personas han entrado en situación de miseria. El nordeste tiene el peor escenario, con las tasas más altas por cada 100 mil habitantes en el Piauí (14,087), Maranhão (13,861) y Paraíba (13,106). De junio de 2018 a junio de 2019, Roraima y Rio de Janeiro tuvieron el mayor aumento de la pobreza extrema, con incrementos de 10.5% y 10.4%, respectivamente. En 2014, la Organización de las Naciones Unidas para Alimentación y la Agricultura (FAO) sacó a Brasil del Mapa del Hambre, compuesto por países donde más del 5% de la población consume menos calorías que recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Sin embargo, existe el temor de que el país vuelva a formar parte del grupo, lo que parece estar en marcha, especialmente después de la pandemia. Según el Instituto Brasileño de geografía y Estadística (IBGE), entre 2016 y 2017 la pobreza en Brasil pasó de 25,7% al 26,5% de la población. El número de los extremadamente pobres, aquellos que viven con menos de 140 reales mensuales, saltaron, en el periodo, de 6.6% al 7.4% de los brasileños¹². Y se espera, con los datos aún tímidos que al menos va a duplicar ese número debido al desempleo que está creciendo fuertemente. De todas las formas, el neo liberalismo concebido desde el Consenso de Washington no pensó en solucionar problemas básicos como el hambre y la pobreza extrema.

Recientemente, hemos tenido varios casos de manifestaciones públicas de odio a los pobres. Campaña repugnante apareció en las redes sociales. Desde páginas de facebook llamadas *Alerta Ipanema*, *Copacabana*, *Botafogo* y *Gavea*, un llamado a dar gritos contra cualquiera que haya visto dando comida a personas que viven en las calles en la región

¹¹ En la película *Casablanca*, una de las mejores películas clásicas del cine, el personaje principal, Rick (Humphrey Bogart) ayuda a su amada Ilsa (Ingrid Bergman) a escapar de la prisa de Casablanca en un avión, con el marido Victor Lazlo, uno de los líderes de la resistencia theca, para poder continuar la lucha contra el nazismo. Rick abdica, de su amor. Por mientras el avión despegue, llega el Mayor Strasser, comandante nazi dispuesto a arrestar Lazlo, pero Rick le dispara por mientras se acerca para evitar el escape. Cuando llega la policía local, el Capitán Renault salva la vida de Rick ordenando «arrestar los delincuentes habituales.»

¹² <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/08/14/interna-brasil,777032/miseria-extrema-no-pais-cresce-e-atinge-13-2-milhoes-de-brasileiros.shtml>. Accedido en 5 de febrero de 2020.

demuestra un odio abierto a los pobres¹³. Iguales que esta, más o menos explícitas están en marcha. De vez en cuando vemos mendigos quemados por ciudadanos y persecuciones eugenistas por ayuntamientos en muchas ciudades.

Este fenómeno de rechazo a la pobreza nos lleva al concepto de aporofobia, que puede verse como odio, asco u hostilidad hacia los pobres, el que no tiene recursos, o el indefenso. Tal concepto denota un sentimiento negativo de odio colectivo, en concreto, contra los desfavorecidos. Sin embargo, fue la filósofa Adela Cortina, la primera autora a poner un nombre a este fenómeno y darle una definición más precisa, especialmente desarrollada en una publicación reciente de un libro importante: «Es la fobia contra lo pobre que lleva al rechazo de personas, razas y etnias que generalmente no tienen recursos y, por lo tanto, no pueden ofrecer nada o parecen incapaces de hacerlo¹⁴. La pobreza es una condición socio-económica, mientras que el crimen de odio contra los pobres es tomar esta condición como un chivo expiatorio para victimizar a alguien o criminalizarlo de manera exacerbada. También es un mecanismo que resta de los pobres la posibilidad de acceso a los derechos humanos fundamentales.

El contexto de exclusión social que produce todo tipo de persecución político-criminal se deriva de varios factores, entre los cuales podemos destacar el funcionalismo, gerencialismo y punitivismo.

El funcionalismo, pensamiento dominante en la doctrina penal contemporánea, tiene su origen en los pensamientos funcionalistas sociológicos (Émile Durkheim, Robert Merton y Niklas Luhmann, entre otros), que constituyen la familia conservadora principal de las humanidades. Se aceptó en derecho penal por importantes autores como Claus Roxin y Gunther Jakobs, aunque con muchas diferencias entre tales autores y sus seguidores. Dominantes en Alemania, llegaron a serlo en muchos otros países como España, Portugal, Italia y Brasil. Dentro del ámbito del derecho penal, el funcionalismo pretende, más que ser un programa, ser un instrumento de descripción científica de aquéllo

¹³ «Chicos, la Subprefectura de la Zona Sur y la Guardia Municipal han eliminado a estas personas y las han enviado a refugios, pero ¿se dan cuenta que siempre vuelven? No van a Santa Cruz, ni a Nova Iguacu, Campo Grande. Vienen a Ipanema. ¿Porque será? Nacer allí no nació. Vienen porque hay algo bueno. Lo bueno es la gente que da limosna y comida. Yo ya lo hago, pero necesito tu ayuda. Cuando vea a alguien dando comida o limosnas, llame a la atención. Grita, demuestre que todos los que pasan junto a esa persona contribuyen para que tengamos más mendigos en el vecindario. Solo entonces se avergüenzan y se detienen.» <http://www.esquerdadiario.com.br/Odio-aos-pobres-e-racismo-em-campanha-nas-redes-sociais-contr-esmola-no-Rio>. Accedido en 5 de febrero de 2020.

¹⁴ CORTINA ORTS, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Espasa Libros, 2017, p. 9.

que existe y cómo funciona. Su perspectiva aséptica es conservadora, no cuestiona la estructura del sistema y sus críticas limitadas se centran en aspectos específicos del funcionamiento de la estructura punitiva. La función asignada al sistema penal es garantizar la validez del derecho cuestionado por aquellos que frustran las expectativas sociales de sumisas al estándar.¹⁵

El gerencialismo lleva la gestión pública a la racionalidad neo liberal, enfocada más a la gestión de ingresos de que a los resultados. El ciudadano ya no es visto como titular de derechos y pasa a ser mirado como un consumidor de servicios; la administración pública, por su parte, deja de desarrollar programas políticos y sociales, pasando a tareas de gobernanza, buscando rentabilidad a través de un cuidadosa ponderación de costos/beneficios, realizada utilizando métodos actuariales específicos para la modernidad líquida y sociedad de los riesgos¹⁶ Se sintetiza, de esta manera, en la esfera penal, que el fenómeno denominado política penal actuarial no es otra cosa que la racionalización de estrategias de control social por lógica actuarial con el propósito de incapacitación selectiva de miembros de clases peligrosas contemporáneas, identificados por cálculos multifactoriales.¹⁷ El sistema penitenciario, desde una perspectiva gerencial, privatiza sus servicios, cuando no la propia administración, reduciendo los programas de reinserción social e invirtiendo en la inocuización de los delincuentes habituales.¹⁸

La tercera fuente de legitimación del derecho penal aporofóbico es el punitivismo, entendido en Brasil como una mezcla de tres grandes movimientos: movimiento de la ley y de la orden, tolerancia cero y derecho penal del enemigo. La política penal de la ley y de la orden tiene por objeto maximizar la intervención punitiva, imponer un supuesto efecto disuasorio criminal, a través de sanciones más altas, arrestos crecientes, aumentos de arrestos preventivos, mayores penas y dificultades en la progresión del régimen y libertad condicional. La inseguridad de la sociedad se combate con más castigos. El movimiento de tolerancia cero parte de la premisa que se debe dar un carácter sagra-

¹⁵ En este sentido, el pensamiento siempre contundente de TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Un sistema penal para a aporofobia», en PORTILLA CONTRERAS, G./VELÁSQUEZ VELASQUÉZ, F., *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, 2019, p. 356.

¹⁶ *Idem*, p. 357.

¹⁷ DIETER, M. S., *Política Criminal actuarial: a criminologia do fim da história*. Revan, 2013, p. 24.

¹⁸ La adopción de programas que crean bases de datos genéticos insertados en el orden del paquete contra el crimen, así como iniciativas para privatizar la administración de prisiones, es la manifestación más evidente de este proceso.

do a los espacios públicos y que el desglose en el que las clases pobres se satisfacen es lugar natural del crimen, así como la idea de que una pequeña infracción, cuando tolerada, puede conducir a delitos más graves, debido a un sentimiento de anomia que prospera en ciertas áreas de la ciudad. El derecho penal del enemigo (concebido por Jakobs), por definitivo, se ha convertido en una doctrina que contribuye a la expansión del sistema punitivo al identificar autores que no respetan el Estado de Derecho Democrático, actuando criminalmente de manera contraria a su existencia. La respuesta al delincuente en el derecho penal del enemigo es el reconocimiento del delincuente como ciudadano, para reprimirlo de sus derechos y garantías procesales, maximizando aún más los castigos.

Si todo este caldo de cultura punitiva que plaga nuestros tiempos y que involucra los operadores de la ley no fueron suficientes, es importante reafirmar que el ejercicio de la jurisdicción en Brasil se hace con exceso de formalismo y con la adopción de estas tres bases ideológicas reunidas, de tal manera que los ideales punitivistas se realizan exponencialmente. Además, las teorías del pánico moral planteadas por el criminólogo sudafricano Stanley Cohen¹⁹ están influyendo decisivamente en el desempeño del magistrado, haciéndolo incorporar un rol de combatiente contra el crimen que le quita la imparcialidad. La sociedad y los medios de comunicación terminan presionando al juez para que asuma responsabilidades que no son suyas, hacen con que el apueste por sugerencias que no estén científicamente demostradas y al final participe en el propio vaciamiento de sus competencias, convirtiéndose policial²⁰, fiscal, carcelero, pero ya no juez.

Aunque el mentor intelectual del paquete anti crimen ha defendido en otros lugares que la corrupción e el caja dos eran delitos muy graves, que podían ser castigados con la inclusión entre los delitos especialmente graves, la reforma nada hizo en ese sentido. No hubo propuesta del gobierno y, si hubiera, ciertamente el Congreso, por razones obvias, tampoco las aprobaría. Pero esto tiene una razón de ser. Es que el sistema punitivo lleva consigo la condición de plutofilia, siendo absolutamente tolerante con los delitos fiscales y sus sucesivas amnistías fiscales; también es indulgente con los paraísos fiscales en el extranjero cuando no los crea en el propio país, como ocurre con Delaware, en los

¹⁹ Ver especialmente *States of denial: knowing about atrocities and suffering*. London, Polity Press, 2001.

²⁰ SEMER, M. *Sentenciado tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 285.

Estados Unidos²¹; y siempre son buscados instrumentos legales que legitimen actividades empresariales tales como mecanismos de *compliance* que garantizan las empresas acusadas de actos delictivos –especialmente con la responsabilidad penal de las personas jurídicas– y empresarios corruptos²². La ironía de todo este proceso criminalizador, que contrasta con reglas de reducción del sistema existente para los ricos, permite crear un abismo de un derecho penal para los enemigos –los pobres, los delincuentes habituales– y un derecho penal para los amigos –la élite de todos los tiempos.

V. Conclusión

El sistema punitivo actúa de manera discriminatoria hacia los individuos, sin la debida consideración del daño a su conducta. Personas que trabajan dentro del alcance de los crímenes económicos, ambientales u otros donde los bienes jurídicos son supraindividuales acaban por tener castigos substancialmente menores de que aquellos que cometen delitos en las calles, normalmente practicados por los pobres. Revertir esta situación requiere políticas penales igualitarias e inclusivas con sistemas complementarios. Revalorizar los derechos sociales y los valores universalizados de los derechos humanos exige una revisión de prácticas punitivas aporóforas, para implementar políticas que no privilegien a los ricos y que permitan mantener un estado de segregación social que solo profundiza el abismo social existente en Brasil.

Cuando el asunto se trata de control social, la criminalización de la pobreza es la idea que refleja mejor la selectividad punitiva que es inherente al sistema y que hoy se confirma con políticas neo fascistas. La persecución de la parcela desechable de la sociedad de consumo se refleja no solo en la segregación urbana con la creación de guetos y áreas

²¹ Lo sorprendente al hablar de Delaware es que, a pesar de ser el séptimo estado menos habitado de los EEUU, con una población de aproximadamente 947 mil habitantes, Delaware tiene más de un millón de empresas legalmente establecidas en su territorio, siendo que, más de 50 % de las compañías son públicas y el 60 % de las compañías estadounidenses más grandes están allí. Para tener una idea del tamaño de las empresas que eligieron tener su sede en Delaware, hay diez empresas más grandes clasificadas en el ranking de la revista *Fortune Magazine*. Google, American Airlines, Coca-Cola, KFC, McDonald's, Disney, entre varios otros, eligieron Delaware para establecer sus bases corporativas. <https://ipld.com.br/noticias/como-se-lava-dinheiro-em-paraisos-fiscais-delaware-o-paraiso-fiscal-dentro-dos-estados-unidos>. Accedido en 5 de febrero de 2020.

²² Nuevamente, la enseñanza de TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Un sistema penal para a aporofobia», en PORTILLA CONTRERAS, G./VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, 2019, p. 357.

absolutas de exclusión, pero también en la contención de los indeseables en cárceles, por largos periodos, condenándolos a la muerte. Como resultado, el Estado ya no está castigando a los desviados, sino controlando los riesgos que la extrema desigualdad social del actual arreglo capitalista produce.

THE DEATH ROW PHENOMENON AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

WILLIAM A. SCHABAS*

The expression «death row phenomenon», or sometimes «death row syndrome», is used to describe the circumstances of detainees who have been sentenced to death and who are, in theory at least, awaiting execution. In many countries that are abolitionist *de facto* a death sentence may be imposed although there is no realistic prospect of its imposition. According to the Special Rapporteur on Torture, Juan Méndez, the death row phenomenon «consists of a combination of circumstances that produce severe mental trauma and physical deterioration in prisoners under sentence of death. Those circumstances include the lengthy and anxiety-ridden wait for uncertain outcomes, isolation, drastically reduced human contact and even the physical conditions in which some inmates are held. Death row conditions are often worse than those for the rest of the prison population, and prisoners on death row are denied many basic human necessities»¹.

The death row phenomenon has been the subject of considerable litigation before international human rights adjudicative bodies, notably the European Court of Human Rights, the Human Rights Committee, and the Inter-American Commission and Court of Human Rights, as well as by authoritative national tribunals such as the Judicial Committee of the Privy Council and the Supreme Court of Canada. These bodies have not fully aligned their positions on the issue. There is disagreement as to whether the mere lapse of time following a sentence of death amounts to a violation because of the mental harm and suffering

* Professor of international law, Middlesex University London; Professor of international criminal law and human rights, Leiden University; Emeritus professor of human rights law, National University of Ireland Galway.

¹ Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/67/279, para. 42 (internal reference omitted).

experienced by the victim, or whether something more is required such as particularly harsh conditions of detention.

The leading case is the judgment of the plenary European Court of Human Rights of 7 July 1989 in *Soering v. the United Kingdom*. It is one of the landmark rulings of the Court for several reasons, including recognition of extraterritorial effects of the European Convention on Human Rights, the principle of *non-refoulement*, and the importance of dynamic or evolutive interpretation of its provisions. But for the purposes of this article, the decision is important because a unanimous Court held that extradition from a State Party to the European Convention to a non-Party State where there was a real risk of the «death row phenomenon» would violate the prohibition in article 3 of the European Convention on Human Rights of inhuman or degrading treatment.

Jens Soering, a German university student who had been studying in the United States, was arrested in London in 1986 after fleeing the United States, where he was wanted for the murder of his girlfriend's parents. The crime had taken place in 1985 in Virginia, a State where the death penalty was regularly imposed. In February 2021 the Virginia General Assembly voted to abolish the death penalty. As authorised by article X of the extradition treaty with the United States, the United Kingdom government indicated its requirement that «satisfactory assurances» be provided with respect to the possible imposition of the death penalty. The authorities in Virginia replied with the inadequate assurance that were Soering to be extradited and subsequently convicted, «a representation will be made in the name of the United Kingdom to the judge at the time of sentencing that it is the wish of the United Kingdom that the death penalty should not be imposed or carried out». The Thatcher Government accepted this and successfully pursued an extradition request in the British courts.

Soering challenged the extradition order before the European Convention institutions in Strasbourg. The case law of the European Commission of Human Rights was not favourable to an argument based upon the «death row phenomenon»². In its January 1989 report on Soering's application, the Commission was split, with six votes dismissing the application based upon article 3 of the convention to five

² *Kirkwood v. United Kingdom*, no. 10479/83, Commission decision of 12 March 1984, DR 37, p. 158.

votes in favour³. Article 3 of the European Convention on Human Rights prohibits torture and inhuman or degrading treatment or punishment. The Commission referred the case to the European Court of Human Rights. A unanimous plenary Court, then comprised of eighteen judges, ruled that the threat of detention on death row would violate article 3 of the European Convention on Human Rights.

Within a few days of the ruling, appropriate assurances were delivered to the Government of the United Kingdom and Soering was extradited. At the trial, his girlfriend testified against him. Soering said he had confessed in order to protect her in the mistaken belief that he would benefit from diplomatic immunity, as the son of a German foreign service officer. Soering was convicted of the two murders and sentenced to two life terms. Soering subsequently made a number of claims that he was innocent, advancing various explanations⁴, not all of them consistent⁵. Many important personalities supported a campaign favouring his claim of wrongful conviction. In December 2019, Soering was released on parole and deported to Germany where he is now living freely.

In its judgment, the Court noted that a condemned prisoner could expect to spend six to eight years on death row before being executed. It agreed that this was «largely of the prisoner's own making», in that it was the consequence of systematic appellate review and various collateral attacks by means of *habeas corpus*. «Nevertheless», said the Court, «just as some lapse of time between sentence and execution is inevitable if appeal safeguards are to be provided to the condemned person, so it is equally part of human nature that the person will cling to life by exploiting those safeguards to the full. However well-intentioned and even potentially beneficial is the provision of the complex of post-sentence procedures in Virginia, the consequence is that the condemned prisoner has to endure for many years the conditions on death row and the anguish and mounting tension of living in the ever-present shadow of death»⁶. The Court took note of the exceptionally severe regime in effect on death row, adding that it was «compounded

³ *Soering v. the United Kingdom*, no. 14038/88, Commission report of 19 January 1989, published in Series A no. 161, pp. 53-83.

⁴ See, for example, Jens Soering, *Nicht Schuldig!: Wie ich zum Opfer der US-Justiz wurde*, Munich: Droemer Knauer, 2012.

⁵ See the analysis of his claims in Terry Wright, *A True Report on the Facts of the Investigation of the Murders of Derek and Nancy Haysom* (available at <https://dynamic.faz.net/download/2020/the-detectives-report-by-terry-wright.pdf>).

⁶ *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 106, Series A no. 161.

by the fact of inmates being subject to it for a protracted period lasting on average six to eight years»⁷. The Court also considered Soering's age and mental state as «particular circumstances». It noted that the norm prohibiting execution of juveniles, found in «other, later international instruments, the former of which [the International Covenant on Civil and Political Rights] has been ratified by a large number of States parties to the European Convention, at the very least indicates that as a general principle the youth of the person concerned is a circumstance which is liable, with others, to put in question the compatibility with article 3 of measures connected with the death sentence»⁸. The focus on Soering's age and his psychological condition seems to have been addressed at the legitimacy of the sentence rather than the circumstances on death row. By 1989, when the Court issued its judgment, Soering was nearly twenty-three years old.

Soering's impact was immediately felt well beyond the borders of the Council of Europe. The European Court of Human Rights had already established itself as an authoritative interpreter of fundamental rights whose judgments were looked to by courts around the world. In Canada, where the Court's case law was deemed «persuasive», the Supreme Court found itself confronted with two similar cases of American fugitives resisting extradition, one of them an escaped prisoner already sentenced to death and the other a serial killer awaiting trial in California where the death penalty was in force. In its 1991 judgment, the Supreme Court allowed the extraditions, interpreting the *Soering* judgment in a restrictive manner. A majority of the Court agreed that while age or mental capacity of the accused might be relevant in assessing the constitutionality of surrender of a fugitive, «[n]o such considerations are raised in this case»⁹. A minority of judges considered that «neither his youth nor his country of origin were either crucial to or determinative of the result»¹⁰.

In *Pratt and Morgan v. Jamaica*, decided in 1993, the Judicial Committee of the Privy Council took a further step in recognition of the death row phenomenon, holding that «[t]here is an instinctive revulsion against the prospect of hanging a man after has been held under sentence of death for many years. What gives rise to this instinctive revulsion? The answer can only be our humanity: we regard it as an

⁷ *Ibid.*, §107.

⁸ *Ibid.*, § 108.

⁹ *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, (1991) 2 SCR 779, at p. 835.

¹⁰ *Ibid.*, p. 823

inhuman act to keep a man facing the agony of execution over a long extended period of time». The judgment focussed on «the agony of mind that these men must have suffered as they have alternated between hope and despair in the 14 years that they have been in prison facing the gallows»¹¹. It said that executing Pratt and Morgan «after holding them in custody in an agony of suspense for so many years»¹² would violate section 17(1) of the Jamaican Constitution which, like many such instruments adopted in the 1950s and 1960s by former British colonies, is a replica of article 3 of the European Convention on Human Rights. In addition to *Soering*, the Privy Council referred to one of its own rulings of a decade earlier in which two members held that «[p]rolonged delay when it arises from factors outside the control of the condemned man can render a decision to carry out the sentence of death an inhuman and degrading punishment»¹³.

This diversity of views at the national level was soon followed by a discordant note from the United Nations Human Rights Committee, exercising its quasi-judicial functions in an application submitted pursuant to the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. As a general rule, there is a great deal of synergy among international human rights bodies. They cite and rely upon each other's precedents, thereby generating a coherent body of general international law on major human rights issues. Differences are not unknown, however. For example, recent French legislation imposing penalties on women for covering their faces (this was pre-COVID-19) was upheld by the European Court of Human Rights and subsequently condemned by the Human Rights Committee¹⁴. The Human Rights Committee has never accepted the approach of the European Court of Human Rights to the death row phenomenon.

In *Kindler v. Canada*, issued four years after *Soering*, the Human Rights Committee said it had paid «careful regard» to the European Court's approach. But like the Supreme Court of Canada in the same case, it stressed the distinctions with *Soering*, particularly the age and mental state of the offenders and the prison conditions in Pennsylva-

¹¹ *Pratt and Morgan v. The Attorney General for Jamaica and another (Jamaica)*, [1993] UKPC 1, [1994] 2 AC 1, para. 1.

¹² *Ibid.*, para. 53.

¹³ *Ibid.*, para. 58, citing *Riley v. A. G. Jamaica*, (1982) 3 All ER 469, at p. 480 (per Lord Scarman and Lord Bright, dissenting).

¹⁴ *S. A. S. v. France* [GC], no. 43835/11, §§ 137-159, ECHR 2014-III (extracts); *Yaker v. France* (no. 2747/2016), Views, 22 February 2016, CCPR/C/123/D/2747/2016, para.7; *Hebbadj v. France* (no. 2807/2016), Views, 3 March 2016, CCPR/C/123/D/2807/2016, para. 7.7.

nia: «... important facts leading to the judgment of the European Court are distinguishable on material points from the facts in the present case»¹⁵. A few years later, in *Simms v. Jamaica*, the Committee declared a «death row phenomenon» petition to be inadmissible, in light of its «established jurisprudence», adding that «prolonged detention on death row does not in itself constitute cruel and inhuman treatment in the absence of some further compelling circumstances»¹⁶. In *Errol Johnson v. Jamaica*, the Committee said pre-execution detention of more than 11 years was a matter of «serious concern»¹⁷ but there were no «compelling circumstances» that could lead to a finding that article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights had been violated¹⁸. Making the time factor determinative, the Committee said, could encourage States to conduct executions expeditiously. «This is not a message the Committee would wish to convey to States parties», it said. «Life on death row, harsh as it may be, is preferable to death»¹⁹. Dissenting opinions manifested considerable division within the Committee on this point, with some members supporting the approach of the European Court of Human Rights in *Soering*, which by then had also been adopted by the Judicial Committee of the Privy Council. Writing in 1995, Markus Schmidt thought the Committee might reconsider its position²⁰, but it never really did. In General Comment 36 on the right to life, adopted in 2018, the Committee said that «[e]xtreme delays in the implementation of a death penalty sentence, which exceed any reasonable period of time necessary to exhaust all legal remedies, may also entail the violation of article 7 of the Covenant, especially when the long time on death row exposes sentenced persons to harsh or stressful conditions, including, solitary confinement, and when they are particularly vulnerable due to factors such as age, health or mental state»²¹.

¹⁵ *Kindler v. Canada* (no. 470/1991), Views, 18 November 1993, CCPR/C/48/D/470/1991, para. 15.3.

¹⁶ *Simms v. Jamaica* (no. 541/1193), Views, 3 April 1995, CCPR/C/53/D/541/1993, para. 6.5.

¹⁷ *Johnson v. Jamaica* (no. 588/1994), Views, 22 March 1996, CCPR/C/56/D/588/1994, para. 8.1.

¹⁸ *Ibid.*, para. 8.6.

¹⁹ *Ibid.*, para. 8.4.

²⁰ SCHMIDT, Markus: «The Complementarity of the Covenant and the European Convention on Human Rights – Recent Developments», in Harris, David/Joseph, Sarah (eds.): *The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*, Oxford University Press, 1995, pp. 629-659.

²¹ General Comment 36, CCPR/C/GC/36, para. 34 (internal references omitted).

The Inter-American human rights system has tended towards the approach of the Human Rights Committee. Most recently, in *Ruiz Fuentes v. Guatemala*, issued in 2019, the Inter-American Court of Human Rights wrote that «... A la vista de lo anterior, para determinar la existencia de una violación a la integridad personal derivada del fenómeno del corredor de la muerte, es necesario analizar las circunstancias personales y particulares del caso para poder valorar si un determinado trato o pena alcanzó el nivel mínimo de gravedad para calificarse como cruel, inhumano o degradante...»²². The Court said that «... Como resultado de esta sentencia condenatoria, el señor Ruiz Fuentes tuvo que contemplar la perspectiva de la extinción de su vida... La Corte considera que el proceso penal al que fue sometido el señor Ruiz Fuentes, cuyo resultado además fue la imposición de la pena de muerte, pudo producirle un profundo sufrimiento, angustia, ansiedad, frustración y estrés, del cual incluso pudo derivar algún tipo de trastorno por estrés post-traumático, tal y como ha sucedido en otros casos de personas condenadas a pena de muerte...»²³.

Since *Soering*, in 1989, the European Court of Human Rights has returned to the death row phenomenon and related issues in a few cases. *Ilaşcu v. Moldova and Russia*, a judgment issued in 2004, involved applicants sentenced to death in the early 1990s by the «Moldavian Republic of Transdnistria». The Grand Chamber referred to *Soering*, but did not dispel the uncertainty about whether delay as such, and in the absence of other aggravating circumstances, amounted to a violation of article 3 of the Convention. The Grand Chamber concluded that «the death sentence imposed on the applicant coupled with the conditions he was living in and the treatment he suffered during his detention after ratification, account being taken of the state he was in after spending several years in those conditions before ratification, were particularly serious and cruel and must accordingly be considered acts of torture within the meaning of Article 3 of the Convention»²⁴.

Eventually, the European Court of Human Rights took a much more radical view, holding that a sentence of death resulted in psychological suffering incompatible with article 3 of the Convention, apparently regardless of the duration. In a 2010 decision concerning the

²² *Ruiz Fuentes v. Guatemala* (Preliminary objections, Merits, Reparations and Costs), 10 October 2019, Series C, No. 384, para. 135.

²³ *Ibid.*, para. 136.

²⁴ *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 8787/99, § 440, ECHR 2004-VII. Also, *Ibid.*, §§ 430-431.

threat of imposition of capital punishment in Iraq following the rendition of two individuals to the local authorities by British forces, the Court said the applicants had been «subjected to a well-founded fear of execution» and that it was «reasonable to assume that this fear caused the applicants intense psychological suffering»²⁵. The applicants had never been convicted or sentenced to death, although they had been charged with crimes for which capital punishment could be imposed. It cannot be said that they were ever on «death row». The Court said that although it could not be predicted whether they would ultimately be sentenced to death, they had been subject to inhuman treatment in violation of article 3²⁶. In a subsequent case involving prisoners of the United States who had been tortured in Europe on their way to Guantanamo, the Court said the fact that «imposition and use of the death penalty negates fundamental human rights has been recognised by the member States of the Council of Europe». It described judicial executions as «the deliberate and premeditated destruction of a human being by the State authorities», adding that the extinction of human life involves physical pain regardless of the method of execution. Furthermore, «the foreknowledge of death at the hands of the State must inevitably give rise to intense psychological suffering»²⁷.

Although *Soering* left uncertainty as to whether incarceration on death row was a violation of the prohibition of ill treatment without the presence of other aggravating factors, this more recent case law dispels any ambiguity. Moreover, the European Court does not now seem to attach any real significance to the length of the threat of execution, which begins when charges subject to the death penalty are seriously contemplated and not only after a death sentence has been imposed. In reality, it amounts to a prohibition on capital punishment by means of article 3 of the Convention and this despite the express reference to the death penalty in article 2(1).

The inconsistencies in international case law on the death penalty generally and on the death row phenomenon more specifically are the result of judicial attempts to neutralise the references to capital punishment in the main treaties. Article 2 (1) of the European Convention on Human Rights, drafted in 1949 and 1950, states that «[n]o one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence

²⁵ *Al-Saadoon and Mufidhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 136, ECHR 2010 (extracts). Also: *Kozhayev v. Russia*, no. 60045/10, § 136, 5 June 2012.

²⁶ *Ibid.*, § 144.

²⁷ *Al Nashiri v. Poland*, no. 28761/11, § 577, 24 July 2014.

of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law». The International Covenant on Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights, adopted in the 1960s, make similar allowance for capital punishment although they subject it to a number of limitations and conditions.

The judges of the European Court, in *Soering*, rejected arguments that they should declare that extradition where there was a real risk of the death penalty was contrary to the Convention. They said that the Member States of the Council had opted to amend the Convention by a Protocol rather than leaving this to the Court. Ironically, then, the progressive reform of Protocol No. 6, adopted in 1983, impeded the Court in taking a fully abolitionist perspective²⁸. The thesis of the death row phenomenon enabled them to do indirectly what they had declined to do directly. The references to factors other than the delay as such blurred the Court's position and facilitated some confusion in the case law of other courts and tribunals.

At the heart of the legal conundrum is the impossible co-existence of allowance for capital punishment as an exception to the right to life alongside a principled prohibition of treatment or punishment that is cruel, inhuman or degrading. The two cannot be reconciled. Allowing for capital punishment in the major treaties, like the European Convention, can only be seen as a concession to State practice that was incompatible with fundamental rights. In much of the world, this issue has become largely theoretical because of the inexorable trend towards abolition. Nevertheless, it remains a reality in the dwindling number of countries where the death penalty persists, and where lawyers and judges struggle to contend with a legal regime that is afflicted with an inherent contradiction.

²⁸ Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty, CETS no. 114.

PARTE ESPECIAL

AUTOBLANQUEO DE CAPITALS Y SU RELACIÓN CON LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ
(Perú)

Entre los numerosos y variados trabajos realizados por el ilustre homenajeado, don Luis Arroyo Zapatero, también se encuentran valiosas contribuciones sobre los delitos tributarios (en especial, el fraude de subvenciones). En homenaje a su larga labor académica y, en especial, a su trayectoria como impulsor e intermediario del Derecho penal económico entre España, Alemania y Latinoamérica, se dedican las siguientes reflexiones comparativas sobre un espinoso y actual tema que, si bien ha sido relacionado con el Derecho penal económico, tiene, en mi opinión una mayor trascendencia pues insinúa sobre todo una futura reestructuración de la parte especial del Derecho penal en lo relacionado con los delitos contra la administración de justicia.

I. Cuestiones previas

En sus inicios (según la legislación penal correspondiente, entre fines de los años 80 y principios de los 90 del siglo xx), el campo de acción de los tipos de «lavado» era mucho más restringido que el actual. Bajo la finalidad de luchar mejor contra la criminalidad organizada del tráfico de drogas se pretendía «secar» sus fuentes de financiamiento, aislando a los traficantes de cualquier otro sujeto que pudiera ayudarles a aprovechar las ganancias ilícitamente obtenidas. Con ello quedaba claro que el «delito previo» (el hecho ilícito punible) solamente debía consistir en uno de tráfico ilícito de drogas realizado por organizaciones criminales, y que las acciones de favorecimiento u ocultamiento tendrían que ser llevadas a cabo por personas distintas del

traficante de drogas. Además, como se trataba de actos de «auxilio» posterior (similares en esto a los actos de colaboración de la participación), las penas de estos actos no debían ser más graves que las del ilícito previo¹.

Debe resaltarse que ya entonces se produjo un fenómeno cuya repercusión explica en gran medida los problemas actuales: la «estrategia de lucha» contra esta forma de criminalidad a través del seguimiento de la «huella documental» (*follow the money*) fue plasmada en términos criminológicos por especialistas anglosajones. Y mientras algún legislador penal nacional (como el peruano) transpuso casi literalmente el compromiso internacional asumido (y lo sigue haciendo con las sucesivas recomendaciones)², otros trataron de dar una forma razonable, compatible con los principios penales vigentes, a tal compromiso (como el legislador alemán en sus inicios)³.

Pues bien, tres décadas después, nada de esto parece tener vigencia en la actualidad. Desde entonces se dio inicio a una expansión de la criminalización que con cada nueva recomendación internacional ha llevado al legislador nacional a ampliar cada vez más los alcances de los tipos penales de lavado (blanqueo), sea vinculándolo a más delitos precedentes (hasta admitir prácticamente cualquier delito como en el art. 301 del C. p. español de 1995), sea incluyendo más modalidades (p. ej. la posesión, la utilización, tipos imprudentes, tipos omisivos simples) y a más sujetos activos (como el autor del delito precedente en el autolavado, las personas jurídicas o más «sujetos obligados» capaces de

¹ Sobre los inicios de la legislación antilavado, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania», en AMBOS, K./CARO CORIA, C./MALARINO, E., *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima, 2015, pp. 31 ss.; también en *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*, Lima, 2017, editorial Grijley, pp. 15 ss., 257 ss.

² Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, op. cit., pp. 262 ss. De manera similar se manifiestan en relación con sus respectivos países. Para Brasil, D'AVILA, Fabio/MERLINI GIULIANI, Emilia, «Viejos y nuevos problemas del lavado de dinero. Breves apuntes sobre el estado de la materia en la legislación brasileña» en: Carrión Díaz, J. E./VIVEIROS, C., *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*, tomo II, Lima, 2017, pp. 238, 249 ss. Sobre Argentina, FALCONE, Roberto A./SIMAZ, Alexis L., «El nuevo tipo penal de lavado de activos en el Código Penal argentino», en: CARRIÓN DÍAZ, J. E./VIVEIROS, C., ibídem, pp. 99 ss., 107 ss.; RIQUERT, Marcelo, «El lavado de activos y la evasión fiscal como posible delito previo o subyacente», en CARRIÓN DÍAZ, J. E./VIVEIROS, C., *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*, tomo III, Lima, 2017, pp. 211-268, 219 ss. Y sobre España, Miguel ABEL SOUTO, «La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos en Perú, Alemania, Ecuador, los Estados Unidos y Méjico», en *Revista Peruana de Ciencias Penales (RPCP)*, núm. 31, pp. 23 s.

³ Al respecto las refs. sobre la doctrina germana en ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, op. cit., pp. 257 ss.

cometer omisiones delictivas)⁴. Con esto, la legislación «antilavado», producto de esas recomendaciones internacionales, se aleja cada vez más de aquella finalidad que había legitimado su origen: la lucha contra el tráfico de drogas y la criminalidad organizada⁵.

En la práctica, da la impresión de que la decisión de política criminal, en última instancia, ya no es tomada por el legislador nacional, asesorado por especialistas en Derecho penal, sino por organizaciones internacionales, a cuyo personal no parece importarles si sus recomendaciones son practicables desde la perspectiva de un estado de derecho⁶.

Al transponer las pretendidas finalidades internacionales al Derecho nacional se ha atentado contra principios de estado de derecho, y esto ha generado una serie de conflictos sistemáticos e interpretativos. No obstante, esto ha impedido que esta política penal irracional, tras constatar su fracaso, justifique sucesivas reformas (recomendadas nuevamente por organismos internacionales) que generan nuevos problemas interpretativos y así sucesivamente⁷.

De todas estas reformas, una de las ampliaciones más polémicas ha sido la punibilidad como «lavador» del autor del delito previo, es decir la *punibilidad del autoblanqueo*. En especial esta nueva posibilidad represiva se vuelve peligrosa cuando va unida a los «delitos tributarios»: si se considera como hecho ilícito precedente de lavado de activos a la defraudación tributaria, la interpretación podría llevar a una sobrerepresentación de los ciudadanos si se llegara a admitir la existencia de dos delitos derivados del impago de tributos. El no pago (fraudulento) de tributos unido a cualquier forma de «movimiento» del patrimonio no tributado

⁴ Cfr. sobre esta legislación expansiva del blanqueo a nivel mundial, ABEL SOUTO, *op. cit.*, pp. 20 ss.,

⁵ Habla por ello de una «perversión de uso», QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (extr.) 2018, España, pp. 242 ss.

⁶ Cfr. las críticas de Miguel BAJO FERNÁNDEZ, «La perplejidad del intérprete ante el blanqueo de capitales», en CARRIÓN DÍAZ, J. E./VIVEIROS, C., *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*, tomo I, Lima, 2017, pp. 63 ss., pp. 65. ABEL SOUTO critica la dilapidación de ideales garantistas por parte de «las normas penales sobre el blanqueo, de raigambre estadounidense, relativamente nuevas, muy utilizadas por la fiscalía debido a su severidad y amplitud, que se han expandido e impulsado por convenios y organismos internacionales», *op. cit.* pp. 23 s.

⁷ Sobre estas críticas c. más refs. de la doctrina alemana cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 257 ss., 260 s. Últimamente sobre los últimos cambios en Alemania, c. más refs., SCHRÖDER, Christian/BLAUE, Annabell, «Die erste Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche – Auswirkungen in Deutschland», en *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, 2019, pp. 161-168, 162, columna izquierda. Respecto a la legislación antiblanqueo en España, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios al Código penal español*, 7.^a edición, Cizur Menor, 2016, tomo II, pp. 508.

podría dar lugar a la imputación por «defraudación tributaria» en concurso (real) con blanqueo de capitales.

Para poder evaluar correctamente esta polémica, conviene esclarecer algunos aspectos previos que permitan luego tomar una posición *de lege lata* válida, por lo menos, para la ley penal peruana, y también recomendar luego una solución legislativa coherente.

1. *Naturaleza del lavado de activos y finalidades políticas (criminales)*

Conviene ya ahora destacar que el origen de los actuales problemas interpretativos recién puede ser explicado debido a la disonancia existente entre las finalidades político criminales de los organismos internacionales plasmadas en acuerdos internacionales y periódicas recomendaciones, la recepción más o menos acrítica de estos acuerdos y recomendaciones por parte de los legisladores nacionales y los principios penales y constitucionales que han inspirado nuestras leyes, doctrina y jurisprudencia.

Como es historia conocida, a finales de los años 80 (Convención de Viena de 1988; creación del GAFI en 1989, etc.), tras la asunción de sendos compromisos internacionales, las países firmantes comenzaron a introducir en sus respectivas legislaciones penales una nueva figura penal destinada a reprimir a todo aquel que ayudara a ocultar bienes procedentes de delitos graves (en aquel entonces sobre todo el tráfico ilícito de drogas), bajo conocimiento de esta procedencia y sabiendo que de este modo está contribuyendo a apartar dichos bienes del alcance de las autoridades encargadas de la persecución penal⁸.

Ha surgido así desde hace casi tres décadas una «legislación antilavado» que desde el principio fue polémica entre los penalistas (y sigue

⁸ Sobre estos orígenes internacionales ver, entre otros, TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.^a edición, Múnich, 2017, pp. 386 s., n. marg. 937 ss.; BOERGER, Björn Bastian: «§ 38 Geldwäschestrafrecht», en Momsen/Grützner, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2da. ed., Múnich, 2020, pp. 1706 s.; HECKER, Bernd: comentarios al § 261 en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30.^a ed., Múnich, 2019, pp. 2564 s., n. marg. 1; SCHNABL, Robert: «6. Kapitel. Geldwäsche», en Wabnitz/Janovsky/Schmitt, *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 5.^a edición, Múnich, 2020, pp. 413 ss., 415, n. marg. 1 ss.; QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, pp. 506 ss.; GÓMEZ INIESTA, Diego, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Barcelona, 1996, pp. 17 ss. Destacando especialmente los desarrollos en Latinoamérica, WINTER ETCHEBERRY, Jaime, «La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO, *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima, 2015, pp. 95 ss., 98 ss.

siéndolo aún) tanto por la laxitud de la descripción típica como por su aparente falta de necesidad debido a la existencia de tipos penales que ya parecían cubrir (por lo menos en gran parte) las conductas que se quería perseguir (receptación y encubrimiento real)⁹. A estas desventajas se puede agregar la falta de éxitos sensibles, los enormes costos de implementación de la nueva figura y las normas administrativas de flaqueo, así como las limitaciones a la libertad ciudadana que implica la permanente vigilancia de sus actividades «sospechosas»¹⁰ (más al respecto abajo en V).

En el análisis de los alcances del tipo de blanqueo, la doctrina penal suele partir del *bien jurídico protegido*. Aquí se defienden por lo menos tres posiciones distintas¹¹: la protección de la «administración de justicia», la de la «transparencia, pureza y funcionamiento del sistema económico», y aquella otra basada en la «pluralidad de bienes jurídicos» que, además de admitir los dos primeros bienes jurídicos, añade los bienes jurídicos afectados por los delitos previos. Pero aquí parece haberse producido una confusión entre la *finalidad de la ley* y el bien jurídico protegido por el tipo penal correspondiente: lo primero es parte de la política legislativa o política criminal (incluso puede tener su origen en una finalidad de política económica) mientras que lo segundo es lo que realmente se plasma en el tipo penal concreto cuya interpretación es decisiva para su adecuada aplicación práctica¹².

Si las finalidades (más bien, esperanzas) de las organizaciones internacionales y de los documentos que elaboran consistió y consiste aún en conseguir, a través de cambios legislativos (penales) nacionales, una mayor transparencia del mercado, una «moral» en las transacciones económicas o financiera o, por último, en dejar a estas libres de cualquier sospecha de infiltración patrimonial por parte de las organizaciones criminales, ello no puede ser trasladado como «bien jurídico» al Derecho penal¹³. Entonces, parece ser claro que, los objetivos penales

⁹ Sobre las discusiones al respecto en Alemania antes de la introducción del actual § 261 StGB, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, op. cit., pp. 31 ss.

¹⁰ C. más refs. críticas MICHALKE, Regina, «Geldwäsche: Die Kriminalpolitik oder was der Fall Al Capone lehren sollte», en: *Festschrift für Thomas Fischer*, Múnich, 2018, pp. 457 ss.; también más referencias de esta evaluación especialmente crítica en la doctrina alemana, ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 257 ss., 262 ss.

¹¹ Ver al respecto c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 76 ss.

¹² RASCHKE, Andreas, comentarios al auto del BGH de 27 de noviembre de 2018-5 StR 234/18, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NZWiSt)*, 2019, pp. 187, columna izquierda, arriba.

¹³ Aparte de que esta «pretensión universal» sería totalmente irreal pues, como bien se ha dicho, si se lleva el tipo de blanqueo a sus últimas consecuencias «... desde hace mucho todos nosotros tendríamos que habernos convertido en lavadores de dinero...», MICHALKE, op. cit., p. 461, al final.

y extrapenales impuestos al legislador, objetivos muchos de ellos vinculados con la economía nacional y el comercio internacional, en el caso del «blanqueo de capitales» solamente pueden conseguirse, en términos dogmático-penales, a través de la protección de bienes jurídicos concretos. Entre ellos, la *administración de justicia* y –según la postura que se siga: directa o indirectamente– la protección de los *bienes jurídicos implicados en los hechos previos*¹⁴, aunque como se verá en la discusión sobre la punibilidad del «autoblanqueo», la *finalidad económica* ha ido ganando cada vez más terreno.

Lo cierto es que, más allá del injusto imputable al autor del hecho previo (que no solamente está vinculado con hechos económicos) debe buscarse un «injusto propio» a la conducta del «blanqueador» si se quiere dar autonomía al tipo penal correspondiente. Y este injusto punible del lavador sólo puede consistir en que, dolosamente (o bajo grave imprudencia), permite que «bienes contaminados» ingresen al tráfico legal favoreciendo al autor del hecho previo (incrementa su poder económico, se «solidariza» con él, etc.), dificultando así las posibilidades de persecución penal de los hechos previos, y colaborando con la «expropiación» de bienes que, por tener origen ilícito, deberían ser «incautables» o «decomisables» porque pertenecen al Estado¹⁵.

Por eso, como hace el Tribunal Federal alemán (BGH), es correcto concluir que a través del tipo de «lavado de activos» se protege, además el bien jurídico del hecho previo, la administración jurídica penal encargada de eliminar los efectos de los delitos mientras que todo lo demás, como la «integridad del círculo financiero y económico», la «protección de la competencia económica» o la «evitación de perjuicios para el ordenamiento económico» no son bienes jurídicos sino la orien-

¹⁴ Así también últimamente, RASCHKE, *op. cit.*, p. 187, columna izquierda, arriba; MICHALKE, *op. cit.*, p. 451; c. más refs. BOERGER, *op. cit.*, p. 1711, n. marg. 18; acentuando más bien la protección de los bienes jurídicos en los delitos previos, HERZOG, Felix: «Geldwäsche», en Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas/Rönnau, Thomas, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 5.^a ed., Heidelberg, 2019, p. 1939, n. marg. 77 s. En España, en cambio, aunque también se defiende esta posición, se suele acentuar más bien (probablemente debido a la ubicación del tipo penal en el C. p. dentro de los «delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico») el aspecto del orden socioeconómico; QUINTERO OLIVARES en Quintero Olivares/Morales Prats, *op. cit.*, p. 508. En Perú, las posiciones oscilan entre las que se defienden en estos dos países. Más refs. al respecto en ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 76 ss.

¹⁵ Como dice Bernd HEINRICH, «El “botín” pasa a no tener valor material en las manos del autor previo. El que el Estado se lo quite por la vía del decomiso es, de algún modo, tan solo una cuestión formal»; en ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *Strafrecht Besonderer Teil*, 3.^a edición, Bielefeld, 2015, § 29 Geldwäsche, § 261, pp. 898 ss., n. marg. 8.

tación y finalidad de la lucha contra la criminalidad organizada¹⁶. Y esto debe regir más allá de las intenciones político-criminales del legislador penal pues tiene que ver con la naturaleza, la «lógica interna» del injusto punible del lavado¹⁷.

En suma, la esencia del blanqueo de capitales, es decir el *injusto propio* que lo hace autónomo en relación con otros delitos solamente puede consistir en toda conducta de *ayuda postdelictual que pretenda, por un lado, posibilitar o facilitar el aprovechamiento de bienes de procedencia delictiva a los delincuentes (o sea a otros distintos del que presta tal ayuda) y, por otro lado, impedir que los órganos de persecución penal pueda detectarlos y decomisarlos*. Y ello implica directamente un *ataque contra la administración de justicia* a la cual se pueden aunar de manera mediata otras finalidades como la protección de los bienes jurídicos afectados por los ilícitos previos¹⁸. Es más, si nos atenemos a lo propio del delito estudiado y se ven las cosas en abstracto, el bien jurídico tutelado es en realidad tan solo el «funcionamiento de la administración de justicia», pues éste también engloba la «finalidad» de querer proteger todos los bienes jurídicos afectados por los delitos previos.

Ahora bien, desde la perspectiva dogmático-penal, ya desde sus inicios el tipo de lavado de activos introducido en las diversas legislaciones, por más comprensibles que hubieran sido las finalidades político-criminales que inspiraron a sus creadores, contenía una serie de graves atentados contra una serie de principios vigentes en nuestro sistema jurídico. Así, había pecado de *desproporción* al haber equiparado, con la misma conminación penal, hechos constitutivos de consumación (el lavado o blanqueo) con otros de tentativa (las conductas tendentes a lograr el objetivo final del lavado: recibir, ocultar, convertir, enmascarar, trasladar)¹⁹. Y tampoco debió haber merecido el mismo marco penal un acto de «blanqueo» referido a bienes provenientes de la ejecución de actos delictivos subsumibles en tipo penal básico o en uno más grave (p. ej. en el caso peruano: un hurto simple o un hurto agravado; un cohecho pasivo propio o uno impropio, etc.). A esto se

¹⁶ Cfr. NEUHEUSER, Stephan, «Die begrenzte Strafflosigkeit der Selbstgeldwäsche (§ 261 Abs. 9 S. 2 und 3 StGB)», en *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht* (NZWiSt), c. más refs. jurisprudenciales, pp. 266, columna izquierda.

¹⁷ Como destaca QUINTERO OLIVARES en «La lucha contra la corrupción...», *op. cit.*, pp. 244.

¹⁸ Ver c. más refs. de esta doctrina, siguiéndola, ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, *op. cit.*, pp. 76 ss., 84. Últimamente también lo admiten para Brasil D'AVILA/MERLINI GIULIANI, *op. cit.*, c. más refs., pp. 253 ss.

¹⁹ Destacan esto, acertadamente, D'AVILA/MERLINI GIULIANI, *op. cit.*, pp. 252 s.

sumaron términos que podrían ser comprensibles en el Derecho anglosajón pero no en nuestro derecho de inspiración europeo-continental, como pp. ej., en el caso peruano, el extraño «dolo» del blanqueador en cuanto a los bienes maculados («conocer o deber presumir») ²⁰.

Que una mejor técnica legislativa hubiera sido ya entonces posible para el legislador nacional no solamente se deriva de cuestiones de soberanía nacional sino también del reconocimiento de esta posibilidad que hacen los propios textos internacionales cuando someten el cumplimiento de sus propuestas a la compatibilidad con los principios jurídicos de los estados firmantes ²¹.

2. *Relación entre blanqueo, receptación y encubrimiento: los delitos de conexión*

El «blanqueo de capitales», junto con la «receptación» y el «encubrimiento», forman parte de un grupo conocido en la doctrina como delitos de conexión o «de referencia» ²². En estos delitos, la acción típica va conectada o referida a un hecho antijurídico cometido previamente por otro, es decir, presupone un hecho previo al cual se vincula a la manera de una contribución de ayuda posterior

²⁰ Esta técnica sugerida en los documentos internacionales fue acriticamente introducida por el legislador peruano; cfr. al respecto ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 113 ss. Más observaciones críticas relacionadas (remitiéndome también a posiciones alemanas sobre el tipo correspondiente de «lavado de dinero»), *ibidem*, pp. 28 s., 262 s. Similar para España, J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal. Parte especial*, 6.ª edición, Valencia, 2016, pp. 505 s. También críticamente («imperialismo penal»), WINTER ETCHEVERRY, *op. cit.* pp. 96 ss., 135.

²¹ Resaltan que los compromisos internacionales no obligaban a introducir el autoblanqueo en España, autores de todos los bandos; cfr. entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de dinero: los nuevos tipos de blanqueo y la ampliación del decomiso», en CARRIÓN DÍAZ, J. E./VIVEIROS, C., *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*, tomo I, Lima, 2017, pp. 243 ss., 249; QUINTERO OLIVARES; «La lucha contra la corrupción...», pp. 259; FARALDO CABANA, Patricia, «Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales», en: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014), España, pp. 41 ss., 56 s. Más sobre la mal entendida obligatoriedad de asumir los compromisos internacionales sin importar que sean incompatibles con principios del ordenamiento jurídico nacional, ABANTO VÁSQUEZ, debatiendo también con la interpretación fiel a los instrumentos internacionales que hace la Corte Suprema Peruana, «Comentarios a la sentencia plenaria casatoria...», pp. 65 ss., las refs. allí en la nota al pie 4; *El delito de lavado de activos*, pp. 28 s., 263.

²² Sobre los delitos de conexión, ampliamente: HEINRICH en ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *op. cit.*, n. marg. 1 ss. Para el ámbito hispano-americano (donde se le conoce como «delito de referencia»), ver MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal Parte especial*, 21.ª edición, Valencia, 2017, pp. 945 s. (al tratar el delito de «encubrimiento»); GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, al tratar la «receptación», p. 500.

(*auxilium post factum*). La principal consecuencia de esta técnica radica en que debe haber un nivel de vinculación entre el tipo principal (en este caso el de «blanqueo de capitales») y el injusto penal del tipo de referencia, vinculación que según cómo sea definida influirá en la punibilidad de los implicados en este último delito. Así, debe definirse si el hecho ilícito previo tiene que reunir las características de un delito o bastaría con una infracción administrativa grave o incluso cualquier otro ilícito. Y si se trata de un «delito», ¿deberá haberse consumado o basta con la tentativa; tiene que haber condena previa por este ilícito o basta con un proceso penal pendiente o incluso con meras investigaciones fiscales o policiales? ¿Afecta a la persecución penal por lavado de activos la extinción de la acción penal por el «delito» previo? Todo esto forma parte de la discusión doctrinaria y jurisprudencial que en Perú se ha producido bajo el concepto «autonomía», para cuyo entendimiento tengo que remitirme a trabajos previos²³.

Aquí interesa dilucidar qué relación existe entre todos estos delitos de conexión y si es posible una interpretación sistemática razonable desde la perspectiva del bien jurídico tutelado para evitar duplicidad de la persecución penal y atentados contra el principio de proporcionalidad (pena mucho mayor por un injusto en realidad menor).

Antes de la introducción del tipo penal de «blanqueo de capitales» había consenso (y todavía trata de sostenerse así en gran medida²⁴) en que la «receptación» (art. 194 C. p. peruano, art. 298 C. p. español, art. 259 StGB) constituiría un atentado contra el patrimonio mientras que el «encubrimiento real» (art. 405 C. p. peruano, art. 451 C. p. español, primer párrafo, numerales 1 y 2; art. 257 StGB) se dirigiría contra la administración de justicia²⁵.

²³ ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 141 ss. Se suele partir, en general de una relación de «accesoriedad limitada» entre ambos tipos, o sea que, para la persecución del delito de «lavado» debería bastar con la presencia de un ilícito penal previo de carácter antijurídico y que hubiera llegado por lo menos a la tentativa, además de «conocimiento» de este delito previo; cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, p. 500; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 826. Se diferencia, sin embargo de la otra «accesoriedad limitada» que rige entre la autoría y la participación en que aquí ella se refiere a un hecho propio que lleva a responsabilizar como «autor» al sujeto activo del delito conexo (y como partícipe en relación de un injusto propio ajeno); cfr. ZÖLLER, Mark A./FROHN, Karl-Heinz, «Zehn Grundprobleme des Hehlereitbestandes (§ 259 StGB)», en *Jura* 1999, pp. 378 ss., 378, columna derecha s.

²⁴ Como todavía hace la doctrina peruana sin tener en cuenta la redacción peculiar de los tipos peruanos (el de receptación reconoce el principio de la «proveniencia» y prescinde de la finalidad de lucro); cfr. al respecto ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 222 ss.

²⁵ Ver las refs. al respecto sobre la doctrina alemana y española en ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 31 ss., 192 ss. 221 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, p. 501.

A diferencia de esos tipos penales, los nuevos tipos de «lavado» (o «blanqueo») no solían exigir un «ánimo de lucro» en el lavador (es más: a veces se admiten tipos imprudentes), el hecho ilícito previo inicialmente era un delito grave (con una lista fija o una abierta aunque con tendencia a incrementarse para admitir cada vez más delitos menos graves o a cualquier delito) y no ponía limitaciones a la naturaleza de los bienes lavados (cualquier bien) ni tampoco exigía una relación de inmediatez con el delito previo pues abarcaba ampliamente todo tipo de actos de reemplazo. Y para redondear la faena, las penas por este delito solían ser superiores (a veces incluso desproporcionadamente mayores) que la de los demás delitos de conexión. Con esto existían ciertamente *diferencias formales* entre el tipo de blanqueo y los de encubrimiento y receptación, diferenciación que además –se argumenta– estaría justificada debido a su (supuesto) carácter pluriofensivo (que incluiría la protección del sistema económico y financiero)²⁶. A esto se unió un fenómeno que ha degenerado más en las últimas décadas: el del «buen alumno» de algunos legisladores (sobre todo los latinoamericanos y, en especial, el peruano) que exageraron en todo sentido; tanto con la descripción de las conductas típicas como con los ilícitos previos y penalidad, agregando así mas «diferencias formales».

Ahora bien, pese a los esfuerzos por establecer diferencias sustanciales entre las tres figuras penales, lo cierto es que existen y tienen mayor importancia sus características comunes. La primera coincidencia evidente, y ya señalada anteriormente, radica en la *estructura típica* de los delitos de conexión. Pero también, y determinado por esta estructura típica, el tenor de todos los tipos describe conductas que consisten en *ayudas posdelictuales* prestadas al autor de un delito cometido previamente: sea que la ayuda consista en hacer desaparecer el bien objeto de un delito contra el patrimonio (receptación), en hacer escapar al delincuente de la persecución penal por cualquier delito (favorecimiento personal), o en ocultar «huellas o pruebas» o «efectos» (en Alemania el tenor se refiere ampliamente a «ventajas obtenidas») del delito con el fin de obstruir o impedir el accionar de los *órganos de administración de justicia*²⁷. También se observan algunos paralelos en cuanto a los *bienes jurídicos tutelados*. Así, cuando se trata

²⁶ Así la interpretación tentativa de GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, p. 507.

²⁷ Esta diferenciación básica (aunque doctrinariamente se prefiere hablar de «encubrimiento» cuando se trata del favorecimiento personal) es adoptada tradicionalmente en las leyes penales más conocidas. Por España, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 826 s.

del «encubrimiento» o «favorecimiento», un amplio sector de la doctrina admite que no solamente se protegería al bien jurídico «administración de justicia» sino también los de los ilícitos penales previos²⁸. En el caso de la «receptación», ciertamente este delito ha sido vinculado desde su origen con la protección del bien jurídico del ilícito previo: «el patrimonio». Aún así es innegable que, al perseguir a quien ayuda a ocultar y aprovechar los bienes producto del delito patrimonial previo, también se busca efectividad de la administración de justicia²⁹. No es raro, entonces, que se produzcan problemas interpretativos, cuyas soluciones dependen –claro está– de la formulación específica de los tipos penales. Pero estas soluciones (concursos) finalmente no dejan de ser artificiales cuando soslayan los aspectos materiales comunes (o se construye una diferencia supuestamente material a través de un supuesto bien jurídico diferente como la finalidad económica de la ley o la ubicación del tipo) y se contentan con diferencias más bien marginales (p. ej. la finalidad del lucro en la receptación; la mayor pena del tipo de blanqueo, etc.)³⁰.

Por todo esto, sigue pendiente de explicación cuál sería la *diferencia material* entre todas estas figuras. ¿O acaso no existiría tal y sería mejor hacer una reestructuración de los tipos para proteger armoniosamente los bienes jurídicos involucrados? La alternativa actual, en la que se presentan serios problemas interpretativos de «concurso» y contradicciones valorativas en la punibilidad, no debería sostenerse mucho tiempo si se encuentra que todos estos los tipos penales guardan parentesco y tan solo justifican su ubicación separada debido a un problema cronológico de la aparición de la legislación antilavado, la cual también habría implicado un cambio de paradigma político-criminal: de la protección contra ayudas postdelictuales a autores de delitos contra el patrimonio hacia aquella otra más amplia y diversificada, dirigida contra cualquier tipo de ayuda a los autores de cualquier delito, referida a

²⁸ Cfr. MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, tomo 2, 3.ª edición, Berlín 2015, cap. 12, pp. 728 ss.; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 826.

²⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, pp. 500.

³⁰ Sobre la situación en España cfr., MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 6.ª edición, Valencia, 2019, pp. 635 s. Para el caso peruano existe *de lege lata* la posibilidad de interpretar e interrelacionar los tres tipos penales a través de la *naturaleza de los bienes lavados*, receptados o involucrados en los actos de ayuda postdelictual: cuando se trata de «huellas o prueba del delito... o efectos del mismo» se trataría de un encubrimiento real (art. 405); si fuera un «bien» de «procedencia de un delito patrimonial», una receptación (art. 194) y en caso de «dinero, bienes, efectos o ganancias», originados a través de cualquier otro delito, de un lavado de activos (D. Leg. 1106); cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 220 ss.

cualquier bien producto del delito previo, mediante conducta dolosa o imprudente, prestada por individuos o entes colectivos, etc.

Si la única diferencia está en la mayor amplitud del tipo de «blanqueo» que, gracias a las sucesivas reformas (ampliaciones), permite abarcar cada vez más conductas relacionadas con bienes maculados, incluyendo proveniencias de delitos imprudentes y sucedáneos de tales bienes aunque estuvieran en poder de terceros de buena fe, no se ve por qué no pueda reestructurarse el sistema para incluir de manera ordenada, proporcional, taxativa, respetando todos los principios penales básicos, las distintas formas de *auxilio expost* como sendos delitos contra la administración de justicia³¹.

Por lo demás, también la llamada «legislación antilavado», vinculada con aquella otra sobre «organizaciones criminales» y «responsabilidad penal de personas jurídicas», parece encaminarse hacia una reestructuración de la protección penal del funcionamiento de la administración de justicia. En ello la protección penal precisa de una amplia coordinación con la legislación extrapenal, sobre todo aquella referida a la «comiso», los controles administrativos y las regulaciones sobre las actividades de los «sujetos obligados», y la responsabilidad administrativa, cuasipenal o penal de las personas jurídicas. Bajo este entendimiento, la punibilidad del lavado de activos no tiene por qué restringirse a algunos ilícitos previos y ni siquiera a la criminalidad organizada; por eso los tipos correspondientes no tienen por qué limitarse solo a algunos patrimonios idóneos de ser lavados según una lista previa³². Por lo demás, en una sociedad moderna, debe ser exigible a las empresas y los individuos que actúan por ellas que ejerzan un mejor control de las actividades empresariales y que sean responsables en algunos casos; algo que no solamente tiene que ver con el «lavado de activos» sino con cualquier otro tipo de criminalidad proveniente de aquellas³³.

Se retomarán estas reflexiones más adelante en V tras revisar primero el estado actual de la discusión sobre el blanqueo y autoblanqueo referido a delitos tributarios.

³¹ Me he manifestado en este sentido anteriormente en *El delito de lavado de activos*, pp. 229 s., 267 s.; también en «Comentarios a la sentencia...», *op. cit.*, p. 30, ambas columnas.

³² Cfr. HUND, Horst, «Der Geldwäschetatbestand –mißglückt oder mißverstanden?», *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, pp. 163 ss., 164, 165, columna derecha respectivamente.

³³ Cfr. ARZT, Gunther, «Neue Wirtschaftsethik, neues Wirtschaftsstrafrecht, neue Korruption», en *Festschrift für Wolfgang Wiegand*, Berna, 2005, pp. 739 ss., 763 s.

3. Defraudación tributaria en relación con bienes maculados

Según la ley penal, existe delito de «defraudación tributaria» o «fraude fiscal» cuando el responsable por pagar tributos, fraudulentamente, no paga en todo o en parte la deuda tributaria dentro del plazo establecido. Independientemente de la interpretación de los demás elementos del tipo, aquí interesa dilucidar si existe una *obligación de tributar* en relación con *ingresos de origen ilícito*. Si se respondiera afirmativamente a esto, recién entonces se plantearía la cuestión del «concurso» entre una defraudación tributaria de bienes maculados (en todo o en parte) y los actos posteriores que podrían constituir un blanqueo de capitales realizados con estos mismos bienes. De no ser así, está claro que solamente quedaría pendiente la cuestión, también polémica pero aquí no tratada, de la relación concursal entre el delito precedente que habría originado los ingresos ilícitos (p. ej. una estafa, un cohecho pasivo, un tráfico de drogas, etc.) y el blanqueo de capitales³⁴.

En la doctrina se ha argumentado de diversa manera para fundamentar o negar la obligación de declarar tributariamente ingresos de fuente ilícita. A favor de la obligación de tributar bienes maculados se invoca el principio de igualdad tributaria y la capacidad económica del contribuyente; en contra se plantea la no obligación de declarar contra sí mismo (declarar ingresos provenientes de cohechos) y la naturaleza de acto posterior copenado de la no-declaración³⁵.

En la jurisprudencia hispana³⁶ parece haberse adoptado una *solución intermedia* pragmática que no parece rechazar la obligación de tributar

³⁴ Sobre esta problemática, en relación con los delitos de corrupción, remito a mi artículo «Corrupción, lavado de activos y defraudación tributaria» y va a ser próximamente publicado en *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, 2.^a edición, Instituto Pacífico, Lima, 2021.

³⁵ Sobre ambas posturas, entre otros, asumiendo la tesis en contra de la tributación, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Valencia, 2018, pp. 505 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, «De nuevo acerca de la tributación de las ganancias de fuente delictiva», en *Revista Peruana de Ciencias Penales (RPCP)* núm. 27 (2015), pp. 307 ss., pp. 310 s.; postulando la obligación de tributar rentas ilícitas, MARTÍNEZ-BUJÁN, *op. cit.*, pp. 637 ss. También brevemente LINARES, María Belén, *El delito de defraudación tributaria*, Barcelona, 2020, p. 521.

³⁶ La doctrina hispana cita en este contexto, entre otras las sentencias del Tribunal Supremo (STS) 220/1998 de 16-11-98 (caso «Nécora»), 1493/1999 de 21 de diciembre de 1999 (caso «Roldán»), 20/2001 de 28 de marzo de 2001 (caso «Urralburu»), STS de 20 de marzo de 2007 (caso «Los Charlines»), etc. Cfr. los comentarios de LINARES, pp. 522; también críticamente SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *op. cit.*, pp. 317 s., 322 y FARALDO CABANA, Cristina: «Ganancias ilícitas derivadas de la corrupción: entre el decomiso, la defraudación tributaria y el blanqueo de capitales», en *Revista Peruana de Ciencias Penales (RPCP)*, núm. 31, Lima, julio 2017, pp. 171 ss., 177 ss.; QUINTERO OLIVARES, «La lucha contra la corrupción...», *op. cit.*, pp. 249 s.

ingresos provenientes de delitos aunque admite un «curso de normas» (con la «absorción» de la defraudación tributaria por parte del delito fuente) cuando los ingresos no declarados tributariamente provinieran «directamente» del delito previo (cohecho, malversación, estafa, etc.), el delito previo hubiera dado lugar a una condena en la cual se hubiera ordenado también el decomiso de las ganancias correspondientes o la devolución y que exista una investigación y acusación por la defraudación tributaria para que, en caso de falta de condena por el delito previo, se condene autónomamente por el delito fiscal³⁷. Es decir, el tipo de defraudación tributaria es empleado como *tipo residual* en relación con el tipo penal cuya realización hubiera generado las ganancias no declaradas (ganancias que tampoco se estaría obligado a declarar). Esta solución tiene consecuencias prácticas satisfactorias (obtener acceso a los bienes maculados en cualquier caso), aunque no convence dogmáticamente porque encierra una grave contradicción interna: si no hay obligación de declarar bienes ilícitos (para no atentar contra los principios arriba mencionados), no puede admitirse posteriormente una aplicación subsidiaria del tipo de fraude fiscal cuando hubiera fracasado la condena por el delito previo³⁸. A esto se suman las observaciones sobre el paralelo existente entre la no declaración tributaria con el autoencubrimiento impune³⁹. Y si se admitiera la obligación de declarar bienes de origen ilícito habría una contradicción valorativa: la administración tributaria se pondría en la posición de «receptadora» o «blanqueadora» pues estaría ingresando al círculo económico legal bienes de origen delictivo⁴⁰.

³⁷ Estos requisitos fueron delineados de manera especialmente clara en el caso «Urralburu» (delito previo: cohecho) y fueron invocados y precisados en sentencias posteriores. Cfr. c. las refs. jurisprud. LINARES, *op. cit.*, pp. 522 s.; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Delito fiscal y blanqueo de capitales. La discusión tras la reforma del 2012 en el Código Penal español», en CARRIÓN DÍAZ, J. E./VIVEIROS, C., *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*, tomo III, Lima, 2017, pp. 187 ss., 190; MARTÍNEZ-BUJÁN, *op. cit.*, p. 638; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero», en *Revista General de Derecho penal* 26 (2016), edición electrónica, pp. 1 ss., 16. Cfr.; DEL CARPIO DELGADO, Juana, «¿Cuándo se incurre en blanqueo de capitales? Una aproximación desde la experiencia española», *Revista Peruana de Ciencias Penales (RPCP)*, núm. 31 (2017), Lima, pp. 101 ss., 124 ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, «El autoblanqueo en la legislación española. Reflexiones a propósito de su tratamiento jurisprudencial», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 31 (2017), Lima, pp. 303 ss., pp. 310 ss.

³⁸ También observa esta contradicción SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *op. cit.*, pp. 308 s., 322 ss.; en el mismo sentido CRISTINA FARALDO, *op. cit.*, pp. 179. Más sobre esta discusión en ABANTO VÁSQUEZ, «Corrupción, lavado de activos...», *op. cit.*

³⁹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, pp. 318 s. También lo reconoce así un partidario de la obligación de declarar bienes maculados como MARTÍNEZ-BUJÁN, *op. cit.*, p. 638.

⁴⁰ C. más refs. ver SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, pp. 315 s.

A primera vista podría pensarse que la aclaración correspondiente debería proporcionarla el propio Derecho Tributario. Eso ha ocurrido ya hace algún tiempo en Alemania, donde la llamada «neutralidad valorativa de la tributación» ha sido prevista expresamente el art. 40 de la Ordenanza Tributaria (AO)⁴¹ y desde entonces se suele reconocer que, en principio, podría haber concurso real entre delito previo (p. ej. un cohecho) y defraudación tributaria según el § 370 AO⁴². Pero aún así el problema podría presentarse de dos maneras: por un lado, podría haber una autoincriminación indirecta a través de la forma cómo la ley permite que el contribuyente declare los ingresos de fuentes ilícitas (bajo el rubro «otros ingresos») pues esta indicación podría llamar la atención de la Fiscalía; por otro lado, cuando hubiera una auditoría, el auditor también estaría obligado a comunicar a la fiscalía, bajo pena en caso de omisión, la sospecha de un hecho delictivo generador de los ingresos (p. ej. un delito de corrupción) pese a que con ello entraría en conflicto con la garantía del secreto tributario⁴³.

Entonces, la experiencia alemana nos enseña, en primer lugar que, cuando no exista una previsión legal específica, no puede haber un deber de tributar bienes de origen ilícito. Pero también nos enseña que, incluso si la ley tributaria reconociera vigencia a la «neutralidad valorativa» de la tributación, el problema de la violación de principios podría trasladarse a otro lugar. Por eso es importante que la propia ley tributaria estructure sus normas de tal manera que permita al sujeto declarar ingresos de fuente ilícita sin tener que inculparse a sí mismo directa o indirectamente.

En Perú, el Tribunal Constitucional ha argumentado de manera similar a la jurisprudencia y doctrina dominante españolas: si bien los bienes de fuente delictiva no constituirían jurídicamente un ingreso generador de un deber de declarar, *de facto* sí incrementan el patrimonio del beneficiario que, por razones de *igualdad* frente a los demás contribuyentes, tendría que ser sometido al pago de impuestos⁴⁴. Aparte de

⁴¹ Dice el § 40 AO: «Para la imposición tributaria es irrelevante el si la conducta subsumible total o parcialmente en una ley tributaria atenta contra mandatos o prohibiciones legales o contra las buenas costumbres» (traducción libre).

⁴² C. más refs. HEINE/EISELE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30.^a edición, Múnich, 2019, § 331, pp. 3214 ss., 3234.

⁴³ Por eso la doctrina exige una prohibición absoluta de aprovechamiento de prueba para no violar el principio *nemo tenetur*; cfr. SPATSCHEK, Rainer, «Die Rolle des Steuer(straf)rechts bei der Korruptionsbekämpfung», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2006, pp. 641 ss. 642, columna izquierda. Una exposición breve sobre este desarrollo en Alemania puede verse en ABANTO VÁSQUEZ, «Corrupción, lavado de activos...», *op. cit.*

⁴⁴ También esto lo ha decidido el Tribunal Constitucional peruano en el exp. 4985-2007-AA de 9 de enero de 2008, y exp. 4382-2007 de 12 de noviembre de 2007, citados y criticados por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *op. cit.*, pp. 327, pp. 46.

que la legislación tributaria peruana se dispone de un reconocimiento expreso de la «neutralidad valorativa», la situación *de lege lata* va incluso en dirección contraria: existe una prohibición expresa de ampliar la base impositiva y la imposición de sanciones a través de la interpretación⁴⁵. En otras palabras, si la ley tributaria no prevé expresamente la obligación de declarar bienes de origen ilícito (como sí ocurre en Alemania), nada obliga, es más: está prohibido, considerar que estos bienes «maculados» puedan ser considerados como sujetos a tributación⁴⁶.

Por otro lado, tampoco se debe temer un vacío de punibilidad si se admitiera, para evitar violaciones de principios constitucionales, la inexistencia de un deber de declarar ingresos de origen ilícito. Estos bienes constituyen un «enriquecimiento sin causa» y están sometidos a la posibilidad del «decomiso sin condena» (*non-conviction based confiscation*) que entretanto han introducido prácticamente todas las legislaciones antilavado más reconocidas⁴⁷.

II. La evolución hacia la incriminación expresa del autolavado

El texto de los tipos penales en todos los países que introdujeron la punibilidad de los actos de «lavado» era muy claro respecto a la impunidad del autoblanqueo

Así, en Alemania, el tipo original del art. 261 (introducido en 1992) excluía al autor del hecho previo como autor del tipo de lavado pues el acto de lavado se refería a «bienes» maculados debido a delitos graves o menos graves cometidos «por otro» («eines anderen») o «por un miembro de una asociación criminal», aunque sí era posible, en cambio, la autoría por lavado de los partícipes del hecho previo porque –se decía– como ellos no habrían «realizado en toda su magni-

⁴⁵ Más sobre esta situación en Perú, ABANTO VÁSQUEZ, «Corrupción, lavado de activos...», *op. cit.*

⁴⁶ En este sentido, FERRÉ OLIVÉ, *op. cit.*, p. 541, § 224. Por su parte el Tribunal Supremo hispano (STS 20/2001 de 28 de marzo) también ha considerado que en caso contrario habría una «doble sanción»; por ello se presentaría aquí un «curso normativo» en el cual la pena por cohecho absorbería todo el injusto de la defraudación tributaria; *cf. ibidem*.

⁴⁷ Más sobre esta posibilidad y la discusión en torno a ella, ESER, Albin/SCHUSTER, Frank, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30.^a ed., Múnich, 2019, vor §§ 73 ff., pp.1247 s. Para España, RAMÓN RIBAS, Eduardo, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al Código Penal español*, tomo I, 7.^a edición, Cizur Menor, 2016, pp. 859 ss. Resaltan esta figura como posibilidad para decomisar bienes de origen ilícito en vez de recurrir al tipo de «defraudación tributaria» o el de «blanqueo de capitales», CRISTINA FARALDO, pp. 179 s. 184 s.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, pp. 327 s.

tud el injusto que fundamenta la posición patrimonial a través de la conducta punible» referida al hecho previo, tendría «plena significación autónoma en su persona la preservación antijurídica de la situación patrimonial» en forma de una autoría de lavado de dinero⁴⁸.

Seis años más tarde, la *reforma de 1998* eliminó la referencia a hechos cometidos «por otro». Eso ya permitía teóricamente interpretar en el sentido pueda ser punible como autor de «lavado de dinero» el autor de un «hecho ilícito previo» que ocultare o tratase de aprovecharse de las ganancias obtenidas con este último. Pero el nuevo texto todavía no había introducido expresamente la punibilidad del «autolavado»; solamente quería asegurar la punibilidad en caso de falta de perseguibilidad penal del hecho previo o del lavado⁴⁹. Es más, precisamente, para evitar la doble punición, se había agregado la «causa personal de exclusión de pena» del tipo de «lavado de dinero» a todo aquel que hubiera «intervenido» (como autor o partícipe) en el hecho previo (art. 261, párrafo IX.2, segunda oración). La doctrina dominante llegó entonces a una interpretación restrictiva, compatible con el principio de prohibición de la doble punibilidad, de dos formas. En primer lugar, bien podía verse la regla vigente del párrafo 9.2 al final como una consagración del carácter residual del lavado de activos en relación con el delito previo⁵⁰: es impune por lavado quien ya fuera punible por el delito previo como autor o partícipe. Al revés, si no quedara clara la punibilidad por el hecho previo, según la jurisprudencia alemana ya cimentada se reconocía una «pospendencia» que permitía al juez procesar y condenar por lavado de activos⁵¹. Otra posibilidad consistía en considerar la disposición como una regla de concurso⁵² para excluir la punibilidad por «lavado de dinero» cuando el autor fuera punible como autor o partícipe del hecho previo; la regla pretendería evitar la punibilidad por ambos delitos. Diferente era el caso del «partícipe» del hecho previo, pues para él no regiría esta cláusula de exclusión personal que favorece al

⁴⁸ Cfr. OTTO, «Geldwäsche, § 261 StGB», en *Jura* 1993, pp. 329 ss., 330, columna derecha.

⁴⁹ Cfr. STREE, Walter/HECKER, Bernd, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30.^a ed., Múnich, 2019, § 261, n. marg. 7, p. 2567; BERGMANN, Marcus: «Materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Überlegungen zur Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche», *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiSt)*, 2014, pp. 448 ss., 448, columna derecha; NEUHEUSER, *op. cit.* p. 265, columna izquierda.

⁵⁰ ARZT en ARZT/WEBER, § 29, n. marg. 31.

⁵¹ Cfr. SCHNABL en WABNITZ/JANOVSKY, pp. 375, n. marg. 16., segundo párrafo.

⁵² En ese sentido, STREE/HECKER, *op. cit.*, § 261, n. marg. 7, pp. 2472; MITSCH, *op. cit.*, cap. 14.4, pp. 851 ss.

autor: el partícipe del hecho previo también puede ser punible como partícipe (o autor) del lavado de activos⁵³.

La situación cambió una vez más cuando, como reacción a críticas de organismos internacionales⁵⁴, mediante la «Ley de Lucha contra la Corrupción» (de 20-11-2015) se introdujo la llamada *retroexcepción* o «excepción de la excepción» («Rückausnahme») con una frase adicional: en el párrafo IX.2 del art. 261 StGB, que solo contenía «excepciones» a la punibilidad por lavado de dinero, se añadió tras la exención de punibilidad prevista en la oración 2 (dirigida a todos los intervinientes en el hecho previo) una frase adicional (oración 3) que excluye esta falta de punibilidad cuando «el autor o el partícipe» ponga en circulación un bien de proveniencia ilícita «encubriendo [o: «enmascarando»] la proveniencia ilícita del bien». En la exposición de motivos, el legislador, trata de demostrar, con ejemplos que existirían algunos casos que denotan un injusto propio debido a la acción de «poner en circulación encubriendo el origen» de los bienes maculados porque con ello se producirían efectos negativos en los agentes del mercado y en la confianza general del tráfico financiero y económico⁵⁵.

En España, la legislación antiblanqueo inicial también se limitaba a luchar contra el tráfico ilícito de drogas y presuponía, al exigir «conocimiento» de la proveniencia delictiva del bien maculado, un hecho cometido por otro⁵⁶. Pero ya el C. p. de 1995 había implicado un cambio significativo al evitar toda referencia a delitos previos concretos y solamente mencionar «delitos graves». Con la reforma del 2003 se eliminó la referencia a la «gravedad». Y la LO 5/2010 (de 22 de junio del mismo año) trajo las novedades más radicales: el cambio de «delito» por «actividad delictiva», la tipificación expresa de las modalidades de «poseer» y «utilizar», a las que se añade la posibilidad expresa de punir

⁵³ Cfr. c. más refs. MITSCH, *op. cit.*, cap. 14.4, pp. 853 s.

⁵⁴ En febrero del 2010, la Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) había criticado la regla del art. 261, párrafo 9.2 que que preveía la impunidad del autolavado. Cfr. BARRETO DA ROSA, Steffen, «Strafbare Selbstgeldwäsche? Kritische Anmerkungen zu § 261 Abs. 9 S. 3 StGB», *Juristische Rundschau*, 2017, pp. 102, columna izquierda; también SCHRÖDER, Christian/BLAUE, Annabell, «Die erste Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche – Auswirkungen in Deutschland», en *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensrecht*, 2019, pp. 161 ss., 165, columna derecha.

⁵⁵ BT-Drucksache 18/6389, pp. 11, 13 s.

⁵⁶ Este elemento «subjetivo» también fue entendido así por gran parte de la doctrina hispana para rechazar el «autoblanqueo» desde la versión inicial del art. 301 del C. p. de 1995; ver las refs. en Patricia FARALDO, «Antes y después...», p. 58. Esta autora, sin embargo, sigue otra doctrina que considera este «conocimiento» como «referencia al dolo típico», o sea como una repetición expresa de éste, y que por lo tanto no obligaría a interpretar en el sentido de excluir de plano la tipicidad del «autoblanqueo»; cfr. *ibidem*, pp. 58 s.

al autor del hecho previo („...cometida por él o por cualquiera otra persona...«). Parte de la doctrina advierte que estas modificaciones serían inconstitucionales pues atentarían contra el *ne bis in idem* al admitir la punibilidad del delito previo y del blanqueo sin expresar ningún injusto adicional⁵⁷, aunque otra parte sugiere una interpretación restringida que precisamente sería constitucional⁵⁸. Se profundizará sobre esto más adelante en III y IV.

Puesto que España y Alemania son miembros de la Unión Europea, están vinculadas a decisiones de los órganos comunitarios. Y es así que la «Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal»⁵⁹, entre otras cosas, además de plantear el compromiso de los países miembros para la persecución del «autoblanqueo», hace la siguiente aclaración importante: «En tales casos, cuando la actividad de blanqueo de capitales no consista simplemente en la mera posesión o utilización de bienes, sino que también implique la transferencia, la conversión, la ocultación o el encubrimiento de bienes y dé lugar a daños adicionales a los ya causados por la actividad delictiva, por ejemplo, poniendo en circulación los bienes provenientes de la actividad delictiva y, con ello, ocultando su origen ilícito, dicha actividad de blanqueo de capitales debe ser punible»⁶⁰. Consecuentemente la Directiva establece la obligación de los Estados miembros, a «... garantizar que la conducta a que se refiere el apartado 1, letras a) y b) [actos de conversión o transmisión y actos de ocultación o encubrimiento] sea castigada como delito cuando sea cometida por personas que hayan realizado la actividad delictiva de la que provienen los bienes o que hayan participado en ella» (artículo 3 –delitos de blanqueo de capitales– apartado 5 de la Directiva). Con este tenor debería quedar claro que no se pretende abarcar todos los casos de «autolavado» (o «autoblanqueo») sino los más graves, aquellos que realmente presentan un contenido de injusto propio y se distinguen de la mera «posesión» o «uso» de los bienes maculados por parte del autor

⁵⁷ Últimamente, QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 508, 510 ss.; también c. más refs y jurisprudencia, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 480 s. Por otro lado, este autor, invocando el pleno no jurisdiccional español de 18-7-2006, propone admitir un «concurso de delitos entre el delito inicial y el blanqueo»; *ibidem*, pp. 481, al final. Al respecto ver también ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, p. 179.

⁵⁸ Sobre la situación de la doctrina y jurisprudencia hispanas antes y después de la reforma del 2010, ver c. más refs. Patricia FARALDO C., pp. 44 ss., 54 ss.

⁵⁹ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 284/22 de 12 de noviembre de 2018.

⁶⁰ Considerando 11 de la Directiva, segunda oración.

del hecho previo con lo cual se evitaría la «doble punibilidad»⁶¹. Pero el tenor dice más que eso pues en el considerando citado, se anunciaba que este «autoblanqueo» ocasione «daños adicionales» a los ya causados por el delito previo. Esto parece permitir por lo menos una interpretación restrictiva de los textos legales nacionales para compatibilizarlo con los principios constitucionales y penales.

En Latinoamérica ha tenido mucha influencia, como fuente del Derecho antilavado, el «Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves». Este reglamento fue elaborado por un Grupo de Expertos reunido en 1990 por la «Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas» (CICAD) de la Organización de Estados Americanos (OEA). Su primera versión data de 1992 pero, desde entonces, ha tenido diversas modificaciones que han acercado su texto inicial al de la «Convención de Palermo» de 2000⁶². El Reglamento Modelo contiene una serie de disposiciones (aunque con una terminología polémica) que han inspirado a los legisladores latinoamericanos en la tipificación del «lavado de activos». Entre otras cosas, este documento internacional destaca que no sería necesaria la condena por el delito previo (número 6 del art. 2) y que también sería posible y punible el autolavado (número 7 del art. 2).

En Perú inicialmente y hasta la Ley antilavado anterior (Ley 27765 de 2002) no había punibilidad alguna del autolavado. Recién con las modificaciones a esta ley (introducidas por D. Leg. 986 de 2007) la descripción típica se abrió más y permitía una interpretación que abarcara más conductas de lavado, si bien seguía siendo posible la interpretación en sentido de la impunidad⁶³. Sin embargo, la Corte Suprema había interpretado en el Acuerdo Plenario 3-2010 (§ 1, fundamento 14), que este tenor sí habría abarcado ya *de lege lata* al «autor» del delito previo. En todo caso, el tenor de la ley vigente (art. 10, tercer párrafo del D. Leg. 1106 de 2012) parece ser algo más claro: «también podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias».

⁶¹ Saludan estas restricciones SCHRÖDER/BLAUE, p. 165, columna derecha.

⁶² Mas detalles sobre este Reglamento Modelo ofrece WINTER ETCHEBERRY, *op. cit.* pp. 116 s.

⁶³ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 174 s.

III. Posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el «autoblanqueo» o «autolavado»

1. Doctrina tradicional: posiciones críticas y de rechazo total

La doctrina hispana suele exponer las posibilidades interpretativas según los diferentes textos vigentes en las distintas etapas evolutivas del tipo de blanqueo: a partir de la vigencia del C. p. de 1995, después de la reforma del 2010, y, para el caso del fraude tributario en concurso con el autoblanqueo, tras la reforma del 2015⁶⁴. Y mientras que en la primera etapa dominaba la tesis de que, al igual que en los actos posdelictivos de encubrimiento y receptación, *de lege lata* el blanqueo solamente podía referirse a conductas punibles realizadas por otros⁶⁵, los últimos cambios legislativos no permiten ahora un rechazo absoluto del autoblanqueo. Las críticas tienden ahora a llegar a una interpretación restrictiva como se verá a continuación, si bien todavía existen posiciones que por razones de principio deniegan la punibilidad del «autoblanqueo»⁶⁶.

En Alemania, tanto la doctrina como la jurisprudencia han rechazado tradicionalmente la punibilidad del «autolavado» incluso después de la mencionada modificación legal que introdujera expresamente la tercera frase en el párrafo XI del art. 261⁶⁷. El principal argumento en contra del «autolavado» («autoblanqueo») ha sido siempre el mismo: se trata de conductas posteriores de aprovechamiento impunes. Penar por «autolavado» al autor del delito previo, ya condenado por éste,

⁶⁴ Entre otros, PATRICIA FARALDO, *op. cit.*, pp. 44 ss.; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, «El «autoblanqueo» de capitales», en Carrión Díaz/Viveiros (coordinadores), *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*, tomo I, Lima, 2017, pp. 157 ss., 178 ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, *op. cit.*, pp. 243 ss.; DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pp. 2 s.

⁶⁵ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 513. La excepción eran los casos de «acuerdo previo» que, según una discutible doctrina, hacían de los que ayudaren en los actos posteriores, partícipes del delito previo si tal ayuda hubiera sido pactada anteriormente; *cf. ibidem*. Había un sector que, sin embargo, consideraba que ya entonces era punible el «autoblanqueo» por no haber sido excluido expresamente como el «autoencubrimiento», *cf. Patricia FARALDO, op. cit.*, pp. 47 s. Esta posición temprana a favor del autoblanqueo había sido favorecida también por el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 18-07-2006 que dejaba abierta la posibilidad de «concurso real» entre el blanqueo y el delito precedente; al respecto DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pp. 3 s.

⁶⁶ Amplias referencias sobre las posiciones mayoritariamente en contra y otras a favor del «autoblanqueo» en España pueden verse en Cristina FARALDO, *op. cit.*, pp. 181 s., nota al pie 21.

⁶⁷ Entre otros, JAHN, Matthias, comentarios al art. 261 StGB en: Satzger/Schluckebier/Widmaier, *StGB-Kommentar*, 4.ª edición, Colonia, 2019, n. marg. 97; BARRETO DA ROSA, *op. cit.*, pp. 101 ss.; HECKER, *op. cit.*, § 261, n. marg. 7, p. 2568. Antes de la entrada en vigencia del nuevo tenor en el 2015, BERGMANN advertía que una ampliación del tipo de lavado para incluir el autolavado atentaría contra la prohibición de doble punición, p. 454, columna derecha.

constituiría un atentado contra el principio *ne bis in idem* (doble punibilidad) y con ello generaría graves dudas de constitucionalidad⁶⁸.

En general, el Tribunal Federal alemán había sido muy cauto en la aplicación del «lavado de activos». Tras constatar y criticar las serias imperfecciones en su propia legislación antilavado (art. 261 StGB), ha ofrecido la solución de recurrir a la *interpretación restrictiva* de los elementos típicos del «lavado de dinero»⁶⁹.

Y esta postura siguió hasta mucho después de la reforma alemana del 2015 que introdujera la «retroexcepción» (excepción de impunidad por autolavado) en el art. 261, párrafo IX. 2, tercera oración. Es más, hasta hace poco, la justicia penal alemana también prefería penar por los ilícitos previos antes que recurrir al tipo de lavado de activos⁷⁰. En la práctica sucedía lo siguiente: aunque se iniciaban procesos por lavado de dinero, ellos mayormente se archivaban por este delito pero servían de todos modos para esclarecer los «hechos previos» y condenar por ellos a los responsables. Aquí el tipo de lavado de dinero operaba (con utilidad) de manera *subsidiaria*, o sea para penar por «lavado» cuando los hechos antijurídicos previos (en Alemania no se usa el término «delito fuente») ya hubieran prescrito o hubieran culminado con sentencia firme (sin excluir además el decomiso de los bienes involucrados)⁷¹.

También en otros países se rechazaba y rechaza aún, aunque no como doctrina mayoritaria, la punibilidad del «autolavado» sobre la base del principio *ne bis in idem*. Así, en Argentina, donde el vigente art. 303 C. p. no conoce límites para la autoría en contra del tenor anterior (en el art. 278) que refería la autoría a hechos practicados por otros⁷² y en Brasil, donde se ha posibilitado que el lavado se refiera a cualquier ilícito (incluyendo las contravenciones y otras) junto con la posibilidad del autolavado⁷³.

⁶⁸ JAHN en Satzger/Schluckebier/Widmaier, *op. cit.* § 261, n. marg. 97; HECKER, *op. cit.*, § 261, n. marg. 7, pp. 2569; ALTENHEIN, Karsten, comentarios al § 261 en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (editores), *Nomos Kommentar StGB*, 5.^a ed., Baden Baden 2017, n. marg. 23c.

⁶⁹ Sentencia de la Quinta Sala Penal del Tribunal Federal Alemán (Corte Suprema de Alemania) publicada en la NSTZ 2009, pp. 326 s.

⁷⁰ Cfr. c. más refs. BARRETO DA ROSA, *op. cit.*, pp. 101 ss.

⁷¹ Así, la más reciente evaluación de BARRETO DA ROSA sobre la situación en Alemania, *ibidem*, pp. 104 s.

⁷² Polemizando con la doctrina que sí admite la punibilidad del autor por un acto copenado, VARGAS, Maximiliano, «Autolavado: crítica a su consideración como acto copenado», en Carrión Díaz/Viveiros (coordinadores), *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*, tomo II, Lima 2017, pp. 217 ss., 230 s.

⁷³ D'AVILA/MERLINI GIULIANI, *op. cit.*, pp. 242 ss.

2. Posiciones de aceptación o interpretación restrictiva

Con el nuevo tenor que hace posible la punibilidad por «autolavado», algunos autores alemanes han indicado que, en contra de su aparente amplitud, solamente podría abarcar aquellos casos diferentes del mero aseguramiento o aprovechamiento del botín, y que significaran un injusto propio o mejor dicho un *nuevo injusto* en el sentido de atentar contra la «incolumidad del tráfico comercial y financiero a través de la reinversión de bienes maculados»⁷⁴.

El legislador alemán había aseverado que el autolavado presentaría un injusto punible específico porque la maniobra de engaño del enmascaramiento «desarrollaría consecuencias negativas adicionales en los agentes del mercado y en la confianza general depositada en el tráfico económico y financiero»⁷⁵. En la práctica la situación no parece tan clara. La clave estaría en interpretar restrictivamente los elementos típicos de esta «retroexcepción» que permite la punibilidad del autolavado: o bien la «puesta en circulación» como una «reintegración definitiva del objeto en el tráfico comercial legal»⁷⁶, o exigir la salida del bien maculado del poder de disposición real del autor y que otro (distinto de un coautor) lo obtenga, para lo cual debe emplear simultáneamente maniobras manipulativas, clandestinas⁷⁷.

Recién a finales del 2018, el Tribunal Federal alemán (BGH) ha aplicado por primera vez el tipo de «autolavado» en un caso muy concreto en el cual existió una gran *separación espacio-temporal* entre el hecho previo (defraudación de rentas de aduanas y fraude fiscal) por el cual el lavador había sido condenado, junto con otros, y el nuevo hecho que consistió en el aprovechamiento de bienes maculados no descubiertos anteriormente y utilizados recién después de la primera condena, para lo cual recurrió a una serie de maniobras fraudulentas. La Corte Suprema alemana, en el

⁷⁴ Así, TEXEIRA, Adriano: «Die Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2018, pp. 634 ss., 639, columna izquierda. También SCHRÖDER/BLAUE, quienes hacen notar que una puesta en circulación podría realizarla también aquel autor previo que quisiera limitar los daños ocasionados, lo cual sería más bien una atenuante, *op. cit.*, p. 165, columna derecha.

⁷⁵ El ejemplo teórico consistiría en aquellas situaciones en las que el autor del delito previo proporciona datos falsos a un «sujeto obligado» en el sentido de la Ley administrativa (GwG) sobre su identidad y su verdadera actividad comercial, cuando el engaño versara sobre el negocio principal o cuando se trata del pago en transacciones aisladas, o los asientos contables fraudulentos; cfr. en HECKER, *op. cit.*, n. marg. 7, p. 2568; también, SCHNABL, *op. cit.*, p. 421, n. marg. 16c.

⁷⁶ TEXEIRA, *op. cit.*, p. 639, columna derecha.

⁷⁷ NEUHEUSER, *op. cit.*, pp. 266 s.

auto de 27 de noviembre 2018⁷⁸ argumentó de la siguiente manera: en contra de lo que supuestamente afirma la doctrina, el párrafo IX.2, frase 3 del art. 261 StGB sería *constitucional* y no atentaría contra la prohibición de doble punición (fundamento 10); los hechos por los cuales había sido condenado el imputado y los actos ulteriores de aprovechamiento de los bienes maculados constituirían «hechos históricos temporalmente distintos que tampoco forman una unidad ni desde el punto de vista material ni desde el natural» (fundamento 13).

Se ha criticado a esta sentencia que habría provocado una ruptura con la estructura de los «delitos conexos» (hecho cometido por otro) llegar a explicar coherentemente por qué no se pena también el autoencubrimiento real (§ 257, tercer párrafo StGB), así como el criterio de «diferencia temporal» para fundamentar la punibilidad del autolavado⁷⁹. A favor de la sentencia se ha dicho que la conducta penada inicialmente no había cumplido con los requisitos que caracterizan todo «hecho posterior copenado» (e impune): que el hecho se dirija contra el mismo perjudicado, que no se lesione un nuevo bien jurídico y que el daño causado con el hecho posterior no sobrepase el causado en el hecho principal⁸⁰. Los hechos posteriores del caso (pagos enmascarados a cuentas ajenas) implicaron un alargue de la cadena agregando un eslabón más a la «huella documental», y con ello un hecho punible según la finalidad de la ley⁸¹. El caso tratado constituiría uno de «sentencias extendidas» en los cuales el hecho previo y el hecho de lavado se presentan por separado y en un gran espacio de tiempo en relación con la evaluación, lo cual justificaría la punibilidad del hecho posterior; en cambio cuando el conocimiento sobre el hecho previo y el de lavado ocurren al mismo tiempo, el lavado se convierte en un hecho posterior copenado y las investigaciones tendrían que concentrarse en el hecho previo⁸².

Se debe dudar sobre si la fundamentación jurisprudencial bastaría para justificar la legitimidad de la «retroexcepción» que permite la punibilidad por autolavado; no parece tratarse de una modalidad autónoma de mayor injusto punible, tal como argumentó el legislador ale-

⁷⁸ BGH, Beschluss vom 27 de noviembre de 2018, 5 StR 234/18; ver en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2019, pp. 533-536, con comentarios de Mathias JAHN, Matthias, p. 536.

⁷⁹ JAHN, en NJW p. 536, columna derecha, criticando además que esta interpretación seguiría en la línea del compromiso internacional asumido por el gobierno alemán frente a la OECD y su «Financial Action Task Force» y que llevó a introducir la dudosa modificación del 2015 (la frase 3 en el párrafo IX.2 del art. 261 StGB); o sea se trata de anteponer objetivos de política exterior a principios penales y constitucionales; *ibidem*.

⁸⁰ RASCHKE, p. 186, columna derecha s.

⁸¹ RASCHKE, p. 188, columna izquierda.

⁸² RASCHKE, p. 188, columna izquierda y siguiente.

mán y como se ha aceptado a regañadientes en la doctrina⁸³. El no haber confiscado oportunamente todos los bienes maculados solamente tendría que justificar su ulterior decomiso. En la práctica tendría que ser difícil (si no imposible) encontrar un caso de autolavado autónomo punible pues, como destaca también la doctrina, el tipo apunta a penar por separado el aprovechamiento natural de los bienes maculados que hace cualquier autor de delitos generadores de ganancias: hacer ingresar al tráfico (o sea hacer salir el objeto de su poder real o jurídico de disposición) de manera oculta (o sea «enmascarando» su proveniencia)⁸⁴.

En España, como ya se dijo arriba, la situación está más clara *de lege lata* a partir de la reforma del 2010. La motivación de esta reforma habría estado en el deseo de garantizar «autonomía» a la persecución penal por blanqueo en relación con los delitos antecedentes concretos (por ello también el nuevo texto se referiría a «actividad delictiva» y no a «delito»), el cumplimiento de obligaciones internacionales, y para solucionar defectos del texto vigente que habrían sido corroborados en la práctica, y serían necesarios debido a la realidad social cambiante⁸⁵.

Por eso, se ha propuesto limitar el autoblanqueo analizando caso por caso si la modalidad prevista en la ley admite un *injusto punible distinto* de aquél del delito previo. Ello podría ocurrir en los actos de «convertir, transferir, ocultar o encubrir» mas no en los actos de actos de mera «adquisición», «posesión» y «utilización de bienes»: «Por un lado, porque el interviniente en el delito previo no puede *adquirir* lo que ya posee como consecuencia de la comisión del delito. Además, aunque adquiera los bienes que puedan corresponder a otro de los intervinientes, por ejemplo, tras el reparto del botín o de los beneficios obtenidos, en este caso lo que procede es su decomiso. Por otro lado, castigar como blanqueo la mera *posesión* o *utilización* de los bienes obtenidos

⁸³ Cfr. ALTENHEIN, *op. cit.*, pp. 533, n. marg. 23b; TIEDEMANN, *op. cit.*, n. marg. 948, p. 390. La doctrina advierte críticamente que con esto se tiende a recortar significativamente los alcances de la excepción inicial y podría llevar en la práctica a una doble punibilidad; cfr. HECKER, *op. cit.*, pp. 2579, n. marg. 7; SCHNABL, *op. cit.*, pp. 420 s., n. marg. 16 b, 16c; BOERGER, *op. cit.*, pp. 1730 s., n. marg. 122 s.; HERZOG, *op. cit.*, pp. 1949, n. marg. 116; ALTENHAIN, § 261, n. marg. 23c, pp. 534.

⁸⁴ ALTENHAIN, *op. cit.*, § 261, n. marg. 23 c, pp. 534; BOERGER, *op. cit.*, pp. 1730 s., n. marg. 122;

⁸⁵ Esta justificación genérica contenida en el preámbulo de la LO 5/2010, explicaría de alguna manera las modificaciones, si bien las «obligaciones internacionales» no necesariamente tendrían que haber llevado a la criminalización expresa del «autoblanqueo»; al respecto y c. más refs., Patricia FARALDO, *op. cit.*, pp. 54 ss., esp. pp. 56 s.; también Juana DEL CARPIO DELGADO, «Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea», *Revista Penal*, núm. 44 (2019), pp. 22 ss., 36, columna izquierda, al final.

de la comisión de un delito por el que debe ser juzgado, infringiría el principio *ne bis in idem*» (resaltado añadido)⁸⁶.

Ya se vio arriba (en I. 3) cuáles son las reglas que aplica la jurisprudencia española para casos de concurso entre el delito previo y el de blanqueo de capitales, reglas que también pueden trasladarse al autoblanqueo. Especialmente, la sentencia del Tribunal Supremo 265/2015 de 29 de abril ha sido más explícita en su argumentación sobre la necesidad y posibilidad de lege lata de admitir el «autoblanqueo»⁸⁷. Primero argumenta que la ley lo habría previsto expresamente desde la reforma de 2010 y que el blanqueo tendría mayor gravedad respecto de la recepción, además de ser autónomo de los delitos previos en cuanto a que está desvinculado de un límite de pena (podría tener mayor pena que el delito previo). La mayor gravedad se debería a que no solamente implica el «disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitamente obtenidas»; su característica principal estaría en que quiere impedir la «reintroducción» del bien en el ciclo económico, aparte de que serviría de instrumento eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada. Para evitar atentar contra el *ne bis in idem*, la interpretación debería abandonar la anterior jurisprudencia (del propio Tribunal) que veía en el art. 301, primer párrafo dos grupos de conductas típicas distintas, mientras que lo correcto sería ver una sola (con distintas modalidades) y con el elemento subjetivo (no previsto expresamente) de la «finalidad de ocultar o encubrir el origen de los bienes lícitamente obtenidos». Con ello se evitaría abarcar conductas neutras de mera adquisición, posesión, etc. y la persecución penal se concentraría solamente a aquellas que pretenden incorporar los bienes maculados al tráfico económico y legal.

Esta jurisprudencia no deja de ser problemática. En primer lugar, y en contra de lo que dice el Tribunal Supremo, no es ninguna novedad que la «finalidad» esté presente en los actos de blanqueo. Los compromisos internacionales ya habían sugerido la «finalidad de ocultar o encubrir» en las modalidades de «conversión y transmisión», aunque la dejaban de lado en los casos de «aprovechamiento» (adquisición, posesión y utilización) pese a lo cual, y bajo la mismas consecuencias penales, el legislador penal (a diferencia del extrapenal) hispano había introducido el tipo penal sin ninguna referencia a tal «finalidad» para

⁸⁶ DEL CARPIO DELGADO, «Hacia la pancriminalización...», *op. cit.*, p. 36, columna derecha, al inicio. Ampliamente, sobre las posibilidades interpretativas restrictivas, ABEL SOUTO, *op. cit.*, pp. 40 ss.

⁸⁷ El resumen que sigue se remite a VIDALES RODRÍGUEZ, «El autoblanqueo...», *op. cit.*, pp. 314 ss.

ninguno de los supuestos⁸⁸. Y aunque el «autoblanqueo» punible perturba el disfrute de los bienes maculados, ello también lo hace de mejor manera el «decomiso (ampliado)» sin tener que atentar, en su afán por «impedir cualquier enriquecimiento injusto», contra principios y garantías básicas de un Estado de Derecho⁸⁹. Y por último, el elemento subjetivo «intención» (difícil de probar) también sería criticable por otras razones: no es compatible con el supuesto carácter de delito económico, no encaja con el tipo de imprudencia grave (cuyo autor no puede tener la finalidad), e implica que estos elementos también deban ser requeridos para actos de blanqueo cometidos por personas distintas del autor del delito previo con las consiguientes lagunas de punibilidad⁹⁰.

Para no atentar contra el *ne bis in idem*, el injusto autónomo del autoblanqueo debería tener en cuenta la «lógica interna» del blanqueo (ayuda posdelictual bajo conocimiento previo del carácter maculado de los bienes) y buscar conductas que vayan más allá del mero aprovechamiento de los bienes por parte del autor⁹¹. Se ha dicho que ello se produciría cuando el funcionario público realiza actos de ocultamiento que demuestren claramente la *finalidad de «enmascarar» el origen delictivo de los bienes* (p. ej. depositar el soborno en una cuentas de amigos, o fingir operaciones generadoras de ganancias, etc.), e *«introducirlas al mercado»* (p. ej. invertir estas ganancias en acciones, compras, pagos de deudas, etc.) pues aquí el sujeto no solamente estaría realizando injustos adicionales de «ocultamiento» (atentado contra la administración de justicia) sino también supuestamente un atentado autónomo contra la «pureza del mercado»⁹². Pero, a diferencia de Alemania, ninguno de estos elementos adicionales que legitimarían un injusto autónomo del autoblanqueo figuran en el tipo penal.

Entonces, no parece haber una alternativa seria a una nueva modificación del tipo penal hispano para aclarar mejor el injusto punible del autoblanqueo. Se ha sugerido o bien seguir el modelo alemán de distinguir entre tipos de obstaculización a la justicia y tipos de encubrimiento específico, y donde solamente sería posible el autoblanqueo punible de manera subsidiaria, o el modelo italiano del art. 648ter como auténtico

⁸⁸ VIDALES RODRÍGUEZ, «El autoblanqueo...», *op. cit.*, pp. 317 ss., 318.

⁸⁹ VIDALES RODRÍGUEZ, «El autoblanqueo...», *op. cit.*, pp. 319 s.

⁹⁰ Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, «El autoblanqueo...», *op. cit.*, pp. 322 ss.

⁹¹ QUINTERO OLIVARES, «La lucha contra la corrupción...», *op. cit.*, pp. 244 s., 256 s.

⁹² Ésta es también la interpretación restrictiva de muchos autores y parte de la jurisprudencia penal comparada. Cfr. QUINTERO OLIVARES, «La lucha contra la corrupción...», pp. 250 ss.; Cristina FARALDO C., pp. 181 ss.

delito socioeconómico (introducción en el ciclo económico legal de bienes procedentes de la comisión de delitos)⁹³.

3. *La situación en Perú*

La ley antilavado vigente en Perú (Decreto Legislativo 1106 de 2012) parece haber introducido la punibilidad del autolavado cuando dice: «También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias» (art. 10 último párrafo). Ya antes de esta ley, y en posteriores sentencias, la Corte Suprema había admitido la punibilidad del autolavado, y afirmado que esto se encontraría en consonancia con las tendencias internacionales (desde la Convención de Viena de 1988) que buscan la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero, y que ahora todo agotamiento del delito constituiría la comisión de un ulterior delito de lavado de activos⁹⁴.

Pero la jurisprudencia no ha explicado hasta ahora en qué consistiría el injusto adicional de la conducta de autolavado. Es más, tampoco ha explicado cómo encajaría esto con los tipos legales vigentes. Y es que no es imaginable en los tipos de intención (los actos de conversión del art. 1, y los actos de transporte específico del art. 3), conductas de autolavado:

Y en el caso de los «actos de tenencia y ocultamiento» (art. 2, D. Leg. 1106) que desde su modificación en el 2016 por el D. Leg. 1246 ya no constituyen un tipo de intención, está ahora más claro que se asemeja a un tipo de aislamiento similar al del § 261, párrafo II StGB: se busca que otros no entren en contacto con los bienes maculados del autor del delito previo. Aquí tampoco parece funcionar el «autolavado» si el tipo presupone precisamente actos cometidos por terceros. Pero incluso si se negara carácter de tipo de aislamiento a esta modalidad se presentaría un problema similar al constatado en España: casi todas las acciones típicas (poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, mantener en su poder) describen conductas que el autor realiza ya

⁹³ Así VIDALES RODRÍGUEZ, «El autoblanqueo...», *op. cit.* pp. 325 s. La autora, sin embargo, no ha tenido en cuenta la modificación del párrafo IX del § 261 (con la retroexcepción agregada por la frase 3) que sí posibilita la punibilidad por «autolavado».

⁹⁴ Más sobre la jurisprudencia peruana favorable al «autolavado» y la discusión doctrinaria al respecto en ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 175 ss.

con el delito previo, y otras (utilizar, ocultar) son –al igual que en el tipo español– conductas de aprovechamiento impunes. En suma, a diferencia del tipo alemán, en el peruano no figuran elementos adicionales que por más dudosos que sean («enmascaramiento», «introducir al mercado»), podrían ayudar a encontrar un injusto autónomo para la conducta de autolavado.

Recientemente la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema se ha ocupado del tema en una resolución (RN 1190-2019/Lima de 30-12-2020, ponente: San Martín Castro) que ha condenado por «lavado de activos» al fundador de una aerolínea y otros involucrados, anteriormente condenados por «tráfico ilícito de drogas». Sin embargo, la fundamentación solo convence en parte. Es especialmente criticable que afirme como decisivas para la punibilidad del autolavado la «lógica del Derecho penal internacional» y la «voluntad de la comunidad internacional de ampliación de la punición penal a conductas antes atípicas» que habría introducido un «criterio omnicompreensivo» cuyo único límite sería «el respeto al principio de legalidad» (fundamento de derecho décimo, «primer» argumento, página 50). Con esto, aparte de reconocer capacidad legislativa y doctrinaria a los organismos internacionales, parece solamente admitir una interpretación literal extensiva y olvida que existen otros criterios interpretativos (sistemático, teleológico) y principios que precisamente podrían obligar a una interpretación restrictiva o incluso, como está admitido en Perú, a un control difuso de constitucionalidad. Otras alegaciones, que se quedan en meras afirmaciones, son más convincentes: el lavado de activos sería «independiente» en relación con el ilícito previo (en este caso: tráfico ilícito de drogas) porque se refiere a un bien jurídico distinto (*ibidem*, «segundo» argumento); el injusto punible del lavado de activos radicaría en que, más allá de un acto de «disfrutar de las consecuencias del delito previo que cometió», el sujeto «realiza actividades en el tráfico jurídico que pretenden, de uno u otro modo, enmascarar el origen delictivo de los bienes...» (*ibidem*, «tercero», primera parte); y que no bastaría para el autolavado con un «enmascaramiento» (que denomina «ensombrecimiento») con la «finalidad de evitar la persecución o el castigo penal», sino que «este delito busca crear las condiciones para disfrutar tranquilamente de los beneficios procedentes de una actividad delictiva (a través de lo cual), afecta un aspecto esencial del sistema económico, que la circulación jurídico-patrimonial de bienes se haga por cauces lícitos» (*ibidem*, pp. 50, segundo y tercer argumentos).

Esta última aseveración es especialmente interesante para el «autolavado». Pero se queda corta cuando no explica en qué se diferenciaría

el mero «enmascaramiento» o «ensombrecimiento» impune (aunque no lo diga expresamente la sentencia: por ser acto copenado del delito previo) de aquello que sí sería punible como lavado o autolavado, pues para disfrutar del bien maculado no pocas veces se tendrá que ingresar el bien al sistema económico. No parece haber diferencia de injusto punible en el hecho de comprar bienes con el dinero maculado que depositarlo en el banco para hacer gastos posteriores. Si no se quiere que la diferencia sea meramente subjetiva, debería haberse proporcionado algún criterio objetivo; no basta con afirmar que habría un atentado contra el sistema económico. El criterio podría haber sido cuantitativo (según el valor de mercado de los bienes maculados) o cualitativo en función de los actos realizados (empleo de maniobras fraudulentas especialmente reprochables: empresas ficticias, fuga a paraísos fiscales) o de un atentado adicional contra otro bien jurídico (atentado contra la libre y leal competencia).

Y es que los hechos imputados también habrían distorsionado la libre competencia en el mercado aéreo nacional (de hecho, «Aerocontinente» desplazó a todas las competidoras nacionales y amenazaba hacer lo mismo en Chile) aplicando una política de «precios predatorios». En todo caso, la sentencia va por buen camino en la argumentación aunque *de lege lata* el legislador peruano no haya previsto aún una normativa penal adecuada.

Por otra parte, independientemente de la falta de argumentos materiales para justificar la punibilidad del «autolavado», tampoco existe una base legal vinculante. En efecto, cuando la ley peruana dice que también «podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos» queda claro que está abriendo la posibilidad de condenar al autor del delito previo pues a continuación describe una contribución de autor junto con otra de partícipe: «... quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias». Pero esto no significa aún que deba haber *siempre y en todos los supuestos* una doble condena. Además, a diferencia de Alemania, la ley no proporciona elementos adicionales que justifiquen un injusto autónomo del «autolavado».

No hay que olvidar un problema adicional propio de legislaciones penales como la peruana. En nuestro medio, el tipo de «lavado de activos» ha ganado tal relevancia que su utilización no puede concebirse ya como secundaria. Los tipos correspondientes suelen tener una penalidad mucho más alta que los hechos delictivos precedentes, más aún

cuando se admite ampliamente (como sucede en la práctica cuando se ven involucrados empresarios, políticos y funcionarios públicos) su comisión en el marco de organizaciones criminales. Esta mayor relevancia del *post-factum* punible como blanqueo de capitales constituye una desproporción inaceptable (más visible en los tipos de lavado de Latinoamérica) a la cual el propio legislador debería poner fin⁹⁵.

Por eso no resulta descabellado, por lo menos para el caso peruano y mientras no se reestructure la ley de manera racional y acorde con un estado de derecho, *renunciar a la punibilidad del autolavado* y concentrarse, más bien, en perseguir el aprovechamiento posterior de los bienes sucios que constituyeren por sí mismos un delito diferente (como pp. ej. falsedad documental, etc.) y dejar, por lo demás, que otras ramas del derecho den solución al problema⁹⁶ (p. ej. aplicar las amplias reglas sobre decomiso de los bienes, la legislación tributaria, civil, etc.), con lo cual el tipo penal de «blanqueo» tendría un papel más bien «secundario» para ser aplicado tan solo cuando no hubiera sido posible el decomiso⁹⁷.

IV. En especial: blanqueo, autoblanqueo y defraudación tributaria

El blanqueo y el autoblanqueo son especialmente discutibles en los delitos tributarios. Debe aclararse, sin embargo, que esta dificultad o imposibilidad no alcanza a todos los delitos tributarios sino solamente a los ilícitos tributarios que por sí mismos no consistan en la generación de ganancias (p. ej. las omisiones formales) que puedan ser lavadas. En otros casos es indiscutible la generación de estas ganancias como en la obtención fraudulenta de devoluciones, beneficios, exoneraciones, etc. porque en todos ellos se produce un desplazamiento patrimonial o alguna ventaja valuable económicamente en favor del defraudador y que

⁹⁵ Resaltan esta inversión de papeles entre la penalidad del delito previo y el blanqueo que «adopta un protagonismo artificial, resultando más relevante que el propio delito que le dio origen», D'ÁVILA/MERLINI GIULIANI, p. 254.

⁹⁶ Así concluye para España, VIDALES RODRÍGUEZ, «Blanqueo, ¿qué es el blanqueo? (estudio del artículo 301.1 del Código penal español tras la reforma de la L. O. 5/2010)», *Revista General de Derecho Penal* 18 (2012), Iustel, España, pp. 1 ss. 19. Asumí yo también esta solución anteriormente en «El delito de lavado de activos», pp. 179.

⁹⁷ Pone especial atención al «decomiso», sobre todo al «decomiso sin condena», DEL CARPIO DELGADO, «¿Cuándo se incurre en...?», p. 128; también VIDALES RODRÍGUEZ, «El autoblanqueo...», pp. 319 s., 326.

puede ser considerada como bien maculado⁹⁸. Pero en la defraudación tributaria –supuesto que nos interesa ahora– precisamente es discutible que el monto del tributo no pagado constituya una «ganancia» o «ingreso» capaz de ser lavado.

Gran parte de la doctrina estima imposible que, por su naturaleza, la defraudación tributaria pueda ser un «ilícito previo» de blanqueo de capitales, pese a la referencia expresa que hace el tipo penal correspondiente (aunque de manera general a todos los delitos tributarios como ocurre en Perú y Alemania) o a que no ha habido una exclusión expresa de la referencia general a ilícitos previos (como en España). El principal escollo consiste en que la defraudación tributaria, por su naturaleza, *no genera, no da origen* a «ganancias ilícitas» sino permite «ahorros» del pago de tributos. O sea, la «cuota defraudada» no puede ser considerada como «bien maculado» en el sentido del delito de blanqueo. En suma, ya por un asunto de «legalidad» no sería posible «lavado de activos» por no existir un *bien maculado previo* al cual vaya dirigida la acción. Si el tipo de lavado no está construido de manera tal que también permita la acción típica (ocultar, convertir, trasladar) sobre bienes que han implicado un «ahorro», no puede haber punibilidad⁹⁹.

Ahora bien, teóricamente es posible que la ley prevea expresamente la punibilidad de estos casos. Esto ha ocurrido en Alemania, donde la reforma de 2002 precisó aún más la modalidad de lavado de dinero sobre bienes procedentes de delitos tributarios (introducida con la reforma de 1998) al ampliar el concepto a los «gastos ahorrados, devoluciones y reembolsos tributarios conseguidos ilegalmente»¹⁰⁰. Aún así, un buen sector de la doctrina alemana considera que, por su propia naturaleza, no sería posible el «lavado» de «cuotas tributarias» defraudadas¹⁰¹: el origen de la cuota defraudada es la ley y no el fraude

⁹⁸ En esto hay amplia coincidencia. Cfr. entre otros, DEL ROSAL BLASCO, *op. cit.*, p. 191. En Alemania, PFLAUM, *op. cit.*, p. 1513, n. marg. 107 al final; TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 389, n. marg. 946; HERZOG *op. cit.*, p. 1943, n. marg. 91.

⁹⁹ Así FERRÉ OLIVÉ, en *Contabilidad y Tributación*. CEF, 2014, pp. 41 ss., 48. En el mismo sentido, Fermín MORALES PRATS, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al Código penal español*, tomo II, 7.ª edición, Cizur Menor, 2016, pp. 607 ss., 609 al final (defraudación tributaria como «deuda»; no como «fruto del delito»). DEMETRIO CRESPO, «Sobre el fraude fiscal...», pp. 12 s. Asumiendo esta tesis para Perú ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 230 ss., esp. 233 ss.

¹⁰⁰ Sobre esta reforma, cfr. ABANTO VÁSQUEZ, «La evolución...», *op. cit.*, pp. 43 ss., 48.

¹⁰¹ Entre otros, SAMSON, Eric, «Geldwäsche nach Steuerhinterziehung? Gedanken zur Halbwertzeit von Strafgesetzen», *Festschrift für Günter Kohlmann*, Colonia, 2003, pp. 263-278, 269 ss. Haciendo una comparación entre el derecho norteamericano y el alemán que presentan aquí los mismos problemas, BEHRENDT, Philipp, «Tax evasion as the predicate offence of money launde-

tributario (la cuota que se debe pagar sigue existiendo incluso si se hubiera hecho correctamente la declaración pero no se hubiera pagado por falta de recursos, en cuyo caso, tampoco se podría hablar de «ahorros» o «sumas retenidas»), no hay un origen determinado del supuesto bien maculado en relación con el no pago de tributos (el patrimonio sobre el cual no se hizo la declaración ya existía antes de la acción u omisión que constituyen el delito fiscal), y es imposible determinar que parte del patrimonio poseído por el evasor fiscal corresponde a bienes maculados. Los «gastos ahorrados», si bien se puede decir que incrementan (en el sentido de no disminuirlo) el patrimonio del defraudador tributario no es posible concretarlos de tal manera que puedan ser atribuidas a una conducta de lavado, ni siquiera a través de la teoría de la contaminación¹⁰². Aisladamente es posible concretar la existencia de actos de lavado con gastos ahorrados provenientes de un fraude tributario solamente en casos extremadamente raros en los cuales no sea necesaria tal concreción: cuando fuera objeto de la acción de lavado todo el patrimonio o una parte concreta de él, o una que supera los ingresos legales, hubiera sido probadamente utilizada para realizar el gasto¹⁰³. En contra de la punibilidad de esta modalidad de lavado, pese al tenor legal, también se alegan razones político-criminales como el carácter de delito «construido» del fraude fiscal, la existencia de la regularización, la tolerancia a paraísos fiscales, y el problema dogmático-penal de *ne bis in idem* (especialmente grave cuando se trata del autolavado)¹⁰⁴.

Por eso parece haber consenso en la doctrina en cuanto a que, cuando se trata de delitos tributarios, el tipo de «lavado de dinero» debería restringir su aplicación a conductas de obtención fraudulenta de beneficios y devoluciones tributarias¹⁰⁵. Por lo demás, debido a la

ring under German and US law», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS) 4/2020, pp. 196 ss., 205 s.

¹⁰² C. múltiples refs., ALTENHAIN, *op. cit.*, § 261, n. marg. 83, pp. 553 s.; HECKER, manifestando reservas de carácter constitucional contra la modalidad, *op. cit.*, § 261, n. marg., 12, pp. 2569 s.

¹⁰³ ALTENHAIN, *op. cit.*, § 261, n. marg. 83, p. 553.

¹⁰⁴ Sobre la discusión en Alemania HECKER, *op. cit.*, § 261, n. marg. 12, pp. 2569 s.; HERZOG, *op. cit.*, pp. 1942 s., n. marg. 91; ALTENHEIN, *op. cit.*, pp. 553 y s., n. marg. 83

¹⁰⁵ Así expresamente PFLAUM en WABNITZ/JANOVSKY/SCHMITT, p. 1513, n. marg. 107. No obstante, para TIEDEMANN, la situación sería solo parcialmente «insegura» (es seguro el carácter maculado de las ganancias obtenidas subrepticamente con devoluciones de IVA, devoluciones de créditos fiscales, etc.) porque el problema de los gastos ahorrados mediante fraude tributario solamente radicaría en encontrar la parte «infectada» o «contaminada» del patrimonio del contribuyente, lo cual podría admitirse recién a partir de una magnitud tan elevada de contaminación que no deje dudas sobre la proveniencia del origen ilícito; c. más refs. *op. cit.*, p. 389, n. marg. 946

«neutralidad valorativa de la tributación», es imaginable un «autolavado» en relación con falta de declaración de ingresos de fuente ilícita (p. ej. extorsiones, receptación, tráfico de drogas, etc.), como ya se vio arriba (I.3)¹⁰⁶.

En la jurisprudencia ha habido, sin embargo, intentos de considerar al fraude fiscal como hecho previo de lavado de dinero en el sentido de «gastos ahorrados». Pero esto habría llevado a la inmovilidad de todo el patrimonio del defraudador fiscal pues cualquier movimiento podría ser considerado como acto de lavado¹⁰⁷. Por eso, podría considerarse que recién tendría carácter «maculado» la cuota correspondiente de aquel patrimonio que hubiera sido movida del patrimonio total para ser ocultada p. ej. en una *offshore*¹⁰⁸. Esto implicaría que, en caso de que no hubiera habido ningún movimiento de «ocultamiento» del patrimonio legal, sino tan solo conductas «neutrales» (comprar una casa, acciones, pagar distintos gastos, etc.) tampoco podría haber ningún delito de lavado de activos.

En España para cumplir con los compromisos internacionales, se ha querido hacer una diferenciación: en algunos casos el delito tributario consumiría al blanqueo pero en otros sería posible el concurso real¹⁰⁹. Esta última solución tendría además la ventaja de permitir la no punibilidad del «lavado de activos» en caso de «regularización tributaria» pese a que la ley solamente permite la aplicación de esta disposición para los delitos contables y otras falsedades (como en España y Perú)¹¹⁰. La jurisprudencia hispana (p. ej. ya desde el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 y en la sentencia núm. 974/2012 de 5 de diciembre de la Segunda Sala del Tribunal Supremo español, pese al voto discordante del magistrado Antonio del Moral)¹¹¹ ha venido aceptando la posibilidad de que una defraudación tributaria constituya delito fuente con el argumento del «patrimonio afecto a un fin», según el cual la retención de la cuota tributaria impli-

¹⁰⁶ Cfr. PFLAUM, *op. cit.*, p. 1512, n. marg. 105.

¹⁰⁷ Haciendo el mismo reproche a la jurisprudencia norteamericana (que se remite a «montos retenidos» y, ante la falta del delito «fraude fiscal» en la lista de delitos previos de su propia ley, recurre al truco de considerar estos delitos como «fraude a través de correos y medios informáticos» que sí está en la lista), cfr. BEHRENDT, pp. 206, col. izquierda.

¹⁰⁸ Propuesta de BEHRENDT, p. 209, col. izquierda.

¹⁰⁹ Así MARTÍNEZ-BUJÁN, *op. cit.*, pp. 349 ss.

¹¹⁰ Así MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 610 s.

¹¹¹ Tanto dicho Acuerdo Plenario como la sentencia han sido muy discutidas en la doctrina hispana. El primero suele ser invocado como un hito a partir del cual cambió la tesis anterior que consideraba al «autoblanqueo» como acto copenado del delito previo; cfr. DEMETRIO CRESPO, «Sobre el fraude fiscal...», pp. 3 s.

caría una ganancia porque está destinada a no permanecer en el patrimonio del deudor¹¹². Últimamente parece estar imponiéndose la solución pragmática del caso «Urralburu»¹¹³ (ver en I.3), aunque se siga defendiendo aisladamente la tesis de la imposibilidad de que la defraudación tributaria pueda constituir hecho previo de un blanqueo sea porque no origina bienes maculados, sea porque está en un «concurso aparente de normas» en el cual, según la reglas hispanas, el delito más complejo (el fraude tributario) absorberá al blanqueo, o este último como «delito de perpetuación» no constituye una lesión propia sino mantiene la que ha producido el delito fiscal¹¹⁴. Es decir, se admite que podría haber casos en los cuales existan diferentes atentados porque los delitos atacan diferentes bienes jurídicos. Por eso, para la solución del concurso aparente exigen el cumplimiento de tres requisitos¹¹⁵: a) procedencia directa del bien maculado del delito fiscal; b) que el delito fiscal merezca condena e incluya el patrimonio ilícito; c) que la condena sancione una multa que abarque la cuota defraudada o su devolución como responsabilidad civil.

Ahora bien, si ya el simple «blanqueo» es aquí discutible, más problemático aún será admitir «autoblanqueo» en los delitos tributarios¹¹⁶. Además, si –como ocurre en Alemania– se debe buscar un injusto propio al «autolavado» para evitar el *ne bis in idem*, esto no podrá encontrarse en el mero hecho de disfrutar o convertir los bienes propios con

¹¹² La contracrítica recurre a dos argumentos: el «origen» de los bienes del deudor tributario puede tener distintas actividades y no la defraudación tributaria; y si se habla de «ahorro» o «evitación de gastos», se presupone que los bienes han estado previamente en el patrimonio del sujeto. Ver las refs. doctrinarias en DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pp. 12 s.

¹¹³ Entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN, *op. cit.*, p. 638. Patricia FARALDO postula una amplia admisión del blanqueo y autoblanqueo más allá incluso de la jurisprudencia en sentido restrictivo, 47 ss., pp. 71 s. La única limitación que admite la Corte Suprema solamente estaría en la posibilidad de «identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria»; cfr. la jurisprudencia correspondiente en ABEL SOUTO, *op. cit.*, p. 94. Ver también la exposición de las diferentes posiciones en cuanto a la relación concursal entre delito fiscal y blanqueo, c. más refs. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pp. 11 ss.

¹¹⁴ DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, p. 14; QUINTERO OLIVARES, «La lucha contra la corrupción...», pp. 255; ídem, en general sobre el autoblanqueo, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 514 s.; MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 608 ss.

¹¹⁵ La jurisprudencia pone límites al «autoblanqueo» en general, en relación con otros delitos fuente, pero la doctrina extiende estos requisitos también al delito fiscal; cfr. al respecto, sobre la tesis de E. Bacigalupo, DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pp. 16 s. Esta jurisprudencia se remonta ya a la STS 20/2001, de 28 de marzo de 2001 había establecido estos requisitos; cfr. al respecto DEL CARPIO DELGADO, *op. cit.*, pp. 127.

¹¹⁶ FERRÉ OLIVÉ señala que ante el texto legal expreso que lo admite, el «autoblanqueo» sería ahora claramente típico, salvo en el caso de los delitos tributarios donde además de faltar el elemento «intención» (exigido interpretativamente), su admisión afectaría al *ne bis in idem*; *Tratado, op. cit.*, c. más refs. pp. 51.

los cuales no se ha pagado (o se ha pagado menos) impuestos. Pese a las presiones de «corriente internacional» a la que se ha sumado la jurisprudencia de casi todos los países y parte de la doctrina hispana (y casi toda la peruana), no se puede reconocer la posibilidad de un autolavado o autoblanqueo sin atentar al mismo tiempo contra el *ne bis in idem* cuando se sanciona adicionalmente un hecho postdelictivo copenado que debería quedar consumado por el delito previo¹¹⁷.

Es cierto que podría haber persecución del blanqueo y autoblanqueo cuando se tratare de defraudaciones tributarias relacionadas solamente con ingresos ilícitos. Así, Quintero Olivares hace la distinción entre «dinero maculado» y «dinero negro»¹¹⁸; el dinero maculado o «sucio» es el que procede de la comisión de delitos mientras que el «negro» no lo hace sino tan solo no ha sido declarado tributariamente. Luego, este dinero negro no debe equipararse al «maculado» y servir de base para una persecución penal por lavado o blanqueo porque de ese modo «... se produce una desviación de la función de esas normas, concebidas para perseguir ganancias procedentes de delitos, no de un trabajo no delictivo que, simplemente no ha tributado¹¹⁹». Pero aquí, en realidad, la «defraudación tributaria» solamente sería la «coartada» para la persecución penal porque el carácter maculado proviene ya del delito previo que ha posibilitado el ingreso ilícito con bienes maculados.

Un último aspecto que se debe considerar en este contexto es el relacionado con la peculiaridad del Derecho penal tributario que prevé la figura de la *regularización tributaria*. Dado que esta figura permite dejar sin pena a aquel deudor tributario que regularizare su deuda más intereses y recargos en un plazo posterior al delito, se plantea la cuestión de cómo afectaría esto a la persecución penal por blanqueo. La doctrina considera que esta figura tiene carácter excepcional y está motivada en una decisión de política fiscal que tan solo afecta a la persecución penal del delito fiscal (dejando intacto el injusto punible ya cometido); o sea, se trataría de una causa personal de levantamiento de pena que dejaría intacta la posibilidad de persecución penal o administrativa por otros ilícitos administrativos o penales¹²⁰. Esto llevaría, sin embargo, a que la regularización no afecte la persecución por el ya consumado delito de blanqueo. Sin embargo, esto sería contraproducente por razones de po-

¹¹⁷ DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁸ QUINTERO OLIVARES, «La lucha contra la corrupción...», p. 247.

¹¹⁹ QUINTERO OLIVARES, «La lucha contra la corrupción y la pancriminalización...», p. 247.

¹²⁰ Así para el derecho alemán, CORDES en Momsen/Grützner, p. 1878, n. marg. 200; PFLAUM, *op. cit.*, p. 1513, n. marg. 108 ss.

lítica-criminal y fiscal (hacer practicable la regularización tributaria). Se ha visto en esto un argumento adicional para negar la posibilidad de blanqueo o aut blanqueo con bienes provenientes de defraudaciones tributarias¹²¹.

V. La solución: ¿un sistema único, mejor estructurado, de protección de la administración de justicia?

La actual legislación antilavado ya no tiene nada que ver con la política criminal que inspirara las primeras leyes: aprovechar el «problema logístico» de la criminalidad organizada de tráfico de drogas que utilizaba el sistema financiero y bancario para poder aprovechar las ganancias del delito. Ahora se tiende a ver como «lavado», de la manera más amplia posible cualquier adquisición, posesión y utilización de bienes obtenidos mediante un delito¹²². Por eso se habla ahora de un «nuevo modelo» de persecución del blanqueo o lavado¹²³ que en su afán por luchar contra el crimen organizado que supuestamente amenazaría con infiltrar todo el sistema económico de los países, por un lado ha abierto tanto el tipo penal (de manera «omnicomprensiva» como señala la sentencia peruana arriba citada) que cualquier conducta inocua podría encajar dentro del tipo penal¹²⁴ y por otro lado, busca con normas extrapenales decomisar las ganancias obtenidas por cualquier delito previo (incluyendo, como en España, delitos imprudentes). Ciertamente es que tal finalidad legal ya se había argumentado desde los inicios de los esfuerzos internacionales. Las advertencias sobre cuán obsoletos se habrían vuelto los tipos tradicionales de encubrimiento y receptación para contener los modernos métodos de la criminalidad organizada que

¹²¹ En este sentido, MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 610 s.; también DEMETRIO CRESPO, para quien una deuda tributaria regularizada no puede dar lugar a blanqueo por inexistencia de base para su persecución, *op. cit.* pp. 8.

¹²² Criticando los últimos desarrollos nacionales e internacionales, BÜLTE, Jens, «Zu den Gefahren der Geldwäschekämpfung für Unternehmen, die Rechtsstaatlichkeit und die Effektivität der Strafverfolgung», *NZWiSt* 2017, pp. 276 ss., 278.

¹²³ Así titula también FERNÁNDEZ TERUELO su trabajo, refiriéndose a los radicales cambios introducidos en la normativa penal y extrapenal hispanas a partir del 2010, «El nuevo modelo de reacción penal...», pp. 243 ss.

¹²⁴ Que esta amenaza para la libertad de los ciudadanos y, en última instancia para el estado de derecho, es real lo ejemplifica WINTER ETCHEBERRY con el ejemplo jurisprudencial chileno de su trabajo (novia del narcotraficante que guarda dinero en el entretecho de su casa); p. 95. MANSO PORTO cita jurisprudencia hispana (STS 408/2015) que descarta estas y otras conductas inocuas, pero llega a ese resultado recién a través de una interpretación restrictiva de la ley (incluso apelando al recurso de una reducción teleológica); cfr. «El blanqueo de capitales...», pp. 241 s.

se infiltra en el sistema económico y financiero de los países provinieron en parte de la escuela manchega del ilustre homenajeadó ¹²⁵.

Ahora bien, podría discutirse interminablemente el si es tan cierta la amenaza del blanqueo de capitales para el sistema económico. No debe olvidarse que la figura no es nueva sino data ya de las primeras décadas del siglo xx ¹²⁶. Y si se hace un balance de lo alcanzado hasta ahora con la estrategia internacional de lucha antilavado, esta, según parámetros generales, solamente puede ser tildada como un fracaso total. Por un lado se tiene una enorme aplicación de recursos internacionales (reuniones periódicas, congresos, elaboración de documentos, etc.), sobrecostos a nacionales privados (empresas, bancos, en general: «sujetos obligados»), gasto de recursos públicos (implementación de órganos nacionales competentes); por otro lado un grave recorte de libertades individuales por la gran y creciente cantidad de «alertas» que tan solo han llevado a una mínima cantidad de condenas, impuestas por lo demás sólo contra «peces chicos» ¹²⁷. Es comprensible, entonces, la observación en el sentido de que se habrían obtenido mejores resultados si tales recursos hubieran sido utilizados para investigar directamente los delitos previos ¹²⁸.

Pero si realmente se demostrara, con estudios serios y seguros, que existe una criminalidad organizada internacional, la cual mediante actos de blanqueo causa un creciente daño social ¹²⁹, pese a lo cual su lucha con los medios actuales hasta ahora no muestra resultados positivos, la explicación probablemente radicará en la errada trasposición de la estrategia internacional (la finalidad) a las leyes penales nacionales. Y es que los tipos penales nacionales, al no haber sido formulados de manera adecuada, han sido ineficaces e incluso, por tender a violentar principios de Estado de derecho, han generado resistencias de parte de la comunidad jurídica nacional.

¹²⁵ Anotaba esto y debido a ello defendía la tesis del «blanqueo» como delito económico, GÓMEZ INIESTA. Por esta razón también propugnaba consecuentemente que el tipo de blanqueo fuera aplicable a bienes maculados de cualquier proveniencia delictiva (y no solamente del tráfico ilícito de drogas), cfr., *El delito de blanqueo de dinero o bienes*, pp. 33 ss.

¹²⁶ Al respecto MICHALKE expone el caso Al Capone y el desenlace de las investigaciones «gracias» a la condena por defraudación tributaria; pp. 449 s.

¹²⁷ Cfr. con datos hasta el 2017, MICHALKE, pp. 456 ss.

¹²⁸ Cfr. MICHALKE, pp. 459; también BÜLTE recomienda concentrar los esfuerzos en luchar contra la criminalidad organizada, *op. cit.*, p. 288.

¹²⁹ Este aspecto también es altamente discutible pues las «estimaciones» de los organismos internacionales no están basadas en investigaciones serias y suelen abarcar la dañiosidad de los ilícitos previos; cfr. MICHALKE, pp. 455 s. También ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 70 ss.

En mi opinión, aquí es donde existe también una distinta percepción por parte de la doctrina que discute actualmente sobre el «autoblanqueo» y el concurso con diversos delitos (especialmente el fraude tributario): para unos ya la ley vigente sería suficiente (o por lo menos subsanable) para abarcar los casos realmente merecedores de pena; para otros, los tipos de blanqueo no están bien formulados y exigen por ello una regulación más precisa sin negar que existan posibilidades (muy específicas) de autoblanqueo. Esta última posición me parece la correcta.

Ya Otto había observado de manera temprana que el error inicial habría radicado en la técnica legislativa: en vez de centrarse en el «principio de la proveniencia» (conocimiento sobre el origen maculado de los bienes), se tendría que haber concretado los casos de «apoyo posterior a la organización criminal»¹³⁰. Luego, si se llegara al sistema único de represión penal de «ayudas posdelictuales» como grupo de delitos contra la administración de justicia, el «autoblanqueo» podría ser tipificado de manera excepcional y bajo presupuestos muy estrictos¹³¹. Esa parece ser también la tendencia actual de la jurisprudencia que busca, a partir de un tenor legal extremadamente complicado, penar por autoblanqueo en algunos casos aislados (ver en II. 2).

Por cierto que dentro de este sistema, en el caso concreto de la defraudación tributaria, tampoco parece necesario recurrir al tipo de blanqueo si se dispusiera de tipos que penaran, por sí mismos, los actos fraudulentos utilizados para evitar la detección de ingresos no declarados (p. ej. el esconder valores patrimoniales en paraísos fiscales a través de cuentas cifradas, la creación de empresas fantasma, la realización de operaciones ficticias, etc.) o el empleo de estos bienes en la comisión de otros injustos punibles como la competencia desleal a través de precios predatorios. Más allá de esto, no se ve cómo justificar la punibilidad del mero hecho de disfrutar de gastos ahorrados por no pagar impuestos mientras se tengan distintas posibilidades que brinda el derecho extrapenal (tributario, societario, civil) con distintas medidas que pueden impedir este disfrute ilícito.

¹³⁰ OTTO, «Geldwäsche, § 261 StGB», en *Jura* 1993, pp. 329 ss., 332, al final.

¹³¹ Anteriormente sobre esta posibilidad tanto *de lege lata* para la ley penal peruana como sugiriendo también una reestructuración de todo el sistema penal en este aspecto, ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activos*, pp. 229 s., 261 s.

POLÍTICA CRIMINAL Y SEXO: A VUELTAS CON LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN (CONSENTIDA)¹

FCO. JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA
Catedrático de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid

ARTURO VENTURA PÜSCHEL
Profesor Colaborador. Universidad Complutense de Madrid

I. La prostitución durante el franquismo. Primera etapa (1939-1956)

No hay figuras delictivas en el Código Penal que no tensen intereses de uno u otro grupo de ciudadanos, incluso de instancias internacionales de diversa índole (económica, financiera, política, cultural, religiosa, etc.) que se creen –y algunos verdaderamente lo tienen– con el derecho a intervenir en la política criminal interna. En el caso de los delitos recogidos en el Título VIII del CP («Libertad e indemnidad sexuales») las tensiones, procedentes de muy diversos círculos, siempre han estado presentes, pero se han exacerbado en los últimos tiempos como consecuencia de una intervención más intensa de nuevos actores que, por diversos motivos, no habían podido estar presentes en la polémica.

Históricamente hablando, es indudable que no puede ser puesta en discusión la decisiva influencia que en la Política Criminal sexual, incluida la española, ha tenido la moral de la iglesia católica. Se trata, además, de un ascendiente que continúa mostrando actualmente su fuerza, aunque, ciertamente, de forma más matizada. Hablamos, en todo caso, de una influencia que, a nuestro entender, en España alcanzó su grado máximo durante el Nacional-catolicismo, en pleno franquismo, debido al papel que desarrolló la Iglesia Católica como estrecha colaboradora ideológica de la Dictadura que finalizó en el

¹ Escrito elaborado con destino al homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero.

otoño de 1975². Se trató de un influjo perturbador, moralizante, obsesivo con el sexo, presidido por la idea del pecado, y contrario a reconocer a la mujer un papel principal en la sociedad –eclesiástica o no– por tenerla conceptualizada como un ser esencialmente impuro y débil moralmente. Una religión, pues, que se muestra excluyente con las mujeres, pero sobre las cuales ostenta pretensiones imperiales (y así se sigue mostrando).

El anterior planteamiento ha tenido reflejo en todos los delitos del citado Título VIII del CP, pero su papel ha sido especialmente destacado en la regulación de la prostitución y conductas asociadas. En efecto, la prostitución estuvo reglamentada desde el final de la guerra civil³ hasta 1956; el burdel era, en realidad, el garante de la reclamada virginidad femenina hasta la noche de bodas y guardián de las costumbres cristianas en el seno del matrimonio, lugar en el que los jóvenes varones se iniciaban en el sexo y, también, dónde algunos falangistas satisfacían su lujuria, en ocasiones sádica. Así y todo, la vida de los burdeles⁴ transcurría relativamente plácida y sana, las prostitutas estaban censadas y gozaban de sus cartillas sanitarias, se encontraban protegidas en las casas de tolerancia –por más que molestadas, de vez en cuando, por los gestores de los «establecimientos penitenciarios espe-

² Un amplio e interesante desarrollo de esa colaboración se analiza en MORCILLO GÓMEZ, A., *En cuerpo y alma. Ser mujer en tiempos de Franco*, Siglo XXI España, Madrid, 2015.

³ Sobre la prostitución durante la propia contienda civil, véase el interesante «Marte y Venus: Las prostitutas de la guerra civil» publicado por Martínez Hoyos, F. en la versión digital de la revista *Negratinta. Periodismo y narrativa* (<https://negratinta.com/marte-y-venus-las-prostitutas-de-la-guerra-civil-espanola/>). Del mismo autor, el complemento de la entrada, en su blog, «Guerra civil y prostitución» (<https://fmartinezhoyos.blogspot.com/2011/05/guerra-civil-y-prostitucion.html>). Y un breve repaso histórico hasta la guerra civil española, específicamente enfocado a la actividad de la prostitución en la ciudad de Sevilla, en el reportaje «Prostitución: las lecciones del pasado», publicado por MORENO MENGÍBAR, A., el 23 de septiembre de 2016, en *La Muy Digital* (<https://lamuy.es/prostitucion-las-lecciones-del-pasado/>). También puede consultarse, incluidas sus referencias, la destacable entrada de Wikipedia sobre «Prostitución en la guerra civil española» (https://es.wikipedia.org/wiki/Prostituci%C3%B3n_en_la_guerra_civil_espa%C3%B1ola).

⁴ En realidad, justo es decirlo, se volvió al modelo reglamentado instaurado en España a mediados del siglo XIX, básicamente asentado, junto a las morales, en preocupaciones de índole sanitario. Concretamente, a través del *Reglamento para la represión de los excesos de la prostitución en Madrid*, publicado en 1847, que, como informa GUEREÑA, J. L., «Los orígenes de la reglamentación de la prostitución en la España contemporánea. De la propuesta de Cabarrús (1792) al Reglamento de Madrid (1847)», en *Dynamis: Acta hispanica ad medicinae scientiarumque historiam illustrandam*, núm. 15, 1995, pp. 401-441 [<https://ddd.uab.cat/pub/dynamis/02119536v15/02119536v15p401.pdf>], normaba sobre la gestión y funcionamiento de las llamadas «mancebías» o «Casas de Tolerancia», a cargo del cuerpo funcional de los Médicos higienistas. Para un repaso histórico previo, *vid.*, del mismo autor, «La policía sanitaria de las mujeres públicas (Zaragoza, 1845). Los orígenes del reglamentarismo en la España contemporánea», en *Rev. Zurita*, 74, pp. 7-25 [<https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/23/04/1guerena.pdf>].

ciales», los del «Patronato de Protección a la Mujer»⁵ o las monjas «Adoratrices» de Santa María Micaela⁶– y las calles no servían de escenario habitual de la prostitución. Las mujeres «decentes», así, podían transitar tranquilas.

II. Segunda etapa: la abolición de los Centros de Tolerancia (1956-1975)

Pero este escenario casi idílico vino a romperse en 1955. Es entonces cuando en las revistas falangistas y de la Iglesia Católica se inició una campaña en contra de las prostitutas y de la prostitución. En la referida cruzada cobraron especial protagonismo los jesuitas y «Acción Católica». Entre los primeros merece una especial mención el «Padre Llanos» (quien llegó a dirigir ejercicios espirituales al Dictador, y organizó a grupos de jóvenes –los «luises»– dedicados a intimidar a las parejas en los parques y jardines de las ciudades), quien en el Diario «¡Arriba!» publicó al respecto unas «inolvidables» «cartas cristianas»⁷. En el mismo sentido se manifestaron otras publicaciones como «Ecclesia»,

⁵ El referido Patronato se creó en 1902 y, tras su disolución en 1935, resurgió reorganizado de la mano de Dña. Carmen Polo, en 1941 (cit. en nota anterior, <https://lamuy.es/prostitucion-las-lecturas-del-pasado/>). Referencias al mismo se pueden encontrar en GUEREÑA, J. L., «La prostitución en la España contemporánea», M. Pons Historia, Madrid, 2003, pp. 423 ss. Circunscrito a ese período (1939-1956); *vid.* también, ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, C., «El Patronato de Protección a la Mujer: la construcción de la moralidad pública en España» (<https://historiazg2017.files.wordpress.com/2017/05/m-4-alvarez-carlos.pdf>). Y, focalizado en Murcia de GUILLÉN LORENTE, Carmen «Entre la legalidad y el castigo: Patronato de protección a la mujer y prostitución en la Murcia del primer franquismo (1939-1956)», en Ferrer González, C./Sans Molas, J. (coords.) *Fronteras contemporáneas: Identidades, pueblos, mujeres y poder* (Actas del V Encuentro de Jóvenes Investigadores en Historia Contemporánea. Volumen 2), Barcelona, 2017, pp. 497 ss. (https://ddd.uab.cat/pub/l1ibres/2017/181041/Llibre_2._fronteras_contemporaneas.pdf). De la última autora citada, más ampliamente y, en general, sobre la prostitución durante el franquismo, véase su interesantísima tesis doctoral, defendida en el año 2018 en la Facultad de Letras de la Universidad de Murcia bajo el título «El patronato de protección a la mujer: moralidad, prostitución e intervención estatal durante el franquismo» [<https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/64539/6/TesisCarmenGuillen.pdf>].

⁶ *Congregación de Religiosas Adoratrices Esclavas del Santísimo Sacramento y de la Caridad* que, como ellas mismas reconocen en su actual página web (<http://www.adoratrices.es/>), se fundó en 1856 con «la misión de liberar a la mujer oprimida por la prostitución».

⁷ José María de Llanos Pastor, más conocido como el Padre Llanos (Madrid, 26 de abril de 1906 – Alcalá de Henares, 10 de febrero de 1992), fue un jesuita español, que, al margen de su pasado vinculado al franquismo, cobró fama en la España de la transición como el más conocido de los llamados «curas obreros». A su «teología» le dedicó una alabatoria Tribuna en el Diario El País, a su fallecimiento, otro famoso teólogo, éste seglar, ligado a la teología de la liberación (aunque asimismo vinculado a la Compañía de Jesús), Enrique Miret Magdalena, a su vez fallecido en el año 2009 (*vid.* *La teología del padre Llanos*, https://elpais.com/diario/1992/03/07/opinion/699922808_850215.html).

principal órgano de expresión de «Acción Católica»⁸, o «Incunable», vocera de la Universidad Pontificia de Salamanca⁹; asimismo todo tipo de instancias cristianas –desde el Instituto Católico de Estudios Sociales a las Facultades de Teología de la Iglesia– se unieron a la campaña contra las mujeres que mercadeaban pulcramente con su cuerpo en las casas de tolerancia y mancebía. Paralelamente a estas iniciativas hubo otras formalmente protagonizadas por la sociedad civil (aunque realmente «diocesanas») en las que se perseguían idénticos objetivos; fue el caso de la «Asociación Nacional Cruzada de la Decencia», constituida en 1954, que propugnaba «prevenir y combatir en todo el territorio nacional, por todos los medios lícitos, la inmoralidad pública y sus manifestaciones»¹⁰.

En poco tiempo la campaña abolicionista logró su objetivo, no podía ser de otra manera en un empeño del aliado fiel en la rebelión militar –y posterior carnicería– de 1936: el 3 de marzo de 1956 se dicta un Decreto Ley sobre «Abolición de Centros de Tolerancia y otras Medidas Relativas a la Prostitución»¹¹, en el que tras una exposición de motivos que rezaba:

«la incontestable ilicitud de la prostitución ante la teología moral y ante el mismo derecho natural ha de tener reflejo obligado en el ordenamiento positivo de una nación cristiana para la debida protección de la moral social y del respeto debido a la dignidad de la mujer»,

se declaraba:

«Artículo primero. Velando por la dignidad de la mujer, y en interés de la moral social, se declara tráfico ilícito la prostitución.

Artículo segundo. Quedan prohibidas en todo el territorio nacional las mancebías y casas de tolerancia, cualesquiera que fuesen su denominación y los fines aparentemente lícitos a que declaren dedicarse para encubrir su verdadero objeto.»

⁸ La revista, que sigue perteneciendo a la Conferencia Episcopal Española, continúa publicándose, actualmente en formato digital (<https://www.revistaecclesia.com/>) y se identifica a sí misma como «pionera en la información eclesial desde el año 1941».

⁹ Sobre el papel de dicha revista puede consultarse SERRANO OCEJA, JF. «Algo más que la revista *Incunable*», en *Rev. XX Siglos*, vol. 11, núm. 44, 2000, pp. 106-108.

¹⁰ *Revista Ecclesia*, núm. XIV-2, 1954, pp. 153 s.

¹¹ https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1956-20029900300

A partir de ese momento las mujeres que se dedicaban honestamente a la prostitución en los burdeles fueron arrojadas a la calle, sin protección, desvalidas, en manos de chulos y de chantajistas privados y también con cargo oficial. El control sanitario desapareció y las enfermedades venéreas se extendieron, pero la moral cristiana triunfó sobre las putas, y además se consiguió una subida de precios para los nuevos intermediarios y un aprovechamiento inmobiliario nada despreciable.

Como consecuencia del triunfo de la virtud sobre el pecado, el Legislador, en la reforma del Código Penal de 1963, añadió toda una serie de tipos –del artículo 452 bis a) al bis g), del CP– en los que se castigaba la explotación de la prostitución, el rufianismo y la tercera locativa. Con este marco legal la Jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo se lanzó a realizar interpretaciones «finísimas» sobre el concepto de prostitución, sus elementos integrantes y sus clases, entre las que no se debe olvidar la llamada «prostitución viciosa» que no requería precio por el tráfico, sino meramente la multiplicidad de los contactos con muy diferentes sujetos (STS de 25 de junio de 1968); aunque el concepto que con más «autoridad» definió a las rameras desde el punto de vista jurisprudencial, fue aquél según el cual prostituta es *menina cuius turpitude vanalis et quae palam quaestum corporis suis facit* (STS de 28 de enero de 1976)¹².

Pero junto a la moral católica y, más recientemente, la moral feminista reaccionaria, otro referente ha servido de guía para la confección tradicional de los delitos sexuales: se trata de la consideración de la mujer como un ser supeditado al hombre, parte del hombre (su origen bíblico), y por ello alguien que debía con su comportamiento honrar al hombre. Así el ataque a la mujer y su deshonor significaba la del hombre; la mujer, pues, se conceptualizaba como parte del patrimonio masculino, que se realizaba en el matrimonio y que adquiría pleno valor, precisamente, como mercancía matrimonial, lo que exigía virginidad.

Esta perspectiva es la que explica las grandes categorías que, Legislación y Jurisprudencia, establecieron en el género «mujer»: las hones-

¹² Roj: STS 617/1976 – ECLI: ES: TS:1976:617. Sobre todo ello, puede consultarse la extensa Tesis doctoral de ACOSTA PATIÑO, R., dirigida por su maestro el Prof. Dr. D. José María Rodríguez Devesa, defendida en la Facultad de Derecho de la UCM en el mes de diciembre del año 1981, y publicada en el año 2015, como E-print, en el repositorio de la Biblioteca de la UCM, bajo el Título «Proxenetismo» en la Colección *Tesis doctorales 22/83* [<https://eprints.ucm.es/id/eprint/52776/1/5309860063.pdf>].

tas y las deshonestas¹³ (estas últimas no podían ser sujetos pasivos de la violación, lo que afectaba claramente a las prostitutas y, para alguna Jurisprudencia, también a las mujeres casadas; no es inoportuno en este punto recordar que, incluso en alguno de nuestros códigos históricos, la pena de la violación se disminuía expresa y sensiblemente si el sujeto pasivo era una prostituta –véanse los artículos 670, CP1822, y 600 CP 1928–); las que pertenecían al patrimonio del padre o al del marido (estas últimas no podían ser sujetos pasivos de violación por parte del marido, ya que a él pertenecían); las doncellas y las que no lo eran (únicamente aquéllas podían ser sujetos pasivos de la mayor parte de los delitos de estupro); las dementes y las cuerdas (solo éstas tenían derecho a la sexualidad); las dependientes del padre/marido y las que no (aquéllas podían ser muertas –hasta la reforma de 1963– por el progenitor/esposo si eran sorprendidas en adulterio o con un tercero, exponiéndose únicamente a una corta pena de destierro, artículo 428, CP1944), etc. Obviamente las prostitutas se llevaban la peor parte en cuanto a protección penal, pues no podían ser sujetos pasivos de violación, abusos, estupro, etc., pues no eran honestas, eran, en realidad, desde el punto de vista de la protección penal, *res nullius* o *res communes omnium*.

En realidad, todo el Derecho sexual ha estado construido, durante mucho tiempo, con referencia a la vagina (únicamente la penetración vaginal podía constituir violación, por lo tanto solo la mujer podía ser sujeto pasivo de los delitos sexuales con penetración), al destino matrimonial (por ello a la mujer violada o estuprada que ya no servía para tales destinos se le tenía que dotar económicamente, más allá de la responsabilidad civil genérica), a la sospecha hacia la integridad moral de la mujer (por eso se le exigía una defensa heroica frente a la violación, hasta el límite de la muerte –Santa María Goretti), a la inexistencia de la sexualidad como no fuera vehículo de procreación (prohibición de publicidad y venta de métodos anticonceptivos), a la fidelidad (consideración del adulterio y el amancebamiento como supuestos delictivos), etc., y todo ello sobre el modelo masculino de dominación. Y

¹³ Sobre el particular, también desde la óptica de la posguerra española y enfocado a las menores, *vid.* ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, C., «Jóvenes en “el lecho de Procusto”. Una aproximación a los ideales de género de posguerra», en ARENAL, 27:2; julio-diciembre 2020, pp. 331-354 (file:///C:/Users/aventura/Downloads/Dialnet-jovenesEnElLechoDeProcustoUnaAproximacionALosIdeales-7680166.pdf). En general, sobre la «involución» que el franquismo trajo para la sexualidad de la mujer, respecto de la II República, *vid.* GUILLÉN LORENTE, C., «La sexualidad femenina durante el franquismo: represión versus realidad», en Cuadrado Bolaños, J. (ed. lit.), *Las huellas del franquismo: pasado y presente*, Granada, 2019, pp. 817-831.

este último ha sido, ciertamente, el problema: la dominación masculina¹⁴. Las últimas mujeres libres fueron, en tiempos precapitalistas, quemadas en las hogueras de la Inquisición (la última, en España, la «Beata Dolores», ejemplo de mujer cruelmente abusada sexualmente por sus confesores a pesar de su temprana ceguera, y entregada por estos mismos a los dominicos), y de sus rescoldos nació el modelo buscado de mujer: sumisa, «femenina», esposa y «madre ideal» (Moreta del Pino). Mujer «decente»/mujer «libre»: bruja, prostituta o rebelde. Estos son los términos del debate¹⁵.

III. El (no) abordaje de la prostitución tras la Constitución de 1978

Solo tras la Constitución, las reformas del Código Penal de 1978 en materia sexual, las modificaciones al Código Civil de 1981 y, especialmente, la reforma del Código Penal de 1983, el Derecho penal sexual comenzó una democratización que, aparentemente, se consolida en 1988 –sustitución de los Delitos de escándalo público por los Delitos de exhibicionismo y provocación sexual– y culmina en 1989, al desaparecer de la rúbrica del Título la referencia a la «honestidad». Así, la «libertad sexual» es elevada a bien jurídico protegido en estos delitos –cuya titularidad se reconoce ya indistintamente a hombres y mujeres–, y se erradican del Código Penal los delitos de raptó, adulterio y corrupción de menores (estos últimos momentáneamente).

¹⁴ Un concepto que, transformado semánticamente en «patriarcado», constituye, según más adelante se reseña, el sostén actual de las posturas radicalmente abolicionistas de la prostitución de algunas corrientes feministas. Sea así o no sea, lo cierto es que el machismo, más o menos claro, a veces indirecto –micromachismos– se encuentra aun ampliamente presente en nuestros días, también en las sociedades democráticas y en múltiples entornos, incluidas las Facultades de Derecho de algunas Universidades públicas. Al respecto, y asociado a agresiones, abusos y/o acosos, resultan reveladoras las conclusiones contenidas en un reciente Estudio sobre las Resoluciones judiciales en materia de agresiones y abusos sexuales a mujeres» realizado por encargo de la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género, en el que se destacaba, al hilo del análisis de las «características profesionales y/o personales de los autores de delitos sexuales», como, junto a las profesiones de «policía» y de «médico», pero de manera estadísticamente destacada, figuraba la de «profesor». Aunque se trata de supuestos en los que la relación de superioridad, el prevalimiento, se muestran específicamente como vehículo comisivo, no deja de ser relevante la circunstancia de que en todos los casos analizados se trata de autores varones y de víctimas mujeres; y no solo de alumnas, sino también de colaboradoras académicas.

¹⁵ En lo atinente al período franquista, resulta reveladora la semblanza que, bajo la rúbrica de *Historia de la sexualidad* hace FAYANAS ESCUER, E. el 20 de noviembre de 2017 en el *Diario Digital Nuevatribuna.es*, sobre «La sexualidad en el franquismo», <https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/la-sexualidad-franquismo/20171120171754145484.html>.

Con todo, y respecto a la prostitución, la situación se mantuvo intacta (tanto en lo que se refiere a la Legislación como a la Jurisprudencia, y solo con pequeños maquillajes pseudodemocráticos que afectaron a la cuantía y calidad de algunas penas y a cambios inocuos de terminología), hasta la reforma del Código Penal de 1995. Pero mientras tanto la «moral sexual» había comenzado a cambiar de forma significativa. En efecto, la promulgación de la Constitución de 1978, la relativa pérdida de peso de la Iglesia Católica en los círculos del poder durante los gobiernos del Partido Socialista –desde 1982 a 1996–, la afortunada aparición de fuertes corrientes feministas organizadas, la tradición comunista de la izquierda española y el nuevo puritanismo importado de la UE, junto con otros influjos, han transformado considerablemente los términos del debate. Efectivamente, mientras los sectores conservadores –sobre los cuales sigue teniendo una gran influencia la Iglesia Católica– continúan anclados en las ideas aparentemente abolicionistas, los grupos feministas más combativos –con gran influencia en el actual Partido Socialista más por «miedo electoral» que por ideología– sostienen que el ejercicio de la prostitución lesiona gravísimamente la dignidad de la mujer aun cuando ese ejercicio sea absolutamente voluntario, y por lo tanto que no es admisible su reglamentación. A la construcción de esta idea se contribuyó desde el pensamiento comunista forjado durante los años sesenta y setenta, un pensamiento que estaba basado en la idea de que la prostitución no era otra cosa más que un caso de explotación capitalista (no debe olvidarse, en ese sentido, la línea tremendamente represiva de la prostitución vigente en la URSS y en la China comunista). De esta idea han sido portadores, también, antiguos elementos que combatieron en las filas de la Iglesia Católica en el logro del Decreto-Ley de 1956, pero que se «reconvirtieron» en comunistas y consiguieron, desde esas filas, un reconocido protagonismo «ético» (es el caso del ya aludido «Padre Llanos»). No debiendo olvidarse, en todo caso, que los orígenes en España de gran cantidad de organizaciones feministas están, precisamente, en los círculos comunistas (la primera gran plataforma feminista española se organizó,

como es sabido en 1965 –Movimiento Democrático de Mujeres¹⁶-, bajo los auspicios directos del Partido Comunista de España; el Partido Socialista solo se pudo ocupar de la mujer tras su «resurrección» en 1976).

Mientras tanto, la prostitución ha cobrado un gran protagonismo social. En efecto, las prostitutas se han organizado, los empresarios de la prostitución también lo han hecho, las filas de la prostitución se han engrosado con hombres –no solo en relaciones homosexuales– y en los medios de comunicación de todo tipo está continuamente presente la prostitución –como negocio o como denuncia social–¹⁷. Además, desde finales de los años 80 la trata de personas con destino a la prostitución forzada, que ha supuesto la llegada a España de decenas de miles de mujeres jóvenes, ha venido a alterar, en buena medida, los términos del debate¹⁸.

IV. Política criminal y prostitución: el Código Penal de 1995 (de la democracia) y sus constantes y sucesivas reformas

En este ambiente, el Código Penal de 1995 modifica profundamente los tipos dedicados a la prostitución, eliminando de las incriminaciones todo lo que se refiere al mero aprovechamiento de la prostitución,

¹⁶ Sobre la referida organización, su surgimiento en la clandestinidad y su evolución hacia postulados esencialmente feministas, puede consultarse ARRIERO RANZ, F., «El movimiento democrático de mujeres, del antifranquismo a la movilización vecinal y feminista: Ideología, identidad y conflictos de género», Tesis doctoral inédita leída en la Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Filosofía y Letras, Departamento de Historia Contemporánea el 20 de febrero de 2015 [accesible en la Biblioteca de la UAM; <https://repositorio.uam.es/handle/10486/666746>].

¹⁷ A ello se une el fenómeno de la «prostitución 2.0» (virtual, on line). La referencia «dos punto cero» (2.0) ha tornado en común para identificar y especificar el nivel de avance y desarrollo tecnológico de algunas actividades a través de la red. La prostitución 2.0 determina cambios profundos en las formas, vías, medios o lugares de prestación de los servicios sexuales, y comporta un espectro más amplio del pretecnológico, en el que el usuario de los servicios sexuales –cada vez más joven– tiene un papel activo porque la tecnología permite una gran interactividad entre los usuarios. El proxenetismo 2.0, igual que la prostitución 2.0, emplea el entramado de la web 2.0 para inducir a la mujer a la prostitución; o para contactar por medio de las redes sociales a usuarios, pornógrafos, intermediarios y demás agentes que intervienen en dicha actividad. Y, desde otro prisma, sirve de excusa o cobertura para la práctica de la censura por parte de alguno de los medios de conexión virtual más consolidados (*vid.* a propósito de la ya antigua polémica entre FEMEN y Facebook, <https://www.lamarea.com/2013/06/28/el-prostitulo-virtual/>).

¹⁸ Dejamos, en lo que a este trabajo respecta, intencionadamente al margen la propia prostitución «virtual» (por tanto, sin contacto físico) de servicios sexuales, que por lo demás y comúnmente no se suele englobar bajo la etiqueta de «prostitución 2.0» referida en nota anterior.

y sancionando exclusivamente los actos de prostitución referidos a menores de edad o incapaces o la prostitución forzada. Es decir, se abandona el radicalismo de la reforma de 1963, pero el Legislador no se atrevió a dar el paso de volver a la reglamentación de la prostitución anterior a 1956. Si la moral católica había llevado al Decreto Ley de 1956, la moral feminista/izquierdista impide en 1995 volver a una situación de reglamentación similar a la inmediatamente posterior a 1939.

A partir de 1995 la situación para las prostitutas no hace más que empeorar. En efecto, la llegada al poder de los conservadores devuelve todo el protagonismo a la moral abolicionista, y sus consecuencias no tardaron en notarse: se reintroduce, en la reforma del Código Penal producida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, el delito de rufianismo consentido. ¿Por qué? Solo una puede ser la respuesta: se considera inmoral vivir de una mujer que edifica su economía prostituyéndose, y, además, se quiere cerrar el paso a cualquier consideración que pudiera hacerse del ejercicio de la prostitución como un trabajo «normal». Pues bien, ahí, en la defensa de la moral, se halla el punto de encuentro de los reaccionarios y los pretendidamente progresistas. Ambos, en realidad reaccionarios por igual, nos imponen sus valores según los cuales las prostitutas –y esta es la consecuencia de la falta de reglamentación de la prostitución– son mujeres sin dignidad, personas que no puede sentarse a la mesa ciudadana, pero que sirven para la diversión y el desahogo. Es la nueva servidumbre, la servidumbre del siglo XXI.

Hoy en día, la gran justificación para llevar adelante una política radicalmente abolicionista de la prostitución¹⁹ radica en la afirmación,

¹⁹ Con la aparente excusa del estudio del modelo alemán, véase, por ejemplo, NUÑO GÓMEZ, L. «Implicaciones de la reglamentación del sistema prostitucional en la igualdad sexual: el caso alemán», en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, octubre 2018-marzo 2019, pp. 145-158 [<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/4345>], que parte de la consideración –que manifiesta fue unánime hasta la década de los años 80 y 90 del siglo XX– de la prostitución como «una forma específica de opresión a las mujeres» por parte del «patriarcado». Una sencilla búsqueda por la voz «patriarcado» en Dialnet, arroja un abrumador resultado global de 1.928 entradas. No deja de ser interesante la distinción que en la obra que se cita se hace entre «patriarcado por opresión» y «patriarcado por consentimiento». Y, respecto a los renovados impulsos de reglamentación de la actividad, literalmente: «Esta realidad contrasta con la demanda de reglamentar la prostitución como una forma de transgredir un supuesto orden; uno no muy distinto al que San Agustín pretendía preservar con su reconocimiento. Según parece, la legalización de una institución que se construye en el imaginario colectivo como «el oficio más antiguo» e interpretada como un «mal menor» por destacados teólogos y moralistas, se presenta como una suerte de innovación normativa vinculada a la libertad y a la revolución sexual de las mujeres. Una institución histórica patriarcal, en expansión gracias a la creciente racionalidad neoliberal que explota las desigualdades Norte-Sur, integrada en el ámbito de la Unión Europea mayoritariamente por mujeres migrantes, se presenta como una sugerente invitación a la transgresión. Las razones del lobby del mercado prostitucional, se pueden entender, aunque no compartir. Lo paradójico es que como tal sean aceptadas por aquellos discursos o posicionamientos

sin pruebas, de que la inmensa mayor parte de la prostitución es trata de personas; todo lo cual se afirma sin un solo, y serio, estudio previo que demuestre lo aseverado más allá de cualquier duda, mezclando, además, dos realidades distintas^{20 21}. En este sentido, Maqueda Abreu²² considera –en una apreciación muy acertada, entendemos– que esta identificación entre trata y prostitución tiene más que ver con una estrategia política de fomento de campañas de seguridad de fronteras y de sustento al abolicionismo –desde una alianza curiosa entre capitalismo y moralidad adoptada por algún sector del feminismo–, que con la realidad de la prostitución en nuestros días. En efecto, se quiere olvidar, sectaria e ideológicamente se pretende olvidar, que no son pocas las mujeres que ejercen la prostitución voluntariamente, hecho que se acentuó con la crisis económica de 2007, y que con la peste del COVID-19 se ha vuelto a incrementar. Esa realidad de la prostitución voluntaria se ha plasmado, de entre otros signos, en los intentos de crear sindicatos de prostitutas²³.

políticos pretendidamente anticoloniales, anticapitalistas, defensores de los derechos humanos o feministas y contrarios al orden patriarcal y neoliberal que las sustenta» (p. 148).

²⁰ Las actuales legislaciones sueca y francesa constituyen, seguramente, el exponente normativo más claro de esta posición que tiende a confundir prostitución y explotación sexual. La segunda ley, aprobada en 2016 tras un largo y tortuoso trámite parlamentario, y que, finalmente –tras la petición de varias organizaciones que pedían su rechazo al considerar que no solo atenta contra las libertades personal y empresarial, sino que, además, ha provocado un empeoramiento de las condiciones de trabajo y seguridad de las prostitutas– ha recibido hace apenas un año el *placet* del Consejo Constitucional francés, tuvo una muy positiva acogida por parte de las organizaciones abolicionistas. *Vid.*, por ejemplo, el Informe que sobre dicha ley francesa hizo público en marzo de 2017 la organización Coalición por la Abolición de la Prostitución (CAP internacional): <http://www.cap-international.org/wp-content/uploads/2017/06/CAP-brochure-MAi2017esV3.pdf>.

²¹ Obviamente no se desconoce la evidente vinculación entre prostitución y trata, y cómo aquélla le es impuesta a las mujeres «tratadas». En este sentido, también aquí la cifra negra es considerable, por su vinculación con la trata y porque a la misma tecnología de la prostitución le es consustancial el ataque sexual. Existe una gran cantidad de bibliografía sobre el tema, pero véanse por todas HAVA GARCÍA, E «Trata de personas, prostitución y política migratoria», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 26, 2006, pp. 81 ss., y MAQUEDA ABREU, M. L., «La trata de mujeres para explotación sexual», en Serra Cristóbal, R (Coordinadora) *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*, Valencia, 2007, pp. 295 ss.

²² MAQUEDA ABREU, ML. «La prostitución: el “pecado” de las mujeres», en *CEFD, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 35 (2017), pp. 64-89 [<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/9791/pdf>].

²³ La Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS), fundada en el verano de 2018 y autoproclamada primer y único *sindicato* de trabajadoras del sexo, apuesta abiertamente por la laboralización de la actividad. Su fundación y registro como entidad sindical –actualmente anulado y recurrida esa decisión– no está exenta de polémica, so pretexto de las acusaciones que, desde los sectores abolicionistas, se hacen a propósito de ser, en realidad, una pantalla de los empresarios dedicados al proxenetismo. Una breve, pero completa reseña sobre los avatares de dicho sindicato desde su fundación y hasta el mes de junio de 2020 puede verse en la entrada «OTRAS (Sindicato)» de Wikipedia: [https://es.wikipedia.org/wiki/OTRAS_\(sindicato\)](https://es.wikipedia.org/wiki/OTRAS_(sindicato)). Y, a propósito de las organizaciones que históricamente se han dedicado a defender al colectivo de prostitutas y a patrocinar la instauración de una normativa orientada al ejercicio digno de la actividad laboral

Pero el discurso oficial no sólo demoniza la prostitución en los términos ya señalados, sino que está exhibiendo con las prostitutas una crueldad solo comparable a la de los falangistas de los años 40, 50 y 60 del pasado siglo xx. En efecto, con ocasión del confinamiento provocado por la peste del Covid-19, miles de prostitutas quedaron abandonadas en las calles, muchas sin lugar ni siquiera para protegerse, para dormir, y casi todas sin medios para alimentarse. Ninguna iniciativa estatal ha habido para remediar esa situación (más allá del envío, en ocasiones, de la Guardia Civil para llevar alimentos a mujeres prostituidas que, abandonadas, estaban al borde de la inanición). Recientemente, ante la «segunda oleada» de contagios producidos por la peste, algunas autonomías se han apresurado (por ejemplo, Castilla-La Mancha, y obedeciendo los reclamos al respecto de la Ministra de Igualdad²⁴) a decretar el cierre de los prostíbulos, ya sean declarados o encubiertos, sin preocuparse mínimamente por la situación en la que quedarán los miles de mujeres que ejercen el tráfico carnal: otra vez la alianza entre la moral, el sectarismo y la crueldad repite frutos, triunfando sobre las putas.

Cuestión diferente es que, desde entonces –en realidad, desde la aprobación del CP1995–, se advierta, con carácter general, una preocupante tendencia al inflacionismo en materia de delitos sexuales acompañada del endurecimiento de las penas, tendencia que delata, en el mejor de los casos, una palmaria falta de rumbo en materia de política (criminal) sexual; y que, en realidad, parece enmascarar la renovada pretensión de imponer una determinada moral sexual colectiva –europea– caracterizada por un más que discutible proteccionismo de jóvenes y de adultos incapaces, en su aproximación o contacto con el sexo.

En efecto, por razones que no han sido nunca expresamente explicadas y desde luego que sin un previo debate abierto acerca de los lí-

de prestación de servicios sexuales, sería injusto no mencionar aquí al Colectivo Hetaira, fundado en 1995 y auto-disuelto 24 años después, concretamente, el día 10 de diciembre de 2019, en que se hace efectiva la desaparición del Colectivo, tras haber terminado dos semanas antes su último proyecto colaborativo en materia de trabajo sexual, TransR –*Los derechos de las trabajadoras sexuales trans son Derechos Humanos*–, y ser galardonadas con el premio que anualmente otorga la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía (Apdha). [El comunicado de despedida de Hetaira puede consultarse en su página web, aún activa (<https://colectivohetaira.org/>), y en <https://www.apdha.org/cadiz/wp-content/uploads/discurso-Hetaira-10D-19.pdf>, el texto del discurso dado con ocasión de la recogida del antecitado galardón].

²⁴ A través de una carta, dirigida a todas las Comunidades Autónomas, en la que, por lo demás, literalmente puede leerse: «Que no demos tregua a la explotación sexual, que no demos tregua a esa industria proxeneta que siempre permanece en la impunidad y en la absoluta opacidad. Se habla mucho de los derechos de las mujeres en contexto de prostitución pero no de las cifras de negocio» [<https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-montero-pide-carta-ccaa-cierre-prostibulos-no-demos-tregua-explotacion-sexual-20200821103442.html>].

mites del ejercicio del referido derecho a la autodeterminación sexual, se ha optado tradicionalmente por un modelo penal que fijaba en los 13 años la edad mínima para consentir válidamente cualesquiera relaciones sexuales (actualmente los 16 años, según el artículo 183.1, CP, tras la reaccionaria reforma protagonizada por la LO 1/2015), pero que, sin embargo, prejuzga, negativamente, el contacto sexual de los adultos con los menores de 18 años y limita su capacidad de autodeterminación sexual en pro de un genérico y difuso derecho a la *indemnidad sexual* incorporado a la rúbrica del Título VIII del Código Penal en 1999. Criterio rector que se extiende igualmente a las personas con limitaciones o trastornos psíquicos o emocionales, pues, pese a fijar también en este caso un modelo que parece reconocer su derecho a una cierta autodeterminación sexual –al castigar tan solo los contactos sexuales realizados con abuso de la situación de trastorno, artículo 181.2, CP–, opta por incriminar, asimismo, con carácter absoluto y abstracción de su voluntad, otras conductas de contenido sexual en las que participen cualesquiera personas incapaces, conforme con la definición que de las mismas se hace en el art. 25 del Código Penal.

En todo caso, si, según parece y con la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha partido de la consideración de que a partir de los 16 años una persona ha alcanzado la madurez suficiente para autodeterminarse sexualmente, y, desde tal perspectiva, se ha equiparado su desarrollo al de una persona adulta, resultando así extraordinariamente difícil, por no decir imposible, justificar el diferenciado tratamiento penal que, sin embargo, se hace de otras conductas: desde el exhibicionismo y la provocación sexual, hasta la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución, o de los diversos supuestos de corrupción sexual (algunos reincorporados al Código Penal en el año 2003). Comportamientos todos ellos atípicos si se ejecutan por o con adultos, pero criminalizados si intervienen –también si lo hacen consentidamente–, personas con edades comprendidas entre los 16 y los 18 años y/o adultos incapaces²⁵.

²⁵ Ciertamente hay más cosas que no se entienden: desde las agresiones sexuales realizadas en grupo en diferentes ciudades españolas a partir de 2016, se ha extendido la opinión entre los grupos feministas, lo que ha sido recogido por diferentes partidos políticos, de que todo ataque sexual a una mujer, con independencia de los medios utilizados, debe ser considerado igualmente agresión y castigado con una misma pena. Esta deriva ha sido, seguramente, y como explican ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./DEL MOLINO ROMERA, M., «Notas generales sobre la regulación penal de la sexualidad referida a los menores», en Castillejo Manzanares, R. (dir.), *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, Madrid, 2012, pp. 207-234, consecuencia de la más que errónea tipificación de los delitos contra la libertad sexual en el Código de 1995, en la que: «los medios comisivos de la agresión sexual [quedaron] limitados a la violencia e intimidación, emigrando

En todo caso y por lo que atañe a la prostitución, el escenario legislativo sigue siendo confuso²⁶, sin que se adviertan movimientos o iniciativas concretas orientadas a la regulación parcial o integral del fenómeno. Y tampoco parece que se contemple en la actual batería de iniciativas legislativas que en materia sexual tiene en marcha el actual Gobierno de coalición entre el PSOE y UP. No, desde luego, en el por lo demás bastante contestado Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual²⁷, preñado de «caprichos políticos» y de monumentales defectos técnicos en sus diferentes versiones y que, en

hacia los delitos de abusos los accesos carnales sobre “personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental” (abusos sin consentimiento). Además, siguieron siendo considerados abusos sexuales los antiguos estupros de prevalimiento (artículo 181.3) y engaño (artículo 183)». En efecto, es muy difícil explicar a los ciudadanos (aunque luego, en realidad, las penas no sean tan diferentes) que el ataque sexual a una mujer a la que previamente se le ha dejado inconsciente o sin voluntad a través de la administración de una droga (lo que convierte en absolutamente irresistible el posterior ataque sexual o cualquiera otra manipulación), tenga una consideración diferente que el ataque sexual mediante intimidación o violencia.

²⁶ No estando (aún) criminalizada la prostitución no forzada, la opción predominante ha sido la de la restricción de la práctica callejera de la prostitución a través, bien de la previsión de infracciones y sanciones para las prostitutas y clientes (es el caso de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, apartado 11 del art. 36 que regula las *Infracciones Graves* tipificando: «La solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad, o cuando estas conductas, por el lugar en que se realicen, puedan generar un riesgo para la seguridad vial. Los agentes de la autoridad requerirán a las personas que ofrezcan estos servicios para que se abstengan de hacerlo en dichos lugares, informándoles de que la inobservancia de dicho requerimiento podría constituir una infracción del párrafo 6 de este artículo»), bien a través de Ordenanzas municipales, que se dicen orientadas a fomentar la convivencia y el civismo en espacios públicos y siguen el criterio general de la Ley de 4/2015, estableciendo un régimen de sanciones pecuniarias para los infractores. Al respecto, y por lo que atañe al encuadramiento desde el que se analiza la prostitución y su regulación municipal, no deja de llamar la atención que, por ejemplo, en la ordenanza barcelonesa –Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, aprobada por Acuerdo Plenario de su Ayuntamiento de fecha 23 de diciembre de 2005–, dicha regulación encuentra su acomodo formal entre la prevenida en materia de «mendicidad» y aquella otra destinada a las «necesidades fisiológicas». Sin necesidad de mayor comentario o apostilla.

²⁷ Dicho Anteproyecto lo anunció el Gobierno tras la celebración del Consejo de Ministros celebrado el martes 3 de marzo de 2020, y, de conformidad con dicho anuncio, respondería, más allá de las «demandas del movimiento feminista», a nuestros consabidos compromisos internacionales: «Con esta Ley además se da cumplimiento a las responsabilidades de España en el marco de la violencia de género fuera del ámbito de la pareja o expareja, en su deber de proteger y promover el disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Eso significa cumplir con las obligaciones que establecen los principales tratados internacionales y europeos de derechos humanos, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) o el Convenio sobre la Prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) ratificado por el Estado español en 2014. De forma paralela esta norma además dará cumplimiento a algunas de las medidas establecidas en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género (2017), mejorando el marco del propio Pacto, gracias a la integralidad de la norma» [<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/030320-enlace-mujeres.aspx>].

materia de prostitución, parece limitarse a reintegrar a nuestro ordenamiento penal el pretendido delito de la tercera locativa o redefinir el «proxenetismo no coactivo»! (rufianismo), en línea con el non nato Proyecto de Ley Integral contra la trata de seres humanos y en particular con fines de explotación sexual, cuyo borrador se manejó hace ya más de tres años²⁸. Se nos ocurren muchos comentarios, y casi todos ellos desfavorables, a propósito del Anteproyecto, pero será mejor esperar a la consolidación de las reformas, vaya a ser que «se nos vea el plumero»²⁹.

En materia de reacciones institucionales, dejamos aquí citada la contenida en el Dictamen 4/2020, del Consejo Económico y Social de España, Sesión ordinaria del pleno de 25 de noviembre de 2020, bastante favorable [<http://www.ces.es/documents/10180/5231798/Dic042020.pdf/5af74be0-7276-f43c-2a05-f4b22262e655>], aunque aparentemente referenciada a un texto después modificado, [https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/08/13/justicia_igualdad_dicen_que_ley_libertad_sexual_esta_fase_consulta_pero_no_retirado_paralizado_109955_1012.html], la asimismo laudatoria emitida por el Consejo Fiscal [<https://www.fiscal.es/documents/20142/102607/Informe+del+Consejo+Fiscal+sobre+el+Anteproyecto+de+Ley+integral+para+la+igualdad+de+trato+y+la+no+discriminaci%C3%B3n.pdf/3ff61182-7e09-9505-6a37-a9c122eff6e?version=1.2&t=1531299127436>], y la bastante más negativa del CGPJ, recientemente hecha pública [<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-el-informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>], estando a la espera de la correspondiente al Consejo de Estado.

²⁸ Crítica con el borrador de dicho Proyecto, *vid.* por todas la opinión de VILLACAMPARA ESTIARTE, C., «¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos?», en *IUSTEL Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020 [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422438].

²⁹ Mientras tanto, no podemos ni debemos dejar de hacernos eco de la reacción que dicho Anteproyecto ha suscitado en parte del colectivo feminista, a la vista de la Tribuna publicada en el *Diario El País* el pasado día 1 de marzo de 2021, bajo el título «Objeciones feministas al actual proyecto de Ley de libertades sexuales» [<https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html>]. Se trata, a nuestro juicio de una magnífica contribución al debate, plagada de sensatez y cuya expresa aspiración político criminal: «Esperamos por parte de un gobierno progresista la apuesta tanto por un derecho penal mínimo como por políticas decididas contra la pobreza, la precariedad y la falta de independencia económica de las mujeres. En este sentido nos parece preocupante la propuesta de un reforzamiento penal que no está basada en la eficacia y que parece tener más que ver con el derecho penal simbólico o las rentabilidades políticas del populismo punitivo», también nosotros esperamos que sea, esta vez sí, debidamente atendida.

LOS RETOS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN LA AMAZONIA BRASILEÑA

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Salamanca

Hace mucho tiempo, más de cincuenta años, que soy amigo de Luis Arroyo, en este tiempo, que arranca de las aulas del San José de Valladolid, hemos construido una relación que me posibilita afirmar que Luis es mi mejor amigo, con una mirada sabemos lo que el otro piensa de cualquier tema, esa compenetración se llega a alcanzar después de muchas historias compartidas y de dos biografías que en bastantes aspectos son paralelas. Creo que, si viviera Plutarco, nos dedicaría un capítulo en sus «Vidas paralelas». Hoy, por dos meses, la normativa administrativa nos va a colocar en una distinta situación académica, pero solo durante un curso, a mi amigo, estoy seguro, que esto no acaba de agradecerle, pero las normas son las normas, aunque en este caso no sean penales.

He pensado mucho sobre el contenido que debía tener mi contribución a este merecido homenaje, y tomé la decisión de que fuera sobre un tema americano, a él y a mí, el llamado Nuevo Mundo, su pasado, su presente y su futuro, nos motiva y nos compromete desde hace ya mucho tiempo, creo que, desde aquel viaje en 1986 al Chile de Pinochet, que marcó nuestras vidas y que agregó un objetivo más a nuestra actividad académica. Desde entonces y hasta hoy América ha sido un tema central de nuestro día a día. Con el tiempo Luis se centró en México y yo en Brasil.

Estoy seguro Luis, que en las páginas que siguen podrás comprobar que hay muchas ideas compartidas y también la influencia de nuestro maestro común, pero, sobre todo quieren ser un homenaje no sólo a mi compadre, también a un universitario ejemplar que continúa trabajando por una universidad comprometida, internacionalizada, que se corresponda con un modelo de Estado que aspire a la adopción de medidas que posibiliten luchar contra la desigualdad, tomando como punto de partida al hombre y sus derechos. Esto Luis es, en último término, el nexo de unión de nuestras vidas paralelas.

I. Introducción

1. Hace ya casi cinco décadas un vallisoletano, como nuestro homenajeado y como yo mismo, Miguel Delibes, leía su discurso de incorporación a la Real Academia de la Lengua, en el realizaba una dramáticamente profética defensa de la Naturaleza, en sus primeras páginas anunciaba su propósito de aprovechar la ocasión, «para unir mi voz a la protesta contra la brutal agresión a la Naturaleza que las sociedades llamadas civilizadas vienen perpetrando mediante una tecnología desbridada»¹. Ciertamente las páginas de su discurso son un catálogo de muchos de los problemas que se pretenden abordar en este artículo, de un desarrollo que acaba generando desigualdad entre personas y pueblos, que hace más ricos a los que ya lo son y más pobres a los que ya tienen esa condición. Desarrollo que no es tal si su resultado final es tornar inhabitable nuestro planeta.

Muy significativo confirmando esa apreciación, es el contenido de la reciente entrevista al Secretario de Naciones Unidas, Antonio Guterres, en un conocido medio de comunicación español, en la que, entre otras muchas cosas, afirmaba, «estamos en guerra con la Naturaleza y es preciso hacer las paces»².

2. Un académico, que ha hecho del estudio del Derecho el objeto de sus reflexiones, no puede mostrarse indiferente ante un problema de la gravedad que señalaba Delibes y reitera Guterres. Las páginas que siguen pretenden examinar la posición que el Derecho penal debe adoptar frente al mismo, es por tanto un estudio de Política Criminal, que se incluye dentro de una Política Criminal de contenido humanista, que, Luis Arroyo³ y yo mismo aprendimos de nuestro común maestro Marino Barbero Santos.

¹ DELIBES SETIÉN, M., *El sentido del progreso desde mi obra*, Real Academia Española, Madrid 1975, p. 12.

² La entrevista fue publicada en el periódico *El País*, el 2 de diciembre de 2020 y la política medioambiental y el cambio climático fue el punto central de ella. Entre otras respuestas al pronunciarse sobre las inversiones de los Estados en energías fósiles, mucho más elevadas que las dirigidas a las energías renovables, afirmaba: «No es aceptable que las generaciones futuras reciban un montón de deuda y que esa deuda se haya utilizado para destruir el planeta. Está claro que hay una responsabilidad moral. Lo que estamos gastando para recuperarnos de la COVID-19 debe tener al mismo tiempo como clara prioridad la inclusión, combatiendo las desigualdades, y la sostenibilidad, combatiendo el cambio climático. Si no lo hacemos estaremos cometiendo un grave crimen en nuestra relación con nuestros hijos y nietos».

³ Ver la serie de artículos que recoge en ARROYO ZAPATERO, L. A., *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2021.

Este estudio he decidido centrarlo en la Amazonia brasileña, con toda probabilidad uno de los espacios, sino el más, con un mayor significado medioambiental del planeta. Una región con dimensiones casi continentales, con contenidos que afectan a una pluralidad de proyecciones del medio ambiente, forestales, zoológicas, fluviales, geológicas, antropológicas e incluso filológicas. El interés que presenta es evidentemente plural, pues su examen puede ser llevado a cabo por la práctica totalidad de los saberes que ocupan al ser humano⁴.

La Amazonia se extiende por nueve Estados⁵ y está habitada por pueblos indígenas, con culturas y lenguas propias y con una especial relación con las tierras que ocupan desde tiempos ancestrales. Es una región en la que, como podrá constatarse, está presente una importante convergencia, entre garantía de los derechos de los pueblos indígenas y la protección del medio ambiente⁶.

3. La Amazonia, tanto en su historia como en su presente, aun hoy es poco conocida, pues las tomas de postura y las políticas sobre ella se basan a menudo más en mitos que en la realidad, lo que lleva a que Meirelles⁷ afirme, «seguimos los brasileños, e incluso los amazónidas, con una visión simplista de la Amazonia. Todavía contaminados por el eurocentrismo y la búsqueda de los inmensos tesoros, raramente reconocemos los saberes de los pueblos tradicionales».

Durante mucho tiempo, desde Pinzón y Orellana, la Amazonia era el territorio en el que debía estar el mítico «El Dorado», también en sus bosques, se creía que moraba la legendaria tribu de las mujeres guerreras del pecho amputado⁸, las amazonas. Frente a estos y otros mitos, cualquier aproximación al estudio de la Amazonia pone de relieve la pre-

⁴ Sobre los distintos rasgos y problemas de la Amazonia puede consultarse el número especial «Bioma Amazonia» de la *Revista Estudos Brasileños*, vol. 6, núm. 11, 2019 y el más reciente, vol. 7, núm. 15, 2020.

⁵ La Amazonia está en Brasil, Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela, Guyana, Guayana Francesa y Surinam. La mayor extensión está en territorio brasileño, donde, después de la Constitución de 1988, a efectos administrativos la considerada *Amazônia Legal* se extiende por los estados de Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins, Mato Grosso y Maranhão.

⁶ El tema lo hemos analizado BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./DUTRA DE PAIVA, G., «La Amazonia brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente. Una reflexión desde el Derecho penal», en *Sistema penal crítico*, núm. 1, 2020, pp. 9 ss. en <https://dpenal.usal.es>

⁷ MEIRELLES, J./MENDES, F., «Amazônia viajantes. Os viajantes e a reflexão sobre a Amazônia nos últimos cem anos», *Revista de Estudos Brasileños*, vol. 6, núm. 12, 2019, p. 15.

⁸ El nombre del río es dado por Orellana al enfrentarse a una tribu en la que combatían hombres y mujeres guerreras. Los brasileños denominan Amazonas al río a partir de Manaus, donde el Solimões recibe las aguas más oscuras del río Negro. Sobre el Amazonas puede consultarse <https://riosdelplaneta.com/rio-amazonas/> (última visita 7 de diciembre de 2020)

sencia de una serie de condicionantes de su actual realidad y de los problemas que presenta la política medio ambiental en la región. De entre todos sus rasgos, dos tienen una particular importancia, la baja presencia del Estado, consecuencia de la relación entre la cifra, escasa, de población y la dimensión, muy extensa, del territorio⁹, a lo que hay que agregar la incontrolada explotación, muchas veces depredación¹⁰, de sus recursos con raíces en la época de la colonia y que aún hoy se plasma en un desarrollismo con consecuencias muy lesivas en el medio ambiente y en los derechos de los pueblos indígenas.

La no presencia del Estado hace que el poder, muchas veces dramáticamente, haya estado y en bastantes casos siga estando, en manos de grandes hacendados y de multinacionales¹¹. Por otro lado, el incontrolado desarrollismo hay que vincularlo con la riqueza de materias primas. Un ejemplo paradigmático históricamente fue la explotación del caucho¹² y hoy lo son la ganadería, las explotaciones mineras, las grandes presas, la construcción de infraestructuras de comunicación etc.¹³. Pero, no se puede dejar de tener presente que la Amazonia por su extensión y por su diversidad biológica, es considerada por estudiosos y especialistas como el pulmón del mundo, porque los efectos derivados de muchas de las políticas de explotación se extienden a todo el planeta.

⁹ La Amazonia brasileña tiene un total de 5.217.423 km² en la que viven 25.474.365 habitantes de los que un 60% lo hace en el medio urbano, datos que recoge y analiza SILVA, M. D., «Amazônia e o desenvolvimento: aspectos da trajetória das políticas públicas na região» en *Revista de Estudos Brasileños* vol. 7, núm. 15, 2020, p. 220, tomados del Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

¹⁰ La depredación de los recursos naturales de la Amazonia continua en el momento actual. En fecha muy reciente, el 21 de diciembre de 2020, la *Folha de São Paulo*, daba la noticia de la aprehensión por parte de la Policía Federal de la más importante cantidad de madera cortada ilegalmente de la historia de Brasil, en una zona entre los estados de Pará y Amazonas Un Total de 131,1 mil metros cúbicos de troncos, la operación se denominó Handroanthus GLO, *vid.*, www1.folha.uol.com.br

¹¹ Para la situación histórica es obligada la referencia al conocido *Relatório Figueiredo*, al que más adelante me referiré con mayor amplitud, ver nota (27).

¹² La denominada fiebre del caucho vivió su auge entre 1879 y 1912 y ha sido responsable de grandes transformaciones tanto culturales como sociales en el territorio de la Amazonia. Fue un tiempo relacionado con la llegada de comerciantes, con migraciones internas, especialmente de nordestinos, causadas por la atracción de una gran riqueza, y con la explotación y esclavización de los pueblos originarios.

¹³ La política de construcción de grandes infraestructuras de comunicación es uno de los rasgos del ciclo que, RIBEIRO CAPOBIANCO, J. P., «Avanços e recuos da sustentabilidade na Amazônia: uma análise da governança socioambiental na Amazônia», en *Revista de Estudos Brasileños*, vol. 6, núm. 11, 2019, pp. 63-64, denomina «de integración forzada y de ocupación depredadora de la Amazonia brasileña», que, iniciado en la década de los cincuenta, alcanza su manifestación más relevante durante la dictadura militar, clave el Decreto ley núm. 1.106 de 1970, que tenía la finalidad de financiar obras que posibilitaran «su más rápida integración en la economía nacional.»

4. Junto a esta importancia de la Amazonia en relación con el medio ambiente no puede ignorarse su trascendencia respecto a los pueblos indígenas originarios de la región¹⁴. Sobre estos pueblos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado dos muy documentados informes en los que aborda la realidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos por las normativas internacionales. El primero, aprobado en 2013, tiene como objeto a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario¹⁵, el segundo, más reciente, de 2019, analiza con carácter general la situación de los pueblos de la Amazonia¹⁶.

El punto de partida de este último Informe, el titulado «Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia», es la consideración de la dramática situación que supone para los pueblos indígenas la desposesión de tierras y los obstáculos para el reconocimiento de la propiedad sobre las mismas, unido a las consecuencias de la política desarrollista que, en especial en Brasil, se sigue en toda la zona, lo que trae consigo graves consecuencias medioambientales y efectos muy negativos sobre la vida, la salud y en general la cultura de estos pueblos¹⁷.

Por todo ello, dentro de las recomendaciones con las que cierra su Informe, la Comisión expresamente afirma que «durante los últimos años se han advertido nuevos problemas que amenazan la supervivencia de estos pueblos, particularmente las alteraciones medioambientales y el cambio climático, hacen cada vez más difícil que puedan mantener sus formas de vida e interacción con el ambiente»¹⁸. Con lo que la Comisión ratifica la apuntada conexión entre los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente.

¹⁴ Sobre este punto me remito al examen de mayor amplitud que llevamos a cabo en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./DUTRA DE PAIVA, G., «La Amazonia brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente. Una reflexión desde el Derecho penal», cit., pp. 14 ss.

¹⁵ CIDH., *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto de los Derechos humanos*, 2013, <http://www.cidh.org> (acceso 9 de diciembre de 2020)

¹⁶ CIDH., *Situación de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia*, 2019, <http://www.cidh.org> (acceso 9 de diciembre de 2020)

¹⁷ Vid. CIDH., *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario*, cit., en el capítulo 2, pp.45 ss., expone la situación de estos pueblos en la Panamazonia.

¹⁸ CIDH., *Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia*, cit., p. 197, en la segunda de las conclusiones tras constatar las actividades de hiperdesarrollo, se pronuncia sobre sus consecuencias, «Los impactos son irreversibles al medio ambiente y a las comunidades locales, y en general han sido impuestos a los pueblos indígenas sin cumplir con su derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado».

II. La Amazonia objeto de protección del Derecho penal internacional

1. Sobre la internacionalización¹⁹

Uno de los rasgos de la realidad que vivimos es, sin duda, el de la internacionalización que, en el campo penal, ha llevado al desarrollo del Derecho penal internacional y que se proyecta sobre los dos ejes de nuestro estudio, los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente.

Entre las consecuencias de esta internacionalización está la aspiración a un nuevo orden mundial asentado sobre declaración de Derechos Humanos aprobada tras la Segunda Guerra Mundial y sobre la creación de diversas instituciones de carácter global. En este nuevo marco de Estados que se proclaman, lo que no significa que necesariamente lo sean, como Estado social y democrático de Derecho, se ha de situar nuestro análisis, que obviamente debe tener presente el contenido del desarrollo de los derechos llevado a cabo por tratados y convenciones, globales y regionales.

2. La evolución del Derecho penal internacional

1. El Tribunal de Núremberg supuso un paso decisivo en la evolución del Derecho penal internacional, que, hasta ese momento, tenía como sujetos de su contenido a los Estados, pese a las doctrinas que siglos antes había defendido Vitoria²⁰ y a los frustrados intentos después de la Primera Guerra Mundial²¹. En Núremberg se juzgó a personas físicas, y se

¹⁹ Ver las páginas que, con carácter general, dedico al tema en la lección inaugural del curso 2018-2019 de la Universidad de Salamanca, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana», Iustel, Madrid 2019, pp. 56 ss.

²⁰ Sobre Francisco de Vitoria, aunque más adelante se profundizará en su aportación, me remito a lo que expongo en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca*, cit., pp. 27 ss.

²¹ El Tratado de Versalles en su art. 227 establecía: «Las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los Tratados. Se constituirá un tribunal especial para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. Se compondrá de cinco jueces, nombrados por cada una de las cinco Potencias siguientes: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y el Japón, El tribunal juzgará inspirándose en los principios más elevados de la política entre las naciones, con objeto de garantizar el respeto a las obligaciones solemnes y a los compromisos internacionales, así como a la moral internacional. Le corresponderá fijar la pena que a su juicio deba aplicarse. Las Potencias aliadas y asociadas dirigirán al Gobierno de los Países Bajos un requerimiento en solicitud de que les entregue al exemperador para que sea juzgado». La pretensión de este artículo se frustró al no conceder los Países Bajos la extradición del Kaiser.

inició en el marco de Naciones Unidas el camino para la creación de una jurisdicción universal con competencia para juzgar delitos que se estiman constituyen *ius cogens*. Este camino, que aún se recorre, ha pasado ya por el momento clave de la creación del Tribunal penal internacional y de la aprobación del Estatuto de Roma.²² El debate que llega hasta nuestros días no está concluido ni respecto a los delitos, ni respecto a las personas. El contenido del Estatuto de Roma es un paso más en la evolución de la clásica normativa del *ius in bello* y del *ius ad bellum*, pero hoy pasa a primer plano la consideración de otros intereses directamente unidos a la internacionalización, que no se limita a los conflictos bélicos y es plural en sus manifestaciones tanto en los intereses protegidos como en las formas de delinquir. Es decir, puede exteriorizarse tanto en el objeto de protección como en la forma en que se le lesiona o pone en peligro.²³

Las interrogantes por resolver pasan por dos puntos clave: la evolución de la realidad objeto de regulación, y los cambios experimentados en los criterios para ordenar las relaciones y para dar respuesta a los conflictos de una cambiante realidad.

2. La internacionalización se refleja en el Derecho penal tanto en la incorporación de nuevos bienes jurídicos como en la evolución del contenido de otros preexistentes. Sobre esa realidad internacionalizada hay que proyectar las consecuencias que en su ordenación tiene la evolución del modelo de Estado que ha pasado a ser social y democrático de derecho y las implicaciones que se derivan del nuevo orden mundial y del desarrollo normativo de los derechos internacionalmente consagrados. Aunque el nuevo orden y el contenido de los derechos aparezcan condicionados por una lectura que continúa exteriorizando un importante peso neocolonizador²⁴. La doctrina solo puede paliar las consecuencias de esta situación mediante el cuestionamiento de las

²² El Estatuto de Roma restablece en su art. 5: *La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.* Estableciendo en los siguientes artículos las conductas que son incluíbles dentro de cada uno de estos delitos.

²³ Es obligada en nuestra doctrina la referencia al libro de OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, o tener presente la referencia a la internacionalización del Derecho penal económico, en este punto tiene interés el contenido de muchos de los artículos recogidos en DEMETRIO SANCHEZ, E. (Director), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

²⁴ Tiene mucho interés la lectura crítica que lleva a cabo GÓMEZ ISA, F., «Diversidad cultural y Derechos Humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas», en *Anuario Español de Derechos Internacionales*, núm. 27, 2011, pp. 269 ss., y también, MOREIRA DO NASCIMENTO DOMINGOS, I., «A população indígena e seus reflexos no Direito Internacional contemporâneo», en *Cadernos de Direito Atual*, núm. 11, 2019, pp. 360 ss.

relaciones de poder y a través de la potenciación del pluralismo, como valor consustancial del carácter democrático del modelo de Estado constitucionalmente consagrado.

3. La evolución de los sujetos del Derecho penal internacional alcanza también, de forma paralela, al debate que tiene lugar en los ordenamientos nacionales, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, al existir corporaciones con actuación y estructura que van por encima de las fronteras, que, por tanto, pueden incidir lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos de naturaleza global o bienes jurídicos de distintos Estados. Esta evolución en el contenido del Derecho penal se completa con la aparición, junto al mencionado Tribunal penal internacional, de otras jurisdicciones supranacionales de carácter regional con competencia para juzgar las actuaciones de los Estados, sirvan de ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

La interrogante clave es si el punto de partida, el contenido que hoy tiene el Derecho penal internacional, es suficiente para dar una respuesta eficaz a la protección de la Amazonia, que refuerce la efectuada por el Derecho nacional o si, por el contrario, la trascendencia internacional de los bienes jurídicos tutelados requiere una política criminal que efectúe propuestas alternativas o complementarias de las que se llevan a cabo en el momento actual.

4. Como se pretende exponer, la protección del medio ambiente y de los derechos de los pueblos indígenas son desafíos para el nuevo Derecho penal. Razonablemente para abordar su análisis se ha de tener presente las aportaciones de la conocida como *green criminology*, que hace que pase a un primer plano no el examen de la etiología de los comportamientos incluíbles en los vigentes tipos penales, sino el estudio y los efectos de los daños medioambientales, que pueden derivarse tanto de comportamientos contrarios a Derecho como de comportamientos que pueden llegar a ser conformes al ordenamiento jurídico²⁵.

Una primera aproximación a los problemas propios de la Amazonia en el momento actual, que tienen interés para el Derecho penal internacional, conduce a la necesidad de políticas públicas que garanticen los derechos de los pueblos indígenas y, en directa conexión con ellos,

²⁵ Sobre la «*green criminology*» en nuestra doctrina son particularmente claras y significativas las páginas que le dedica DE PABLO SERRANO, A., «El expolio de recursos naturales. De la *Green criminology* a un nuevo y necesario Derecho penal internacional del medio ambiente», en *Revista General de Derecho Penal* (33) 2020, pp. 3 ss.

protejan el medio ambiente. El contenido de estas políticas comprende también el posible recurso al Derecho penal.

3. *Sobre la protección de los pueblos indígenas de la Amazonia por el Derecho penal internacional*

a. LAS DOS VÍAS: EL GENOCIDIO Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

1. En 1968, Norman Lewis publica en el *Sunday Times* un artículo significativamente titulado «genocidio»²⁶, en el que denuncia la situación de los pueblos indígenas en la Amazonia brasileña, víctimas históricas del colonialismo antes y del neocolonialismo en el Brasil independiente después. El contenido del artículo tomaba como directa referencia el conocido como *Relatório Figueiredo*²⁷, en el que se relataban conductas incluíbles bastantes de ellas en el delito de genocidio²⁸. En síntesis, el título del artículo de Lewis, se ajustaba a la realidad de lo que ocurría en muchos lugares de la geografía brasileña y especialmente en la región amazónica.

Hoy, en un contexto diferente, la problemática de los pueblos indígenas es una realidad que continua presente en la política y en la academia brasileña, a título de ejemplo, el monográfico de la *Revista Hu-*

²⁶ LEWIS, N., «Genocidio», en *El expreso de Rangún, Genocidio y otros relatos*, trad. Salinas, Alatir, Badalona 2010, p. 155 ss.

²⁷ El contenido del relatorio, elaborado por encargo ministerial por el procurador Jair Figueiredo, fue calificado por la prensa de la época como «el escándalo del siglo», pues enumeraba, con ejemplos concretos, algunos espeluznantes, las actuaciones llevadas a cabo en relación con los pueblos indígenas, muchas veces justamente por los integrantes del Servicio de Protección del Indio (SPI), organismo creado en 1910. Las consecuencias del Informe, además de la repercusión mediática, fue la supresión del SPI y su sustitución por la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), y poco más. El *relatório* se dio por desaparecido en el incendio del Ministerio de Agricultura en 1967, y poco más tarde el procurador Figueiredo, que tuvo que abandonar Brasilia, muere en un accidente de tráfico, que nunca fue investigado. El *relatório* reaparece en 2013, en el Museo del Indio en el marco de los trabajos de la Comisión Nacional de la Verdad (CNV), y sirve de base para el capítulo que la misma dedica a la represión de los pueblos indígenas, ver el Informe de la CNV en <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php> (Consulta 17 de noviembre de 2020). Con carácter general sobre el *Relatório Vid.*, GUIMARÃES, E., *Relatório Figueiredo. Entre tempos, narrativas e memórias*, Universidad Federal do Estado do Rio de Janeiro, programa de mestrado en Memória social, 2015, ver en www.memoriasocial.pro.br › Dissertações Diss373 (Consulta 17 de noviembre de 2020). Puede accederse al texto del *relatório* en <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/docs-1/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf/view>

²⁸ Particularmente impactantes son las terribles descripciones que LEWIS, N., «Genocidio», cit., en pp. 184 ss., y muy especialmente las «cacerías de indios» en expediciones lideradas por Francisco de Brito, supervisor general de la compañía cauchera, Arruda Junqueira.

manitas de la Unisinos titulado «Genocídio dos povos indígenas a luta contra a invisibilidade, a indiferença e o aniquilamento»²⁹.

Según los datos de la FUNAI³⁰, hoy viven en la Amazonia unos 800.000 indígenas de más de 300 etnias. Ellos, pero no sólo, también los «quilombolas» y los «ribeiriños», se ven directamente afectados por las políticas que se sigan en la región.

2. En un estudio de principios de este siglo, el sociólogo alemán Ulrich Beck³¹, incluye el riesgo medioambiental entre aquellos que por sus efectos merecen la consideración de riesgos globales. Esto implica que haya riesgos medioambientales que van más allá de las fronteras del Estado en el que se producen, que afectan a toda la humanidad. Lo que, por otra parte, explica todos los intentos de Naciones Unidas encaminados a establecer una política común, o al menos coordinada, entre los distintos Estados, para evitar o controlar estos riesgos. Pareciera por tanto evidente, que afrontar este riesgo medioambiental y frenar o limitar sus consecuencias, actuando de modo eficaz sobre el calentamiento global, constituye un imperativo que debería abordarse nacional e internacionalmente.

Estos riesgos globales son consecuencia de la acción del hombre sobre la naturaleza y no son nuevos, sí en su magnitud, pues el progreso y las políticas de los poderosos dirigidas a su mayor beneficio hunde sus raíces en la historia³². La denuncia de los efectos que sus políticas económicas tenían en América Latina, en sus riquezas naturales, en el medio ambiente, y sobre los pueblos indígenas, no es nueva: en los años 1930 se reflejaban en la novela «Mancha de aceite» de César Uribe Piedrahita³³ y más tarde en la conocida monografía de Galeano «Las venas abiertas de América Latina»³⁴.

²⁹ IHU online, *Revista do Instituto Humanitas UNISINOS*, edição 478, 30 de noviembre de 2015, en <http://www.ihu.unisinos.br> (acceso 15.1.2021)

³⁰ Ver los datos en <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/o-brasil-indigena-ibge-1> (acceso 30 de enero de 2021).

³¹ BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, traducción Carbó, Barcelona 2008.

³² Puede consultarse el libro de MALM, A., *Capital fósil. El auge del vapor y las raíces del calentamiento global*, trad. Emilio Ayllón, capitán Swing, Madrid 2020.

³³ URIBE PIEDRAHITA, C., *Mancha de aceite*, Ediciones Astro Data, Maracaibo 2006, reedición de esta obra originalmente publicada en 1934, esta novela denuncia la explotación del petróleo por parte de las multinacionales en Venezuela y Colombia y sus consecuencias sobre la naturaleza. Sobre el libro, en relación el tema que nos ocupa, véase ESCOBAR MESA, A., «Ecocidio y genocidio en Mancha de Aceite de César Uribe Piedrahita», en *Sociocriticism*, vol. XXVI, 1 y 2, 2011., p. 269, «La novela es un testimonio temprano del ecocidio irresponsable de las multinacionales de los países desarrollados en países en vías de desarrollo».

³⁴ Vid. GALEANO, E., *Las venas abiertas de América Latina*, Casa de las Américas, La Habana, 1971. Esta es la primera edición de un libro que supone un antes y un después en muchos

El estudio de la problemática ambiental en la Amazonia tiene particular interés al ser una región de grandes dimensiones con una exuberante diversidad de fauna y flora, que ha sufrido y sufre las consecuencias de políticas públicas de desarrollo, además de ser víctima, muchas veces, de la ineficacia de la inspección ambiental para garantizar el fiel cumplimiento de las medidas de conservación. El hecho incuestionable es que la Amazonia es escenario de distintos problemas medioambientales. A título de ejemplo, y sin pretensión de exhaustividad, hay que mencionar la deforestación ilegal y el tráfico de la madera resultante de esta deforestación; los incendios forestales hechos para permitir la explotación la agricultura y la ganadería extensiva, en ambos casos con cifras record en los dos últimos años³⁵; el tráfico ilegal de especies, la ocupación ilegal de tierras –denominada *grilagem*³⁶– y la usurpación y explotación de aquellas constitucionalmente reconocidas como pertenecientes a comunidades indígenas.

Por otro lado, el carácter poliédrico del medio ambiente, y el especial significado que el mismo tiene para los pueblos indígenas de la Amazonia, abre la vía a examinar como su protección implica también una protección generalizada de otros derechos humanos consagrados tanto en la Declaración de Derechos Humanos como en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Baste recordar el contenido del ya mencionado Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019), o la Opinión Consultiva de 15 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana. En esta, entre otras cosas, se afirma que el medio ambiente es «fundamental para la existencia de la humanidad» y que, «en casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tri-

temas que hoy nos siguen ocupando, entre ellos, como no, la explotación de los recursos naturales de toda la región. El contenido del libro constituye el punto de partida del importante artículo de DE PABLO SERRANO, A., «El expolio de recursos naturales. De la *Green criminology* a un nuevo y necesario Derecho penal del medio ambiente», en *Revista General de Derecho penal* (33), 2020, pp. 2 ss.

³⁵ En términos cuantitativos, según comunica el Instituto Nacional de Investigaciones Especiales (INPE), el órgano responsable por el control de los impactos forestales, han sido registrados, en julio de 2020, 6.091 fuegos frente a 5.318 el mismo mes en 2019. Además, en 2020, el número de incendios detectados en tierras indígenas subió el 77 % frente a julio del 2019. En el tema general de la deforestación, que, junto a los incendios, incluye todas las formas de impacto ambiental, 2020 ha sido el segundo peor año desde 2015, con un total de 8.426km, superado tan solo por el año de 2019, en el que la superficie deforestada fue de 9.178km. Vid. *La Vanguardia*, 4 de agosto de 2020, <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200804/482666094470/alarma-amazonia-record-incendios-julio-deforestacion-2020.htm>

³⁶ Según Greenpeace, la *grilagem* es «la falsificación de documentos de la tierra utilizada por madereros, ganaderos y especuladores agrícolas para apoderarse de las tierras públicas con miras a su explotación. Terratenientes tienen la complicidad de tarjetas de registro de propiedad para apoderarse de áreas públicas y usar la violencia para desalojar ocupantes ilegales, pueblos indígenas y comunidades tradicionales que tienen un derecho legítimo a la tierra». Disponible en <http://greenpeace.com.br/amazonia/pdf/grilagem.pdf>. (Acceso en 31 de enero de 2021).

bales, este Tribunal se ha referido a la relación entre un medio ambiente sano y la protección de derechos humanos»³⁷.

b. EL GENOCIDIO, UNA VÍA INSUFICIENTE

1. El termino genocidio y el impulso para su consideración como delito internacional son en gran medida obra de Rafael Lemkin³⁸. El primer paso para la elaboración del nuevo delito fue su ponencia en la Conferencia para la Unificación del Derecho penal, de 1933, que tuvo lugar en Madrid³⁹, en la que aún no utiliza el término genocidio, pero propugna la consideración como delitos del derecho de gentes a los «actos de barbarie,» y atribuye tal consideración a «los atentados ejecutados contra un individuo en tanto que miembro de una colectividad» y a los «actos de vandalismo (destrucción de obras de arte y cultura», pues estos actos afectan a «toda la cultura de la humanidad»⁴⁰.

El paso siguiente, no sin dificultades⁴¹, va a ser la aprobación por Naciones Unidas, en 1948, del «Convenio para la prevención y sanción de delitos de genocidio» que, en su artículo 2, proporciona la definición del nuevo delito:

«En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo, b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de

³⁷ La Opinión consultiva fue solicitada por Colombia, referida a los pueblos del Caribe colombiano. Ver texto completo de la opinión en www.cortidh.or.cr (acceso 10 de enero de 2021).

³⁸ Tiene especial interés la lectura de las páginas que SANDS, P., *Calle Este-Oeste*, traducción Ramos Mena, Anagrama, Barcelona, p. 199 ss., dedica a la biografía de Lemkin y a sus esfuerzos para la creación del delito de genocidio. Ver también ELORZA, A., «El nombre para un crimen», en LEMKIN, R., *Genocidio. Escritos*, edición Antonio Elorza, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 11 ss.

³⁹ Vid., LEMKIN, R., «Ponencia de Madrid», en *Genocidio. Escritos*, cit., en especial pp. 87 ss.

⁴⁰ LEMKIN, R., ob. cit., p. 89, con carácter general concluye este apartado de su texto afirmando, que estos actos de barbarie y vandalismo, «conmueven la conciencia de la humanidad entera haciendo temer por su futuro», y que por ello «deben ser considerados como delitos de derecho de gentes».

⁴¹ Sobre el proceso de elaboración de la Convención, vid. CÁRDENAS, C., «El proceso de definición del delito de genocidio en la Convención de 1948», en OLASOLO, H./ EIRENE DE PRADA, P., *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 115 ss.

acarrear su destrucción física, total o parcial d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.»

Este contenido es el que se incorporó al ordenamiento penal brasileño por la Ley núm. 2.889, de 1 de octubre de 1956⁴², y el que, cincuenta años más tarde, ha reproducido el artículo 6 del Estatuto de Roma. El cual, como ha puesto de relieve la doctrina⁴³, ha sido aplicado por el Tribunal penal internacional, ciertamente a personas «carentes ya del menor peso en la esfera internacional».

La definición del genocidio que dan la Convención, la ley brasileña y el Estatuto, ha sido y es objeto de debate⁴⁴. Dentro de los temas discutidos dos tienen particular trascendencia para estas reflexiones: la no inclusión en la definición del conocido como genocidio cultural, y el contenido de la «mens rea» requerida con carácter general para la apreciación de este delito.

C. EL GENOCIDIO CULTURAL. DE LA IMPOSICIÓN DE LA INTEGRACIÓN AL DERECHO A LA PROPIA CULTURA

1. El genocidio cultural, cuya tipificación propugnaba Lemkin desde sus primeros textos, supone la adopción de políticas encaminadas a la extinción de la cultura de un grupo. Es decir, presupone la presencia de una cultura propia y diferente como signo clave de una identidad colectiva propia.

El punto de partida en nuestra investigación es el reconocimiento a los pueblos indígenas del derecho a una cultura propia o, de forma más clara, la consideración de los pueblos indígenas como sujetos de Derecho Internacional⁴⁵. Este reconocimiento es reciente y pone fin, al

⁴² Vid. el texto de la ley, que reproduce el de la Convenio de Naciones Unidas en [www.planalto.gov.br > leis > l2889](http://www.planalto.gov.br/leis/l2889) (acceso 30 de diciembre de 2020).

⁴³ ELORZA, A., «El nombre para un crimen», cit., p. 43.

⁴⁴ Como pone de relieve en un esclarecedor artículo DE PRADA, J. R., «Introducción. Reflexiones sobre la evolución del concepto originario al actual de genocidio», en OLASOLO, H./EIRENE DE PRADA, P., *La evolución...*, cit., p. 62, el contenido de la definición de genocidio en la Convención responde a las circunstancias políticas internacionales de aquel momento histórico. Por ejemplo, la ausencia del genocidio cultural se debe a la oposición de los países con políticas coloniales.

⁴⁵ Vid. el apartado bajo este mismo título en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./DUTRA DE PAIVA, G., «La Amazonia brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente. Una reflexión desde el Derecho penal», cit., p. 14.

menos normativamente, a una política de integración por imposición de evidentes raíces coloniales.

Las piezas claves en este cambio de consideración han sido el convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales independientes de la OIT (1989)⁴⁶; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobada en 2007); y la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas (aprobada en 2016). Por otra parte, el reconocimiento del Derecho a una cultura propia, como derecho colectivo de los pueblos indígenas, es una consecuencia directamente unida al carácter democrático del modelo de Estado constitucionalmente proclamado. Este reconocimiento por los textos mencionados requiere medidas internacionales para garantizar su cumplimiento por los distintos Estados y la existencia en las legislaciones internas de políticas que promuevan y garanticen este objetivo.

2. El contenido de los textos internacionales, y de la propia Constitución, debería llevar a la admisión dentro del delito de genocidio no solo de conductas encaminadas a la eliminación física de los integrantes de un grupo, sino también a aquellos comportamientos que directa o indirectamente eliminan la cultura de una colectividad⁴⁷, pues, en palabras de Lemkin⁴⁸, «la aportación de toda colectividad particular a la cultura internacional ingresa en el tesoro de la humanidad entera, al tiempo que conserva sus características».

La Declaración americana sigue este camino al establecer de forma expresa en su artículo XI: «Protección contra el genocidio. Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser objeto de forma alguna de genocidio o intento de exterminio».

En este mismo sentido, la Constitución brasileña de 1988, como recuerda Loureiro Dias⁴⁹, a diferencia de constituciones anteriores, «no considera al indígena en una situación temporal, hasta que se torne civilizado». Así, de forma expresa el artículo 231 establece el reconoci-

⁴⁶ Este Convenio de la OIT es el primer texto internacional que reconoce, «las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven».

⁴⁷ Es importante la aportación que de cara a la ampliación del contenido del delito de genocidio y, en especial, del genocidio cultural, que efectúa DE PRADA, J. R., «Reflexiones sobre la evolución del concepto originario al actual de genocidio», en OLASOLO, H./EIRENE DE PRADA, P., *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*, cit., pp. 62 ss.

⁴⁸ LEMKIN, R., «Ponencia de Madrid», cit., pp. 88-89, incluía estos comportamientos dentro de los que consideraba actos de vandalismo y que debían pasar a ser considerados como delitos contra el derecho de gentes.

⁴⁹ LOUREIRO DIAS, C., «Direitos dos povos indígenas e desenvolvimento na Amazônia», en *Revista de Estudos Brasileños*, vol. 6, núm. 11, 2019, p. 54.

miento a los indígenas de «su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan». Siendo competencia y deber de la Unión la garantía y protección de estos derechos. Pero, pese a ello, y al principio de jerarquía normativa del texto constitucional, continua aún vigente el denominado Estatuto del Indio, promulgado en el año 1973 por la Ley núm. 6.001, en el que está presente el sello del neocolonialismo, al establecer que «regula la situación jurídica de los indígenas o selvícolas y comunidades indígenas, con el propósito de preservar su cultura e integrarlas, de manera progresiva y armoniosa, con la comunidad nacional»⁵⁰. Esta integración, aunque sea «progresiva y armoniosa,» choca frontalmente con el contenido del texto constitucional. Estamos, por tanto, ante una de las cuestiones pendientes, que precisa de una actualización, que aún está en trámite,⁵¹ que desarrolle los preceptos constitucionales y haga efectiva su aplicación.

d. LA «MENS REA» EN EL GENOCIDIO

1. Otro de los problemas que presenta el delito de genocidio radica en el debate sobre el tipo subjetivo, al entender que únicamente incorpora el dolo directo y como máximo a los casos de dolo eventual⁵². Con lo que, su posible aplicación a los supuestos referidos a los pueblos indígenas aparece bastante limitada, pues la realidad pone de manifiesto que, en bastantes casos, en especial de genocidio cultural, los resultados son consecuencia de comportamientos imprudentes. La Convención de 1948 está muy condicionada por las políticas nacional-socialistas y especialmente por el Holocausto, donde la eliminación física del pueblo judío constituía la finalidad objeto de las conductas realizadas. Pero, el genocidio se plasma más que en una acción concreta, en una política encaminada a la destrucción física o cultural de un pue-

⁵⁰ Artículo 1 de la Ley núm. 6.001/1973.

⁵¹ La necesaria reforma legislativa, se inició en el año 2009, después de más de veinte años de vigencia de la Constitución, y aún permanece en el Senado Federal brasileño. Texto del proyecto en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125563>

⁵² GIL GIL, A., «El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual», en OLASOLO, H./EIRENE DE PRADA, P., *La evolución de la definición...*, cit., pp. 453 ss., defiende con una sólida argumentación dogmática la inclusión de supuestos de dolo eventual dentro del tipo del genocidio, lo que, como ella misma recuerda, ya mantenía en su tesis doctoral.

blo, a hacer desaparecer su identidad. Ejemplos de genocidio han sido dramáticamente frecuentes en la historia de la humanidad⁵³.

La realidad también pone de relieve, y la de los pueblos indígenas constituye un buen ejemplo, que la destrucción de un pueblo puede constituir una consecuencia no buscada, pero con la que se cuenta o se acepta como resultado de la posible materialización de un riesgo generado por otra actividad, o incluso se espera que no llegue a producirse. Baste de ejemplo, la materialización del riesgo por una obra de infraestructura, o como consecuencia de una deforestación o la incidencia sobre tierras que tienen un especial significado para la cultura de un pueblo y que provocan un desplazamiento no deseado de un pueblo indígena⁵⁴.

2. La revisión de la historia de los indígenas brasileños pone de relieve que en tiempo reciente han tenido lugar hechos que constituirían el delito de genocidio, al producirse actos directamente encaminados a la destrucción física de pueblos indígenas. Los ejemplos recogidos en el ya citado *Relatório Figueiredo* y en la publicación de Norman Lewis, justifican sobradamente el título que este último dio a su artículo⁵⁵. Pero, pese a estas revelaciones y a las que reitera el Informe, la aplicación de la legislación penal a estos hechos brilla por su ausencia. Probablemente, todavía hoy, en buena medida son aplicables las reflexiones de Norman Lewis⁵⁶ en relación con las denuncias presentadas en los casos de «cacerías de indios», tomando como referencia el genocidio de los indios «cintas largas» y como al final, denuncias como esta «descansan por centenares olvidadas en los archivos policiales, simplemente porque la policía ha aprendido a no desperdiciar esfuerzos en intentar lo imposible. Nueve de cada diez crímenes graves probablemente nunca han salido a la luz».

Pese a la gravedad, los hechos denunciados no llegaron a ser objeto de condena, aunque, como se adelantaba, años antes se había incorpo-

⁵³ Vid. SPIGNO, I./ZAMORA, C., «Los orígenes del fenómeno del genocidio», en OLASOLO, H./EIRENE DE PRADA, P., *La evolución de la definición*, cit., pp. 93 ss., en especial, ver, pp. 103 ss., el contenido del epígrafe que titulan «Siglo XX: el siglo de los genocidios».

⁵⁴ Vid. sobre esta problemática GARCÍA RUIZ, A., «Del ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-11, 2018, pp. 1 ss.

⁵⁵ Sirve de ejemplo, LEWIS, N., «Genocidio», cit., pp. 187 ss., donde describe con minuciosidad la terrible acción contra un poblado de estos indígenas promovida por la compañía cauchera Arruda-Junqueira.

⁵⁶ LEWIS, N., «Genocidio», cit., p. 193.

rado a la legislación brasileña el delito de genocidio⁵⁷. Esta ley, aún vigente, se ha aplicado una sola vez, en un episodio que tuvo lugar el 23 de julio de 1993, en una zona minera en Roraima, en la frontera entre Brasil y Venezuela, y que es conocido como «la masacre de Haximu»⁵⁸.

4. *Primera conclusión*

La vía del delito de genocidio tiene en su actual redacción un contenido limitado para poder llegar a ser considerado como un instrumento eficaz para la directa protección de los derechos individuales y colectivos de los indígenas. Esta falta de eficacia es mayor si se le sitúa en un marco normativo como el brasileño, en el que continúan vigentes normas anteriores a la Constitución, de al menos dudosa constitucionalidad, o en el que la incorporación al ordenamiento penal del delito de genocidio no ha pasado de tener un carácter puramente simbólico.

Por otro lado, la utilización de esta figura delictiva en su vigente redacción deja fuera al genocidio cultural, que tiene particular importancia en relación con el mantenimiento del patrimonio cultural brasileño del que forma parte la cultura de estos pueblos, que constituye un rasgo fundamental de su identidad. Esta identidad cultural presenta muchas manifestaciones y choca con demasiada frecuencia con las políticas desarrollistas que continúan considerando a la Amazonia como el gran depósito de materias primas para todo Brasil.

III. Sobre la protección del medio ambiente. Problemas e insuficiencias

1. *A modo de introducción*

1. La necesidad de proteger la naturaleza, a la que se refería Delibes en su discurso de ingreso en la Academia de la Lengua, ha adquirido una dimensión internacional, en especial a partir de la Conferencia de Estocolmo, a la que más tarde se hará referencia. Hoy la

⁵⁷ Vid. el texto de la ley, que reproduce el de la Convenio de Naciones Unidas en www.planalto.gov.br > leis > 12889 (acceso 30 de diciembre de 2020)

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal brasileño, Recurso Extraordinário núm. 351.487, Relator Ministro Cezar Peluso, publicado en 10 de noviembre de 2006.

protección de la naturaleza, para garantizar en último término la vida en el planeta, ha pasado a ser un condicionante de muchas políticas, también de la política penal, pues como recuerda Delmas Marty⁵⁹, . El cambio climático y el calentamiento global han dejado de ser especulaciones de científicos para pasar a constituir imperativos a frenar internacionalmente⁶⁰.

En este contexto hay que situar el reconocimiento constitucional del Derecho al medio ambiente, que sirve de base al bien jurídico del mismo nombre, con rasgos que, como se expone, deben ser tenidos en cuenta si se aspira a llevar a cabo una protección eficaz.

Está fuera de discusión el significado real y simbólico que, con carácter general, tiene la Amazonia respecto a las políticas medioambientales tanto en Brasil como internacionalmente, a lo que hay que agregar, como ya se ha apuntado, la decisiva importancia que el mantenimiento de las condiciones medioambientales de la región tiene para los pueblos indígenas que la habitan⁶¹. Además, en las últimas décadas, el contenido del medio ambiente ha dejado de estar vinculado exclusivamente al ser humano, la concepción antropocéntrica, para tomar como referencia a la propia naturaleza, concepción ecocéntrica⁶². A todo ello hay que añadir la pluralidad de soportes sobre los que se proyecta el medio ambiente, lo que, como se analizará, genera problemas no presentes en otros bienes jurídicos. Aunque algunos de estos soportes ya eran

⁵⁹ DELMAS MARTY, M. «Preface», en NEYRET, L., *Des ecocrimes a l'ecocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. VII.

⁶⁰ La acción del hombre como factor determinante del cambio climático tiene dos vertientes: una vinculada a la industrialización hace que las grandes potencias industriales, China y Estados Unidos ocupen los primeros puestos entre los Estados que en mayor medida inciden sobre el cambio climático; y otra, a menudo directamente vinculada a la anterior, que se da en los países en vías de desarrollo y que con acciones que inciden directamente sobre el bioma proporcionan materias primas, reproduciendo muchas veces prácticas de épocas coloniales.

⁶¹ Ver CIDH, *Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia*, cit., p 197, en la última de las conclusiones con la que da entrada a sus recomendaciones, afirma, «Sin embargo, durante los últimos años se han advertido nuevos problemas que amenazan la supervivencia de estos pueblos, particularmente las alteraciones medioambientales y el cambio climático, hacen cada vez más difícil que puedan mantener sus formas de vida e interacción con el medio ambiente. En ese sentido, con miras a ampliar el campo de reconocimiento, fortalecimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, en concordancia con el desarrollo sostenible de la región, la CIDH propone las siguientes recomendaciones a los Estados que componen la Panamazonía».

⁶² Sobre este punto y sus consecuencias respecto a la protección penal puede consultarse DE LA CUESTA, J. L., «El derecho al ambiente: su protección por el Derecho penal», en *Revue Internationale de Droit penal*, 2017, en <http://www.penal.org/en/e-ridp-2017> (acceso 10 de noviembre de 2020).

objeto de reconocimiento constitucional, de regulación jurídica y de protección penal.

2. En el caso de la Amazonia brasileña, desde los tiempos del Estado Novo de Getulio Vargas, hay referencias constitucionales a la protección de las «bellezas naturales»⁶³, así como normativa administrativa para regularla recogida en los sucesivos códigos forestales⁶⁴. Esta situación de proteger alguno de los soportes, no todos, sobre los que hoy dan contenido al medio ambiente, pero sin utilizar este término, se prolonga hasta la vigencia del actual texto constitucional. Pero las «bellezas naturales» constitucionalmente consagradas cedían, muy especialmente en la región amazónica, frente a una política de desarrollismo, que, tras la depredación colonial⁶⁵, había tenido su primer antecedente en la época del caucho⁶⁶ y que pretendía un aprovechamiento de las materias primas de la región amazónica. Esta política alcanzó su punto álgido durante la dictadura militar, en el pretendido y no real «milagro brasileño». Las grandes obras y el aprovechamiento de los recursos amazónicos, era el principio que orientaba toda la política en la Amazonia y pasaba por la deforestación, por el desconocimiento de los indígenas⁶⁷ como sujetos de derechos, y por ofrecer la Amazonia como un lugar para grandes inversiones y enormes beneficios⁶⁸.

⁶³ El art. 10.III de la Constitución de 1934 establece como competencia de la Unión y de los Estados: «proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte». El texto de la Constitución de 1934 puede consultarse en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

⁶⁴ El primer Código forestal brasileño es de 1934, en vigor hasta su sustitución por el de 1965. En 2012, se aprueba la Ley núm. 12.651 de Protección Nativa, con un contenido muy condicionado por la presión de la «bancada ruralista». La constitucionalidad de la ley fue reconocida por el Tribunal Supremo en una ajustada votación de 6 a 5 en sentencia de 19 de febrero de 2018. Sobre los sucesivos Códigos forestales, ver DUTRA DE PAIVA, G., *Los incendios forestales en la Amazonia brasileña. Propuesta político criminal frente a un riesgo global*, Ratio legis, Salamanca 2021, pp. 64 ss.

⁶⁵ Sobre las primeras presencias de europeos en la región, PADUA, J. A., «Arrastrados por una cega avareza. As origens da crítica a destruição dos recursos naturais amazônicos», en *Revista Ciência Ambiente*, Universidade Federal de Santa Maria, núm.31, 2005.

⁶⁶ Sobre este periodo de tiempo, de 1870 a 1910, y en especial su incidencia en el desarrollo urbano de Manaus y Belém, vid. SARGES, M. de N., «La Belle-Epoque en la Amazonia en la época del caucho», en SANTOS PÉREZ, J. M./ PETIT, P., *La Amazonia brasileña en perspectiva histórica*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2006, pp. 91 ss.

⁶⁷ Sobre la actuación en este periodo respecto a los pueblos indígenas es particularmente revelador el contenido del capítulo que dedica a ello la CNV, Vid. *Relatório da CNV*, vol. 2, p. 203 ss. en <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br>

⁶⁸ RIBEIRO CAPOBIANCO, J. P., «Avanços e recuos da sustentabilidade na Amazônia: uma análise da governança socioambiental na Amazônia», cit., pp. 63 ss.

2. *El medio ambiente de bien jurídico nacional a bien jurídico internacional*

1. En el debate sobre el derecho al medio ambiente y su necesaria protección, que se inicia en la década de 1970, pronto van a estar presentes las consecuencias de la dimensión internacional que pueden llegar a alcanzar los ataques al mismo de una mayor entidad. La causa próxima de esta incorporación hay que situarla, por un lado, en la utilización en la guerra de Vietnam del conocido como «agente naranja» en bombardeos que producen masivas deforestaciones y efectos que llegan hasta nuestros días⁶⁹ y, por otro, en la aprobación de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas que, en 1972, tuvo lugar en la capital sueca, que abre el debate internacional sobre el medio ambiente y sus relaciones con el desarrollo y con la soberanía de los Estados. La lectura de la Declaración continúa hoy siendo obligada. El contenido de su Principio 2, no debe ser olvidado, afirma: «Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga»⁷⁰.

Además, la protección del medio ambiente aparece como una exigencia político criminal en conexión con el carácter social del Estado, lo que lleva a algunas de las nuevas Constituciones a reconocer un derecho al medio ambiente e, incluso, como es el caso de la española o de la brasileña, a imponer la utilización del Derecho penal para su protección⁷¹.

⁶⁹ Vid. VICENTE MARTINEZ, R., «Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes medioambientales y “ecocidio”», en DEMETRIO CRESPO, E./NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Derecho penal económico y Derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 246, donde enumera los efectos de estos bombardeos.

⁷⁰ Particular importancia para la internacionalización del medio ambiente tiene el Principio 21: *De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional*. El texto entre otros lugares puede consultarse en www.upv.es (consulta 11 de noviembre de 20).

⁷¹ El Artículo 45 de la Constitución española establece: *1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

2. Paralelamente, en el campo del Derecho penal, la incorporación del medio ambiente como bien jurídico colectivo constituye una constante en las reformas de los ordenamientos penales. La tutela penal del medio ambiente pasa a ser una propuesta político criminal y dogmática de un importante sector de la doctrina⁷². Esta reforma y sus consecuencias dogmáticas son una de las piezas más significativas del nuevo Derecho penal.

La «Green criminology», al analizar las lesiones de bienes jurídicos colectivos, con especial énfasis en el medio ambiente, se aparta de la limitación que supone el daño vinculado a una infracción de ley, es decir, las consecuencias negativas sobre el medio ambiente, pueden ser ocasionadas por conductas conforme a la ley⁷³. El análisis criminológico con este punto de partida conduce a propuestas político criminales, en este caso particularmente problemáticas, que están condicionadas por factores como las complejas características de este bien jurídico, y, en el caso de los ataques más graves, por su colisión con las políticas de desarrollo o por los rasgos de los autores de estas lesiones, con frecuencia las grandes corporaciones.

3. La Constitución brasileña de 1988, abre un nuevo periodo en la historia de Brasil y también en las políticas respecto a la Amazonia. El nuevo texto constitucional pretende consagrar un modelo de Estado que, según su primer artículo, es, mejor tal vez aspira a ser, aspira a ser, democrático de Derecho. En esta línea, siendo consecuente con la nueva situación internacional respecto a las políticas ambientales, contiene un amplio pronunciamiento sobre el medio ambiente, que inicia afirmando en el artículo 225 que: «Todas las personas tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, el cual es un bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable. El Poder Público y la colectividad tienen el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras».

Esta afirmación inicial es completada con un muy amplio desarrollo en los párrafos siguientes, al señalar las distintas obligaciones que este reconocimiento constitucional del medio ambiente impone a los poderes públicos. A resaltar, para el tema que nos ocupa, el contenido

⁷² Su incorporación al «nuevo derecho penal hay que situarlo dentro de la tutela de los nuevos bienes jurídicos colectivos, Vid. SGUBI, F., «Tutela penali di interesse diffusi», en la *Questione criminale*, 3, 1975, pp. 439 ss.

⁷³ Ver las páginas que dedica a este punto, y que suscribo, DE PABLO SERRANO, A., «El expolio de recursos naturales de la *Green Criminology* a un nuevo y necesario Derecho penal internacional del medio ambiente», en *cit.*, pp. 3 ss.

del párrafo 3, que establece: «Los infractores, personas físicas o jurídicas, que tengan conductas o realicen actividades consideradas perjudiciales para el medio ambiente, estarán sujetos a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados» y el del párrafo 4, «La Selva Amazónica brasileña, el Bosque Atlántico, la Sierra del Mar, el Pantanal de Mato Grosso y la Zona Costera son patrimonio nacional, y su uso se realizará, de conformidad con la ley, en condiciones que garanticen la preservación del medio ambiente, incluyendo el uso de los recursos naturales».

Es indudable que el pronunciamiento constitucional sobre el medio ambiente abre no solo la necesidad de proyectarse sobre el contenido de las políticas públicas, que se seguían hasta entonces, sino también sobre el propio contenido que la Constitución le confiere al tener que ser este objeto de una interpretación acorde con el modelo de Estado que en la misma se recoge⁷⁴.

Los nuevos marcos constitucionales se traducen con carácter general en la incorporación en los Códigos penales nacionales, caso español, o en una ley especial, caso brasileño, de delitos contra el medio ambiente. El recurso al Derecho penal aparece acompañado de la regulación administrativa de los límites del contenido de las distintas proyecciones del medio ambiente, así como del recurso al Derecho administrativo sancionador.

4. En Brasil, las disposiciones constitucionales referidas al medio ambiente llevaron a los siguientes gobiernos brasileños a un importante desarrollo institucional y normativo, y a cambios en la política de desarrollismo que hasta entonces se seguía en la Amazonia⁷⁵, aunque, como más adelante se expone, la política del actual gobierno ha supuesto en buena medida el retorno a las viejas y fracasadas políticas desarrollistas de tiempos pasados.

En estas décadas el freno a la deforestación va a ser un objetivo prioritario de los sucesivos gobiernos, ciertamente no siempre con éxito⁷⁶, plasmado en la adopción de medidas organizativas y normativas

⁷⁴ El tema es abordado en extenso por MORATO LEITE, J. R./PARENTE NEIVA, B./PERALTA, C. E., «Derecho constitucional ambiental brasileño a la luz de una posmodernidad», en *Revista catalana de Dret Ambiental*, vol. V, núm. 1, 2014, pp.1 ss.

⁷⁵ Vid. entre las publicaciones más recientes, SILVA, M. D., «Amazônia e o desenvolvimento: aspectos da trajetória das políticas públicas na região», cit., pp. 222 ss.

⁷⁶ Puede consultarse el cuadro elaborado por RIBEIRO CAPOBIANCO, J. P., «Avanços e recuos da sustentabilidade na Amazônia», cit., p. 69, que recoge la evolución de la deforestación de 1988 a 2017. Tras unos resultados irregulares, a partir de 2004 y hasta 2017 se había producido una constante de notable disminución de la superficie deforestada.

encaminadas a la protección de la selva amazónica consecuencia de la política que, con carácter general, se pasaba a dispensar al medio ambiente y de la sensibilización de la opinión pública. Todo ello era el resultado de la presión internacional y de la acción de las ONG que tenían la protección del medio ambiente como signo de identidad.⁷⁷ Estas nuevas políticas generaron un protagonismo de Brasil en la internacionalización del medio ambiente y alcanzaron un importante apoyo por parte de otros Estados. Así, Rio de Janeiro, en 1992, fue sede de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, el contenido de cuya Declaración posee una especial relevancia⁷⁸. Particular interés presenta el Principio 22 que establece: «Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible».

Por otra parte, en lo referido a la Amazonia, con ocasión de la Conferencia, se crearon fondos internacionales encaminados a apoyar el desarrollo sostenible de la región. Ciertamente las políticas de los gobiernos democráticos no han sido homogéneas. Pero, en especial en la primera década del presente siglo el desarrollo sostenible y el compromiso con las políticas para frenar el calentamiento global era un signo de identidad en la política brasileña, que vino acompañada por un incremento del apoyo internacional en el que fue particularmente significativo la creación del Fondo Amazonia.⁷⁹

4. De este periodo de vigencia de la Constitución de 1988 es la Ley núm. 9.605 de 12 de febrero de 1998,⁸⁰ que establece sanciones penales y administrativas para conductas y actividades lesivas del medio ambiente. La ley, por otro lado, es la única norma que en el ordena-

⁷⁷ Es, de acuerdo con RIBEIRO CAPOBIANCO, J. P., «Avanços e recuos da sustentabilidade na Amazônia, cit., pp. 65 ss., un segundo ciclo que se prolongará hasta los primeros años del siglo XXI y que denomina, de «interrupción de las políticas de integración forzada y de surgimiento de políticas de protección del bosque amazónico en el Brasil (mediados de la década de 1980 a los inicios de la década de 2000)».

⁷⁸ El texto de los 27 principios en los que se plasma la Declaración de Río puede consultarse en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm> (acceso 14.12.2020).

⁷⁹ Ver el contenido del artículo de MARCOVICH, J./PINSKY, V., «Um retrato da Amazônia planetária», en *Revista de Estudos Brasileños*, vol. 6. núm. 11, 2019, pp.169 ss., con especial referencia al protagonismo y compromisos de Brasil en la Conferencia del Clima de París de 2015. Papel muy distinto al que tuvo en la Conferencia celebrada en Madrid en 2019.

⁸⁰ El texto de la ley puede consultarse en www.planalto.gov.br > leis > 19605 (consulta 17 de noviembre de 2020).

miento brasileño reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecer en su artículo 3 que, «Las personas jurídicas tendrán responsabilidad administrativa civil y penal conforme a lo dispuesto en esta Ley, en los casos en que la infracción haya sido cometida por decisión de sus representante legal o contractual o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de su entidad Parágrafo único. Las responsabilidades de las personas jurídicas no excluyen la de las personas físicas, autoras, coautoras o participe del mismo hecho».

La ley recoge una amplia lista de penas a imponer a la persona jurídica, estas son, de acuerdo con el artículo 21, multa, penas restrictivas de derechos y prestación de servicios a la comunidad, y en concreto, entre otras, además de la multa, la prohibición de contratación y la restauración del daño causado. Las penas se establecen respecto a una muy amplia serie de delitos que el legislador diferencia, en función del sector del medio ambiente que resulta afectado. Con aplicación de este criterio agrupa los comportamientos objeto de sanción penal en: delitos contra la fauna, contra la flora⁸¹, polución y otros delitos ambientales, delitos contra el ordenamiento urbano y el patrimonio cultural y delitos contra la administración ambiental.

5. En síntesis, en Brasil existen normas para la protección del medio ambiente, una cuestión distinta es el contenido real de su aplicación⁸². El hecho es que, en la práctica, son mucho más frecuentes los procesos que tienen por objeto casos de poca entidad en términos de impacto sobre el medio ambiente, ante la dificultad que presenta la actuación frente a los que tienen una mayor importancia. Además, hay que tener presente el elevado número de acuerdos anteriores al inicio del proceso que hace pasar a primer plano la discusión sobre el «coste

⁸¹ Artículo 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente: (Incluído pela Lei núm. 11.284, de 2006). Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa (Incluído pela Lei núm. 11.284, de 2006). § 1º Não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família (Incluído pela Lei núm. 11.284, de 2006). § 2º Se a área explorada for superior a 1.000 ha (mil hectares), a pena será aumentada de 1 (um) ano por milhar de hectares (Incluído pela Lei núm. 11.284, de 2006).

⁸² Sobre todos los problemas de aplicación de las normas penales y administrativas, *Vid. DUTRA DE PAIVA, G., Los incendios forestales en la amazonia brasileña*, cit., pp. 70 ss. Un artículo, al que más adelante volveré a hacer referencia, de GALARRAGA GORTAZAR, N. «Un puñado de inspectores para vigilar toda la Amazonia», *El País* 6 de enero de 2021, como segundo titular resaltaba, «Las multas por delitos ecológicos se desploman en el Brasil de Bolsonaro pese al récord de deforestación en 2020».

beneficio», que estos acuerdos tienen para el imputado cuando tienen por objeto los daños ambientales⁸³.

También es cierto que hay una falta de estudios sobre la aplicación de la ley de los delitos ambientales en la primera instancia de la justicia federal, por la dificultad para la obtención de datos. Los datos a los que se tiene acceso se refieren a los casos que llegan a los tribunales por recurso a la sentencia de un juez unipersonal, lo que, evidentemente, no es suficiente para hacer un retrato fiel de la aplicación de esta ley en Brasil.

3. *Una reflexión sobre el medio ambiente como bien jurídico global*

a. EL MODELO DE ESTADO Y LA INTERNACIONALIZACIÓN COMO CONDICIONANTES

1. La evolución del modelo de Estado, unida a la internacionalización, genera dos consecuencias sobre la tutela del medio ambiente: por un lado, lleva a los distintos ordenamientos estatales a asumir su protección, en especial mediante el Derecho administrativo y el Derecho penal, y por otro, abre el debate sobre la elaboración de instrumentos internacionales que garanticen una respuesta eficaz frente a los ataques de mayor importancia, lo que tiene consecuencias sobre la evolución del Derecho penal internacional. En ambos campos, nacional e internacional, va a estar presente la colisión, o al menos la tensión, del medio ambiente con el derecho al desarrollo que se plasma en las políticas de cada Estado.

2. Los distintos soportes sobre los que se proyecta el medio ambiente y la posible distinta entidad de los menoscabos constituyen cuestiones claves para la articulación de una política criminal racional y efectiva. En el diseño de esta política criminal hay que tener en cuenta al menos tres ramas del ordenamiento jurídico: naturalmente, el Derecho penal, pero no solo, para los ataques de menor entidad debería bastar el Derecho administrativo sancionador, pero para los de mayor trascendencia, los que afectan globalmente a la vida en el planeta hay que considerar al Derecho penal internacional y contemplar la consi-

⁸³ Estos acuerdos son el denominado «transação penal» y «suspensão condicional do processo». Sobre las consecuencias de su aplicación a los delitos ambientales, *vid.* DUTRA DE PAIVA, G., *Los incendios forestales en la amazonia brasileña*, cit. pp.71 ss.

deración de las conductas más graves como delitos internacionales. En este último punto, hay que pronunciarse sobre la construcción doctrinalmente reclamada del delito de ecocidio.

En las últimas décadas, al hilo de distintas conferencias internacionales de carácter global o regional, se ha desarrollado un Derecho internacional del medio ambiente con importantes aportaciones doctrinales⁸⁴. En este campo se busca alcanzar políticas coordinadas entre los distintos Estados, lo que no es fácil dado el distinto nivel de desarrollo y las distintas políticas internas, e incluso se aspira a la elaboración de un delito internacional referido a los ataques al medio ambiente que supongan un riesgo para la vida en el planeta, un riesgo global.

Juste Ruiz⁸⁵ subraya la trascendencia que en la protección internacional del medio ambiente debe tener el principio de «responsabilidades comunes pero diferenciadas», recogido en la Declaración de Río 1992, ya que es distinta la responsabilidad de los Estados en la degradación ambiental del planeta. Plasmarse este principio, el 7 de la Declaración de Río, lo que aún no se ha logrado, es clave para una política medioambiental efectiva frente a riesgos globales.

El debate obviamente se ha trasladado también al campo penal, en el marco de la conveniencia de una ampliación del Derecho penal internacional plasmado en la creación de un delito de «ecocidio.» Aunque, como recientemente ha recordado Adán Nieto⁸⁶, en los debates sobre este tema no solo sigue estando presente la vieja discusión entre los que defienden una concepción antropocéntrica y otra, que suscribo, ecocéntrica del medio ambiente, sino que también «la tutela del medio ambiente está impregnada de una fuerte visión nacional incompatible claramente con su naturaleza global.» Este debate, entre soberanía nacional y consecuencias internacionales, es particularmente agudo respecto a la Amazonia y encubre además el choque entre un determinado modelo de desarrollo y la protección del medio ambiente.

La presión internacional para la adopción de políticas medio ambientales que busquen un desarrollo sostenible⁸⁷ y garanticen la protec-

⁸⁴ Una buena síntesis de este Derecho internacional ambiental puede verse en JUSTE RUIZ, J., «El derecho internacional frente a los desafíos ambientales globales», en MERCADO PACHECO, P., y otros, *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 121 ss. o en TELES DA SILVA, S., *O Direito ambiental internacional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2010.

⁸⁵ JUSTE RUIZ, J., «El derecho internacional frente a los desafíos ambientales globales», cit., p.133.,

⁸⁶ NIETO SÁNCHEZ, A., «Cambio climático y Derecho penal internacional del medio ambiente», en *Jueces para la democracia*, 98, julio 2020, pp. 61 ss.

⁸⁷ El alcanzar un desarrollo sostenible, aquel que hace compatible desarrollo y mantenimiento del medio ambiente, fue pretensión de la Declaración de Río sobre medio ambiente

ción del bioma amazónico da pie en Brasil a planteamientos erróneamente nacionalistas, potenciados y queridos por el actual gobierno y facilitados por declaraciones de figuras internacionales a veces sacadas de contexto⁸⁸.

b. SOBRE EL BIEN JURÍDICO MEDIO AMBIENTE

1. Con carácter general hasta ahora la historia del recurso al Derecho penal para proteger el medio ambiente es, hay que reconocerlo, una historia de fracaso, pues sigue estando pendiente el dar respuesta a como el Derecho penal puede proteger al medio ambiente en especial frente a aquellos ataques, los más graves, que tienen una dimensión o un componente internacional, bien por sus efectos, bien por su forma de comisión.

En el primer grupo están aquellas acciones que ponen en riesgo las condiciones de vida en el planeta, estamos, por tanto, ante un bien jurídico de naturaleza global, en el segundo, aquellas, normalmente vinculadas a criminalidad organizada como puede ser el tráfico de especies protegidas o de materias primas ilegalmente obtenidas, en los que la internacionalidad se vincula al desvalor de acción, al implicar a varios Estados.

En un muy interesante artículo, Beuvais⁸⁹ analiza los problemas políticos y jurídicos que dificultan la internacionalización de la protección penal del medio ambiente. El obstáculo clave radica en el ya apuntado ejercicio de la soberanía por parte de los distintos Estados, que se plasma en diferentes políticas respecto a sus recursos, lo que consecuentemente se traduce en distintas políticas respecto al medio ambiente. Este conflicto es de difícil solución en especial por el señalado distinto grado de desarrollo de los países, y porque hay que dar una respuesta aceptable a los países en vías de desarrollo, que materialice el mencionado principio de «responsabilidades comunes pero diferenciadas». Lo

de 1992 y Conferencia de Río de 2012, Río + 20, *vid.* DE VICENTE MARTINEZ, R., «Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y “ecocidio”», en DEMETRIO CRESPO, E./NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, *cit.*, pp. 247 ss.

⁸⁸ Ver la exposición y análisis de esta problemática que efectúa, SILVA GUEVARA, G., «Intervencionismo y medio ambiente: el caso de la Amazonía Brasileña», en *Revista de relaciones internacionales estrategia y seguridad*, Bogotá (Colombia) vol. 12, núm. 1, enero-junio. pp. 209 ss.

⁸⁹ BEUVAIS, P., «Les limites de l'internationalisation de droit pénal de l'environnement», en NEYRET, L., *Des ecocrimes a l'ecocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 3 ss.

que trae consigo las consecuencias del principio de solidaridad, que se materializan en políticas de colaboración exigibles a los países desarrollados. Estas se justifican en una deuda histórica de raíces coloniales, y en el aprovechamiento de las materias primas procedentes de los países en vías de desarrollo que llevan a cabo los países que ya lo han alcanzado⁹⁰. Principio al que unir el reiteradamente plasmado en muchos de los actuales textos internacionales, de «quien contamina paga» y ciertamente las grandes potencias industriales contaminan.

2. Es preciso, por tanto, continuar profundizando en los rasgos del medio ambiente para poder diseñar las vías para una eficaz protección del mismo. Pues, tanto en el campo del derecho de cada Estado como en el ámbito internacional, los rasgos del nuevo bien jurídico y las implicaciones políticas de los límites de su tutela van a plantear obstáculos que requerirán nuevas respuestas o revisar las tradicionalmente adoptadas.

El medio ambiente presenta, al igual que otros bienes jurídicos colectivos, problemas y peculiaridades, con frecuencia difíciles de abordar desde estructuras dogmáticas construidas sobre el estudio de bienes jurídicos individuales. El primer rasgo del bien jurídico medio ambiente es la señalada pluralidad de soportes sobre los que puede proyectarse. Por lo que es un buen ejemplo para diferenciar entre objeto del delito y bien jurídico. El medio ambiente, sin pretensión de exhaustividad, puede referirse a soportes biológicos, forestales, agua, animales, etc.

El menoscabo del medio ambiente puede tener, de hecho tiene, una distinta magnitud, lo que puede llevar a diferencias sustanciales. Por otro lado, las consecuencias negativas de una actuación sobre el medio ambiente pueden materializarse en el presente y tener resultados aplazados, nuevas consecuencias en momentos futuros, o ser consecuencia de una política constante que se plasma en distintos comportamientos de un mismo contenido, lo que lleva a la necesidad de acumular resultados para poder valorar la entidad del daño. También sus efectos pueden no limitarse al lugar donde radique el objeto y afectar a otros territorios o incluso todo el planeta. La magnitud que pueden llegar a alcanzar las consecuencias de determinados comportamientos constituye la otra cara, la negativa, del progreso. Estamos ante un bien jurídico los resultados de cuya lesión pueden llegar, por tanto, a materializar un riesgo de naturaleza global.

⁹⁰ Vid., JUSTE RUIZ, J., «El derecho internacional frente a los desafíos ambientales globales», cit., p. 134.

Estos rasgos del bien jurídico tienen también consecuencias sobre la determinación del titular del mismo, no de su soporte, en especial en los casos de gran magnitud de la lesión del medio ambiente, aquella que puede llegar a alterar las condiciones de vida en el planeta. Es decir, en estos casos, el medio ambiente no está limitado por las fronteras de los Estados, si lo están los objetos o los soportes en las que el mismo se materializa. Pero, el profundizar en el carácter plural de los objetos sobre los que se proyecta el medio ambiente lleva a un primer plano las relaciones de este bien jurídico con otros subyacentes, lo que queda puesto de manifiesto en las grandes catástrofes medioambientales⁹¹.

En el marco en el que centramos estas páginas hay que tener presente la relación del medio ambiente con los derechos reconocidos a los pueblos indígenas de la Amazonia y con el especial significado que tiene para los mismos el medio ambiente y su relación con la tierra en la que habitan desde tiempos ancestrales. Baste el señalado ejemplo de la deforestación⁹² masiva que además de su incidencia sobre el medio ambiente en muchos casos también la tiene sobre la cosmovisión indígena. Es decir, determinadas manifestaciones del expuesto genocidio cultural con frecuencia se llevan a cabo a través de una lesión del medio ambiente. Son supuestos en los que la destrucción del medio ambiente originario constituye el medio para la supresión de la cultura de los pueblos indígenas o para producir una emigración obligatoria.

Es significativo que la Corte Interamericana, en las sentencias que abordan los derechos de los pueblos indígenas, de modo reiterado se haya centrado en sus derechos sobre sus tierras originarias y en ellas insista en que al lesionar sus derechos sobre las mismas se está violando «sus derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano»⁹³.

⁹¹ En Brasil, además de la incidencia negativa de las políticas ambientales en la Amazonia, ha habido también otras catástrofes ambientales, basta con mencionar las dos más recientes, la rotura de la presa de Mariana en 2015 y la de la presa de Brumadinho, en 2019, ambas en Minas Gerais. Pero las grandes catástrofes ambientales también han tenido lugar en España y en otros países europeos, *vid.* ARROYO ZAPATERO, L. A./DE PABLO SERRANO, A./GIMENO BEVÍA, J., «Historical Pollution in Spain: A Powerful Legal Framework for a Few Past Cases» en CENTONE, F/ MANACORDA, S., *Historical pollution. Comparative legal responses to environmental crimes*, Springer International Publishing AG 2017, pp. 265 ss.

⁹² Sobre la deforestación tiene elevado interés el reciente artículo de ESCOBAR, H., «Desmatamento da Amazônia dispara de novo em 2020», en <https://jornal.usp.br/ciencias/desmatamento-da-amazonia-dispara-de-novo-em-2020>, con datos cuantitativos contrastados oficialmente, constata el aumento de la deforestación amazónica en un 34%.

⁹³ La cita es de la sentencia más reciente, *Argentina vs. Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)*. *Vid.* www.corteidh.or.cr (acceso 27 de noviembre de 2020). En el caso brasileño la sentencia que condena a Brasil es, *Caso Pueblo Indígena*

3. El menoscabo del medio ambiente tiene también muchas veces un significado económico, por su apuntada relación con el desarrollo de esta naturaleza, que crea escenarios que a veces le relacionan con delitos propios de la criminalidad organizada, sirvan de ejemplo, entre otros posibles, los supuestos de corrupción nacional e internacional⁹⁴ o de tráfico de especies animales protegidas⁹⁵.

A todas las cuestiones enumeradas hay que agregar una última y muy importante apreciación, tener en cuenta que los ataques más importantes al medio ambiente son llevados a cabo por grandes corporaciones en su mayor parte multinacionales. El tener una respuesta frente a esta realidad con razón calificada por la doctrina⁹⁶, como el segundo pilar de un Derecho penal del medio ambiente, debe situarse en el marco de la evolución del Derecho penal económico. Esto hace que también aquí el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se refiera tanto al Derecho penal nacional como al internacional. En este último, la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas presenta dificultades añadidas, vinculadas al contacto de las multinacionales con el poder político, o a entender que el problema es exclusivamente del país donde se produce el resultado pero no del de la sede principal de la multinacional, los ejemplos de corrupción internacional son aquí particularmente significativos⁹⁷. Junto a este obstáculo hay que salvar las dificultades que se derivan de la estructura de las grandes multinacionales que, en general, condicionan todos los escalones de la criminalización secundaria. No se puede dejar de tener en cuenta el poder de las grandes corporaciones, que condiciona tanto el Derecho internacional como en el Derecho penal internacional⁹⁸.

Xucuru y sus miembros versus Brasil. Sentencia de 05 de febrero de 2018. Disponible en www.corteidh.or.cr (acceso 27 de noviembre de 2020).

⁹⁴ Por todos ver las páginas que dedica a este tema DE PABLO SERRANO, A., «El expolio de recursos naturales...», cit., en especial pp.17 ss.

⁹⁵ Con carácter general ver https://www.unodc.org/documents/Wildlife/Toolkit_s.pdf (acceso 13/01/2021), puede consultarse la publicación *Herramientas para el análisis de los delitos contra la vida silvestre y los bosques*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012.

⁹⁶ En nuestra doctrina en este punto son determinantes las aportaciones que ha llevado a cabo NIETO MARTÍN, A., «Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma* (16) 2012, pp.137 ss.

⁹⁷ Con carácter general Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El soborno internacional: Normas, obstáculos y propuestas», en Demetrio Crespo, E. (Director), *Derecho penal económico y teoría del delito*, cit., pp. 569 ss. Con carácter específico referido al Derecho penal internacional del medio ambiente, DE PABLO SERRANO, A., «El expolio de recursos naturales. De la Green criminology», cit., pp.17 ss.

⁹⁸ Tienen particular interés los artículos de FORCADA BARONA, I., «Derecho internacional responsabilidad social corporativa y Derechos Humanos» y ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y Derechos Humanos. Una valoración desde la reforma

En este punto hay que mencionar la beligerante posición de Francia con la ley nacional de 2017, «Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países»⁹⁹. También, un ejemplo muy significativo, en sentido opuesto, lo constituye el caso de la petrolera Chevron, condenada en Ecuador por los daños medioambientales causados en la Amazonia ecuatoriana y absuelta más tarde en Nueva York¹⁰⁰.

4.- Las dificultades para una política criminal eficaz frente a las conductas lesivas del medio ambiente se incrementan por el reiterado empleo por el legislador de la técnica de las leyes penales en blanco¹⁰¹, que en último término lleva a que el carácter delictivo de una conducta dependa del contenido y alcance de la regulación administrativa, lo que incide en toda la problemática de las fuentes del Derecho penal. Por otro lado, esta técnica de tipificación y el carácter secundario del Derecho penal pueden llevar a que la amenaza de la sanción penal sea puramente simbólica, y a constituir un obstáculo adicional para una respuesta de carácter internacional. Por tanto, es preciso llevar a cabo una reflexión general sobre el Derecho ambiental y muy especialmente sobre las respuestas que se dan desde el Derecho administrativo y el Derecho penal¹⁰².

Las consecuencias de recurrir a esta técnica en los tipos penales son particularmente graves, pues hace depender su contenido directamente

de 2025 de la legislación española», ambos en DEMETRIO CRESPO, E./NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

⁹⁹ Ver DURÁN AYAGO, A., «Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (a propósito de la ley francesa 2017-399, de 27 de marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales)», en *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, t. XVIII, 2018, en especial ver los casos a los que se refiere en p. 326.

¹⁰⁰ Sobre este caso puede consultarse, MARTIN-CHENUT, K./PERRUSO, C., «L'affaire Chevron-Texaco et l'apport des projets de convention ecocrimes et ecocide a la responsabilisation penales des entreprises transnationales», en Neyret, L. (Director), *Des ecocrimes a l'ecicide*, cit., pp. 81 ss.

¹⁰¹ Con carácter general sobre los problemas que las leyes penales en blanco plantean para el principio constitucional de legalidad penal, puede consultarse el espléndido artículo de ARROYO ZAPATERO, L. A., «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm.8 1983, en especial pp. 30 ss.

¹⁰² Para racionalizar las propuestas político-criminales se requiere tener presente la gravedad que puede alcanzar el menoscabo del medio ambiente y recurrir al Derecho penal solo frente a los ataques de mayor gravedad, pues lo político criminalmente razonable es utilizar el Derecho administrativo sancionador frente a comportamientos que únicamente supongan un quebrantamiento de una regulación administrativa o frente a aquellos que supongan un menoscabo de pequeña entidad. Las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo tienen una especial importancia respecto al medio ambiente. En relación con nuestro Derecho el tema fue abordado hace ya tiempo por MATELLANES RODRIGUEZ, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000.

de la política de desarrollo y de aprovechamiento de los recursos naturales, que se siga en un determinado momento histórico. No pueden olvidarse las consecuencias que la política ambiental tiene sobre la realidad en la que se materializa el medio ambiente.

Una buena prueba de lo expuesto se encuentra, por ejemplo, en el artículo 50A de la ley que establece como delito, «deforestar, explotar económicamente o degradar el bosque, nativo o plantado, en tierras de dominio público o desarrolladas sin autorización del órgano competente». La consecuencia es clara, la consideración de una conducta de deforestación como delictiva está condicionada por el contenido de dos decisiones de la Administración, pues se requiere que se trate de una tierra, que haya sido considerada de dominio público y que la deforestación se haya llevado a cabo sin autorización del órgano competente¹⁰³.

El examen de la evolución de la deforestación en la Amazonia aparece directamente vinculada a la política de desarrollo económico que se plasma en las señaladas decisiones de la Administración. Esta última apreciación hace que no se pueda obviar la valoración de las posibles responsabilidades de la Administración en la adopción de normas, o en la interpretación de las existentes, que posibiliten o faciliten las lesiones del medio ambiente.

4. Segunda conclusión

a. LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA AMAZONIA

Con independencia de otras consideraciones, la pregunta a resolver es si la protección del medio ambiente en la Amazonia dispensada por la legislación brasileña se acomoda a la consideración del medio ambiente no solo como bien jurídico colectivo, sino como bien jurídico colectivo de titularidad internacional con las consecuencias políticas y jurídicas que de ello se derivan.

La eficaz protección del medio ambiente pasa por dos escalones: el primero es el contenido de las normas; el segundo es la existencia de medios materiales y humanos que hagan efectiva esta protección y que materialicen la demandada y necesaria presencia del Estado. En ambos

¹⁰³ El tipo de este artículo recoge un caso clásico de *grilagem*, que, como ha sido expuesto, comprende justamente aquellos hechos en que hay falsificación de documentos para el dominio de tierras públicas y su explotación.

escalones es preciso adoptar mejoras, siendo fundamental algo que hoy parece dudoso, la voluntad política de llevarlo a cabo.

Como se ha expuesto, las cifras de los impactos ambientales en la Amazonia son particularmente elevadas, con especial aumento en los dos últimos años. Este hecho, además demuestra las consecuencias negativas sobre el bioma amazónico de una errónea política de desarrollo y en conexión con ella de una equivocada política medio ambiental. La consecuencia es clara, la protección de la Amazonia es un tema que no puede ser ignorado ni nacional, ni internacionalmente y que requiere ser objeto de una urgente reflexión.

Aunque en Brasil el medio ambiente tenga la protección garantizada por la Constitución Federal, un Código forestal¹⁰⁴ y una ley penal dirigida a esta finalidad, la realidad de la Amazonia muestra que hasta ahora la respuesta legislativa es insuficiente para lograr el resultado pretendido, pues no basta con tener buenas leyes, en caso de que estas lo sean, sino que es preciso la adopción de políticas que conduzcan a su aplicación.

Un conocido medio de comunicación, en un reciente artículo analizaba la protección del medio ambiente amazónico y, significativamente, lo titulaba, «Un puñado de inspectores para vigilar toda la Amazonia»¹⁰⁵. Todos los datos sobre la situación actual llevan a afirmar, que es un buen ejemplo de la falta de voluntad política de llevar a cabo una protección del medio ambiente, que se plasma en priorizar un desarrollo a la «antigua usanza», en retornar al neocolonialismo sobre los pueblos indígenas y en ignorar, recurriendo a un erróneo nacionalismo, los efectos globales del mantenimiento y protección del bioma amazónico. Baste recordar algunos significativos ejemplos de esa falta de voluntad política y de sus consecuencias. El presidente Bolsonaro, mediante la medida provisional 870/2019, transfirió la competencia para la demarcación de tierras indígena, pieza clave para la racionalización de una política ambiental que posibilite un desarrollo sostenible, de la FUNAI al Ministerio de Agricultura, Ganadería y Abastecimiento, que es justamente el sector económico más interesado en el control de tierras, en los latifundios y en el aumento de las grandes producciones. No debe

¹⁰⁴ Sobre el contenido del Código forestal ver las aportaciones de la Academia Brasileña de Ciencias, en SILVA, J. A. A., y otros, *O código florestal e a ciência: contribuições para o dialogo*, ABC, Sao Paulo, 2011.

¹⁰⁵ El artículo firmado por GALARRAGA GORTAZAR, N., «Un puñado de inspectores para vigilar toda la Amazonia», *El País* 6 de enero de 2021, como segundo titular resaltaba, «Las multas por delitos ecológicos se desploman en el Brasil de Bolsonaro pese al récord de deforestación en 2020».

olvidarse el peso político de la denominada «bancada ruralista». Acertadamente, el Supremo Tribunal Federal, después de diversas acciones cuestionando la legalidad de la medida, ha suspendido la referida decisión y, por lo tanto, la competencia sigue siendo de la FUNAI.

El Instituto Brasileño del Medio Ambiente (IBAMA), que cuenta para sus labores con apoyo tecnológico importante, con seguimiento satelital de las deforestaciones¹⁰⁶, tiene sobre el terreno una importante limitación de recursos humanos para hacer efectiva la reiteradamente requerida presencia efectiva del Estado. La información de Galarraga Gortazar, denuncia estas carencias, que son evidentes si se pone en relación el número de funcionario con la extensión del territorio¹⁰⁷. Todo lo cual lleva a la ineficacia de políticas de la protección del medio ambiente amazónico, si es que realmente ese fuera su objetivo.

Las consecuencias de esta situación son muy graves para el medio ambiente, pueden señalarse entre otras: los incrementos significativos de la deforestación, la disminución efectiva de las sanciones, el volumen de las deforestaciones ilegales¹⁰⁸ y la pérdida de apoyo internacional, con la supresión del Fondo Amazona y la paralización del Convenio Mercosur-Unión Europea, unidas a la posible adopción de medidas para no importar productos del agronegocio que estén contaminados por el contenido de la política ambiental brasileña¹⁰⁹. La situación, por tanto, es particularmente preocupante para la Amazonia y para sus mo-

¹⁰⁶ El satélite que envía los datos en tiempo real, proyectos DETER y PRODES, permiten conocer los datos de la deforestación amazónica y posibilitarían llevar a cabo una eficaz política para limitar esas actividades. La falta de voluntad política queda reflejada en el cese, en 2019, del responsable de estos datos y, con carácter general, en el contenido del artículo de ESCOBAR, H., «Desmatamento da Amazônia dispara de novo em 2020», cit.

¹⁰⁷ Los datos de 2020, el número de fiscales del IBAMA en 2010, por ejemplo, era de 1.311, mientras que en 2019 es de 591. Hubo una reducción de 55% de sus efectivos. La cifra se refiere a la totalidad de Brasil, en el estado de Amazonas, con una extensión tres veces mayor que la de España, hay poco más de una veintena, un puñado de policías y varias decenas de uniformados del Batallón ambiental de la Policía Militar, *vid.* GALARZA GORTAZAR, N., «Un puñado de inspectores para vigilar toda la Amazonia», cit.

¹⁰⁸ Es especialmente revelador el Informe anual sobre deforestación elaborado por MAPBIOMAS, que pone de relieve el volumen de las deforestaciones ilegales, <http://alerta.mapbiomas.org/relatorios> tras analizar los datos concluye: «Ao cruzar os dados com imóveis com desmatamento autorizado, que respeitam a Reserva Legal, APP e nascentes, e que não sobreponham com áreas protegidas (UC e TI), apenas 105 dos 56.867 alertas, ou 0,2% (0,5% em área), atendem às regras para legalidade. Estes índices apontam um nível de irregularidade do desmatamento no Brasil acima de 99%».

¹⁰⁹ Son particularmente reveladores los datos recogidos por ESCOBAR, H., «Desmatamento da Amazônia dispara de novo em 2020», *cit.*, sobre lo que en un reciente artículo de la *Revista Science* se califica como «las manzanas podridas del agronegocio brasileño», en el que se sostiene que el 2% de los propietarios rurales son responsables del 60% de las deforestaciones ilegales.

radores y se aparta con claridad de los imperativos constitucionales y de los compromisos internacionales de Brasil.

b. LA NECESARIA INTERNACIONALIZACIÓN, EL LARGO CAMINO HACIA EL ECOCIDIO

1. En lo que se refiere al escalón normativo, un paso importante, para la protección del medio ambiente en la Amazonia, fue en su momento, en desarrollo del texto constitucional, la promulgación de la mencionada ley de crímenes ambientales de 1998, en la que, además, como se expuso, se reconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero no pueden valorarse positivamente sus efectos respecto a la protección del medio ambiente como bien jurídico global, pues responde a una dimensión nacional del mismo, máxime si se tiene en cuenta el contenido del criticado nuevo Código forestal y la técnica de leyes penales en blanco a la que recurre el legislador. Por tanto, todavía hay un largo camino a recorrer para que tengan cabida en la legislación brasileña los efectos internacionales del menoscabo ambiental.

2. Tal camino pasa por la adopción del delito de ecocidio como delito internacional, que lleve a unificar el tratamiento dispensado por los distintos Estados a los ataques al medio ambiente que supongan un riesgo global, lo que además posibilitaría una respuesta eficaz frente a la frecuente implicación en estos casos de grandes multinacionales. Lograr este objetivo pasa por la aprobación de un tratado internacional con este contenido, que en este momento está muy lejos de conseguirse.

Sobre las conductas que debería contemplar este delito, entiendo, al igual que un importante sector de la doctrina, que tiene que comprender no solo conductas dolosas, también comportamientos imprudentes, en el marco de la actividad de estas personas jurídicas, a los que sean objetivamente imputables estos daños. Como se ha señalado en el caso de la Amazonia, las políticas seguidas por el actual gobierno brasileño tanto el contenido de las normas, como en su aplicación, entiendo que, en bastantes casos, favorecen más que dificultan conductas que menoscaban el medio ambiente amazónico. Como se ha apuntado, el medio ambiente puede ser objeto de un riesgo global, no solo por una acción concreta, sino por una reiterada serie de acciones de un mismo o análogo contenido, los incendios en la Amazonia son un buen ejemplo. En estos casos, hay que plantearse la eventual responsabilidad pe-

nal de quienes toman esas decisiones y la nulidad de las normas que lo posibilitan. Para llegar a esta conclusión, hay que recordar y proyectar sobre estos casos los principios básicos del Derecho penal internacional, en especial la consideración del *ius cogens*, y recordar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La vía para hacer valer una posición político-criminal de este contenido pasa por la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁰.

3. Esta nueva dimensión del Derecho penal internacional se completa con la reflexión sobre las sanciones¹¹¹ a las que debe recurrirse en estos casos y con el debate sobre la conveniencia del establecimiento de la jurisdicción competente para garantizar el juzgamiento del referido delito. Hasta ahora los instrumentos internacionales, que tienen como objeto el medio ambiente, con carácter general presentan los siguientes rasgos: son sectoriales, tanto sobre su contenido, recuérdese la señalada pluralidad de objetos sobre los que puede proyectarse el medio ambiente, como sobre sus potenciales destinatarios, al tener muchos de ellos carácter regional. Son textos de *soft law*, ya que, en su mayor parte, son recomendaciones genéricas más que textos imperativos y no resuelven las relaciones Derecho penal, Derecho administrativo.

De hecho, hay tan solo una referencia a la protección del medio ambiente, aunque con limitaciones, en un texto imperativo de carácter global, al incluir el Estatuto de Roma del Tribunal penal internacional en el artículo 8. IV, dentro de los crímenes de guerra, el ataque intencionado que se sabe causará «daños extensos, duraderos y graves al me-

¹¹⁰ La Corte Interamericana ha llevado a cabo una importante labor de desarrollo del Derecho penal internacional controlando con sus sentencias las normas y su aplicación por los Estados cuando afectan a contenidos que pueden considerar como *ius cogens*. Me remito al estudio que he llevado a cabo sobre Brasil en las dos sentencias en que se le condena por casos de justicia transicional y en las que la Corte se pronuncia sobre la ley de amnistía de 1979. Aunque ciertamente el problema que sigue abierto es el del cumplimiento de estas sentencias. También aquí el camino es largo. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araguaia*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2017, *passim*. El mismo, «El caso Herzog. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2018», en *Revista de Estudios Brasileños*, vol. 6, núm. 13, 2019, pp. 17 ss.

¹¹¹ Con carácter general aborda el tema ZÚÑIGA RODRÍGUEZ L., «Delitos medioambientales y responsabilidad penal las personas jurídicas. El daño ambiental», en DE VICENTE REMESAL y otros, *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, vol. II, Reus, Madrid 2020, p. 2007 ss. En un reciente y muy sugerente artículo, NIETO MARTÍN, A., «Ecocidio y justicia restaurativa: el Derecho Penal Internacional post-Núremberg», en *Almacén de Derecho*, núm. 26, 2020, en <https://almacendederecho.org/category/autor/adan-nieto> (acceso 18.12.2020), propone para los casos de responsabilidad de personas jurídicas por graves daños ambientales un sistema de multas de capital, que da paso a una justicia restaurativa en la que implica a los perjudicados. Creo que su aportación abre un camino por el que es preciso transitar.

dio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea».

3. Los intentos de elaborar una propuesta aceptable para proteger internacionalmente el medio ambiente con el recurso al Derecho penal han sido varios¹¹², por su contenido político criminal y por su grado de elaboración creo que el más importante es el llevado a cabo por un grupo de investigadores especialistas en medio ambiente bajo la coordinación de Laurent Neyret, con ocasión de la Conferencia Mundial sobre el clima celebrada en París. La propuesta tiene el valor de ser completa y de constituir una buena base para futuros desarrollos, y se plasma en dos proyectos de convenciones internacionales uno referido al ecocidio, que vincula a la seguridad del planeta y que pasaría a ser *ius cogens*, y otro a la criminalidad medio ambiental, a los delitos ecológicos.¹¹³

Con acierto el texto se articula sobre una concepción ecológica del medio ambiente¹¹⁴, aunque las conductas que enumera pecan de una visión demasiado europea del problema¹¹⁵. El componente subjetivo, la *mens rea*, lo resuelve dando una definición autentica de «intencionadamente» que puede llegar a comprender comportamientos imprudentes¹¹⁶.

¹¹² Entre los distintos estudios que recogen los intentos de elaboración de un delito de ecocidio pueden consultarse, SOLER FERNÁNDEZ, R., «El ecocidio: ¿crimen internacional?», en *Ieee.es*, 128/2017, en http://www.iecee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017 (acceso 12 de diciembre de 2020).

¹¹³ En el artículo 2.1 de su propuesta de Convención establece: «A los efectos de la presente Convención, se entenderá como ecocidio cualquiera de las siguientes conductas intencionadas que se cometan como parte de una acción generalizada o sistemática y que afecten a la seguridad del planeta».

¹¹⁴ En el artículo 2.2: «Los comportamientos previstos en el apartado anterior constituyen un ataque a la seguridad planetaria cuando ocasionen: a. Un daño sustancial, permanente y grave, a la calidad del aire, el suelo o las aguas, o a animales o plantas, o a sus funciones ecológicas, b. La muerte, enfermedades permanentes o males incurables y graves a una población».

¹¹⁵ Artículo 2.2 enumera las conductas que pueden llegar a constituir ecocidio: «a. El vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o radiaciones ionizantes; b. La recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios en toda actividad relacionada con la gestión de los residuos; c. La explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos; d. La producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas; e. La matanza, destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas o no de fauna o flora silvestres; f. Cualquier otro comportamiento de naturaleza análoga cometido intencionalmente y que suponga un atentado a la seguridad planetaria».

¹¹⁶ Pues la propuesta precisa: «Estos comportamientos se consideran también intencionales cuando su autor supiera o debiera haber sabido que existía una alta probabilidad de que su acción constituía un ataque a la seguridad planetaria».

Político-criminalmente el objetivo de llegar a elaborar un delito internacional que sea aceptable por todos los Estados y que aborde comportamientos con el contenido que se ha señalado de este carácter, constituye un buen punto de partida. Ahora bien, la viabilidad efectiva de alcanzar esta meta, creo que pasa por una primera fase de regionalización, que en el caso de la Amazonia se puede plasmar en la ya apuntada labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana, que evite que el contenido del ecocidio se establezca reflejando solo los intereses que determinen los países desarrollados.

4. Ya se ha apuntado que en la reflexión sobre la reforma de los delitos ambientales se requiere que los ordenamientos estatales incorporen a este nuevo delito, manifestación de la internacionalización. Algunos países, pocos, ya lo hicieron,¹¹⁷ pero, al igual que en los otros cuatro delitos internacionales en sentido estricto, sería deseable, como objetivo final, que esta protección nacional se reforzara y complementara con una jurisdicción internacional, bien el ya existente Tribunal penal internacional, o un nuevo Tribunal internacional que tuviera la competencia para depurar la responsabilidad derivada de estos delitos, o con la posible actuación de otras jurisdicciones nacionales.

El camino del ecocidio es todavía largo, continua lleno de obstáculos y pasa por acuerdos entre Estados que, como pone de manifiesto, la realidad de las sucesivas conferencias internacionales, que continúan siendo un objetivo difícil de alcanzar, en el que la presión de la ciencia y de la doctrina, la presión de la razón, tiene que seguir desempeñando un papel fundamental¹¹⁸. El creciente peso político de los movimientos que hacen de la ecología su signo de identidad es un factor que favorece los cambios en las políticas nacionales e internacionales sobre el medio ambiente. En el caso de América Latina, la convergencia de las demandas de los movimientos ecologistas con la internacionalización del re-

¹¹⁷ Ver los datos que aporta GARCÍA, B., «La historia del ecocidio, un nuevo crimen contra la humanidad» en <https://www.bbvaopenmind.com/>, en concreto ya recogen el ecocidio como delito cuando es cometido dentro de sus fronteras: Georgia, Armenia, Ucrania, Bielorrusia, Ecuador, Kazajistán, Kirguistán, Moldavia, Rusia, Tayikistán, Uzbekistán y Vietnam.

¹¹⁸ Bastantes han sido ya los intentos encaminados a lograr este objetivo, sería imperdonable no mencionar a dos personas, en el campo internacional a la abogada escocesa Polly Higgins, a la que GARCÍA, B., «La historia del ecocidio, un nuevo crimen contra la humanidad», cit., dedica un epígrafe que titula «una abogada para la tierra». En Brasil es obligada la referencia a CHICO MENDES, que en 1988 pagó con su vida su compromiso ambientalista. Su legado sigue siendo un referente para la lucha por la conservación de toda la región del Amazonas. Recientemente, el 17 de enero de 2021, *La Vanguardia*, titulaba un artículo muy crítico con la política de Bolsonaro en la Amazonia, «La segunda muerte de Chico Mendes», ver <https://www.lavanguardia.com/internacional/20210117/6183934/segunda-muerte-chico-mendes.html> (acceso 20 de enero de 2021).

conocimiento de derechos de los pueblos indígenas¹¹⁹ es un factor que puede potenciar la internacionalización en la región de la protección del medio ambiente.

IV. Reflexión final

Es muy importante que también los estudiosos del Derecho penal dirijamos nuestro estudio hacia esta realidad que, por muchos años, ha sido ignorada y que aparece directamente unida a la evolución del modelo de Estado y a la internacionalización. Los obstáculos, tanto en las políticas nacionales como en las relaciones internacionales, son muchos y debemos intentar salvarlos con la fuerza de la razón, que ponga en valor bienes jurídicos que afectan a toda la humanidad y principios que formalmente dicen aceptar todos los Estados. Las interrogantes que plantea la Amazonia constituyen un banco de prueba para reflexionar sobre el pluralismo, sobre la igualdad y sobre la necesidad de evitar un «progreso» que lleve a medio plazo a tornar inhabitable al planeta¹²⁰.

En estas páginas he intentado llevar a cabo una aproximación a una amplia relación de estas interrogantes, señalarlas y proponer alternativas. Somos bastantes los que entendemos que hacerlo responde a una obligación como juristas, y Arroyo Zapatero es sin duda un ejemplo, de la exteriorización de este compromiso de formular propuestas que busquen hacer posible la vigencia material de los Derechos nacional e internacionalmente reconocidos. Este compromiso es aún mayor cuando se refiere a los derechos de los durante siglos ignorados, y a veces esclavizados, pueblos indígenas, y se plasma en garantizar que tengan voz, tierra y cultura. Enfrente estará siempre la versión mercantilista de la ciega explotación de la naturaleza y sus recursos¹²¹, a cualquier precio, aunque impliquen efectos negativos que pongan en riesgo la propia existencia de vida en nuestro planeta.

¹¹⁹ Ver el análisis de esta convergencia que lleva a cabo BENGHA, J., *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2000, pp.134 ss.

¹²⁰ Es significativa la toma de postura de buena parte de la ciencia brasileña, por todos véanse las palabras del presidente de la Academia Brasileña de Ciencias, Luiz Davidovich, que al referirse a la deforestación la califica como «um verdadeiro “crime de lesa-pátria”, y una “grande burrice”», y sostiene con razón que «Desmatar a Amazônia é perder riqueza», ver ESCOBAR, H., «Desmatamento da Amazônia dispara de novo em 2020,» cit.

¹²¹ SILVA GUEVARA, Gisela, «Intervencionismo y medio ambiente: el caso de la Amazonia Brasileña», *Revista Bogotá* (Colombia), vol. 12, núm. 1, enero-junio, pp. 209 ss.

Está fuera de toda duda el valor que la Amazonia tiene para detener las alteraciones climáticas, el calentamiento global, y para mantener el planeta tierra habitable. En fecha muy reciente en muy documentado artículo, en el que se analiza la presión internacional y nacional para un cambio en la política del actual gobierno brasileño sobre la Amazonia, Marcovitch y Pinsky afirman «los nuevos demandantes no quieren ni un palmo de la tierra amazónica. Ellos quieren solo que el gran bioma continúe regulando la lluvia en el planeta; asegurando una vida digna a los pueblos indígenas; desarrollando nuevos remedios a partir de su específica biodiversidad; posibilitando lluvias abundantes en áreas productoras de agronegocio en América del Sur; y contribuyendo de modo efectivo a mantener buenos padrones climáticos en el planeta»¹²².

¹²² MARCOVITCH, J./PINSKY, V., «Bioma Amazonia: atos e fatos», en *Estudos Avançados*, 34, (100) 2020, p.100.

DERECHO A AMAR Y LIBERTAD PARA MORIR

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU¹

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de València

1. Tomemos prestado y modificado el título del famoso ensayo de Don Luis Jiménez de Asúa «Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia y endocrinología», cuya primera edición data de 1928, y así, de paso, le rendimos tan merecido tributo como fundador de la Escuela a la que pertenece nuestro Luís, Arroyo Zapatero, objeto directo del homenaje que pretenden estas líneas. El «baile» del título se debe a que puede cuestionarse la existencia de un derecho a morir como tal: lo inexorable no precisa de reconocimientos, y el propio Tribunal Constitucional español negó, con absoluta lógica, que pudiera hablarse de un «derecho a morir» parangonable al que el artículo 15 de la Norma Fundamental proclama a la vida. Por eso ésta ha de ser objeto de la máxima tutela por el Estado a través del derecho Penal, mientras que aquella se producirá con absoluta certeza. No es a morir a lo que se puede tener derecho, sino a escoger, en determinadas condiciones, el momento y la forma, de manera que la vida no se convierta en un deber irrenunciable atentatorio contra la capacidad de autodeterminación personal, expresión clara de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, proclamados como fundamentos del orden político y de la paz social por el artículo 10 CE.

El derecho a amar sin límites derivados del sexo ha tenido también un reconocimiento en nuestro Ordenamiento Jurídico a través de la Ley 13/2005, de 8 de julio «por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio». No se trata, ciertamente,

¹ (El presente trabajo, que dedico a mi muy querido colega Luis Arroyo Zapatero, se realiza en el seno del Proyecto I+D+i «Derecho penal de la peligrosidad: tutela y garantía de los derechos fundamentales» (DER2017-86336-R, financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades-Agencia Estatal de Investigación). Quiero agradecer a Francisco Borges que me haya facilitado el material portugués utilizado.)

de asimilar amor –libre– y relación estable, sino precisamente de subrayar el significado que esa norma tuvo en el reconocimiento del derecho a formalizar el amor sin distinciones por razón de diferencia o igualdad de sexo. El reconocimiento, en fin, de la orientación sexual como un derecho efectivo más allá de su proclamación constitucional. Por supuesto que quedan otras muchas limitaciones derivadas unas de las imposiciones sociales y otras de los restos jurídicos que se mantienen en clara contradicción con la proclamación del artículo 10, como la subsistencia del delito de bigamia o la permisibilidad de ciertas formas de prostitución. El amor, en definitiva, ha de ser un derecho digno de absoluta protección y cuya formalización ha de ser completamente libre mientras aquellos que se aman así lo quieran.

Pero, obviamente, es la otra vertiente del título la que va a centrar mi atención: rechazado el pretendido derecho a morir, debe reconocerse la libertad para hacerlo de manera anticipada. No quiere eso decir que se le niegue el carácter de derecho subjetivo y, por tanto, de objeto de tutela, sino que debemos determinar su objeto justamente en la libertad de decidir, tal como hace la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia recientemente aprobada en nuestro país.

2. El Tribunal Constitucional alemán acaba de dictar una Sentencia de gran trascendencia para la consideración de la capacidad de decidir sobre uno mismo como parte de la propia dignidad personal y como un derecho fundamental que solo puede limitarse para garantizar la propia autonomía. La Sentencia de 26 de febrero último, declara que el libre desarrollo de la personalidad incluye el derecho a autodeterminar la propia muerte; es decir, a decidir en torno a las circunstancias, el momento y el lugar para hacerlo. La decisión del tribunal se produce en referencia al parágrafo 217 del Código Penal que limitaba la capacidad de promoción y de asistencia organizada al suicidio. Y señala que la capacidad de decidir sobre el suicidio debe ser respetada por el Estado y la sociedad, como un acto de autodeterminación autónoma. Y que dicha libertad para el suicidio incluye el derecho a solicitar la ayuda de terceros, tanto entre personas próximas cuanto por aquellos que la ofrecen. Este pronunciamiento rompe con la práctica legal «hipócrita» de castigar la inducción y la colaboración en un acto reputado, en principio, como no prohibido; práctica seguida por numerosos ordenamientos, incluido el español.

Se afirma la inadecuación constitucional de punir la práctica de ofrecer esa ayuda en la medida en que puede suponer una limitación drástica del derecho a solicitarla y obtenerla por parte de las personas

que la buscan. Reconociendo la fuerte tensión en que se mueve la regulación penal que protege la vida y la autonomía de las personas, el Tribunal afirma que no es posible hacerlo de manera que se niegue en la práctica la posibilidad legal de su utilización, limitando el suicidio asistido hasta el punto que realmente no queda espacio para que el individuo pueda ejercer una libertad constitucionalmente reconocida y protegida. La conclusión es que la vida no puede ser tutelada contra la voluntad de su titular y que debe respetarse su capacidad de autodeterminación que solo puede ser susceptible de regulación justamente para garantizar la autonomía de la voluntad. Nadie, termina afirmando el Tribunal alemán, puede ser obligado a intervenir en un suicidio ajeno contra su voluntad.

El derecho a la muerte autodeterminada no está limitado a situaciones definidas por causas externas como enfermedad seria o incurable, no se aplica únicamente a ciertas etapas de la vida o de la enfermedad. Por el contrario, este derecho está garantizado en todas las etapas de la existencia de una persona. Restringir el alcance de la protección a causas o motivos específicos equivaldría esencialmente a una evaluación substantiva y, por lo tanto, predeterminada, de los motivos de la persona para procurar el fin de su propia vida, algo ajeno a la noción de libertad de la Ley Fundamental, para añadir, Dado que el derecho al suicidio, que incluye los motivos que subyacen a una decisión individual de cometer suicidio, es reconocido por el derecho constitucional y dado que estos motivos eluden cualquier evaluación basada en estándares de racionalidad objetiva [...], la permisibilidad del auxilio al suicidio no puede vincularse a criterios substantivos, por ejemplo, requiriendo un diagnóstico de enfermedad incurable o terminal. Sin embargo, otros diversos requisitos pueden ser establecidos, dependiendo de las relevantes circunstancias de la vida, exigiendo que la decisión de un individuo a cometer suicidio sea seria y estable. El legislador es libre de desarrollar un esquema de salvaguardas procesales.

El sentido de este pronunciamiento, a mi juicio plenamente coherente con los valores expresados en la Ley Fundamental de Bonn que son, por cierto, idénticos a los que contiene la Constitución Española de 1.978, debería marcar la hoja de ruta del debate en nuestro país. Lo vengo manteniendo desde hace muchos años: el artículo 143, y no solo en su último párrafo, desconoce la tabla de valores constitucional, permanece anclado en un pensamiento de fortísima influencia religiosa e ignora por completo la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social.

Y debería haberlo tenido en la configuración de la Ley de Eutanasia y el suicidio asistido (Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia). Sobre todo en dos puntos esenciales: la delimitación de los supuestos en los que va a caber y el procedimiento que debe respetar, en todo caso, la voluntad de la persona. El Tribunal alemán ha dejado claro que la limitación del suicidio asistido no sólo es insostenible constitucionalmente en caso de enfermedad terminal o de sufrimientos reputados objetivamente como insoportables sino que lo es siempre que haya decisión libre de un ciudadano con capacidad para adoptarla, en cualquier circunstancia y fruto de su propia ponderación. Y es obligación del Estado y de la sociedad prestarle la ayuda necesaria para evitarle sufrimientos y para hacer posible su deseo expresado de manera responsable y clara. Por eso está absolutamente de más la interposición de comisiones de control que alejen de la voluntad del individuo las tomas de decisión, impidiendo que sea una relación directa entre persona y médico –si es que se solicita la intervención de éste– la que presida el procedimiento. Especialmente cuando, como se prevé en la Ley española, la composición es indeterminada y se deja al albur de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas; es decir, en varias de ellas, en este momento, de Vox. Además del grado de incertidumbre jurídica, contraria de manera evidente a las exigencias de legalidad que en materia de desarrollo de derechos fundamentales imponen los artículos 81 y siguientes de la Constitución, se asegura con ello un atropello del principio de igualdad. Y se dimite de la función atribuida en el artículo 9.2 a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Y nada tiene que ver semejante dislate con una concepción territorialmente diversa del Estado ni con una pretendida asignación competencial que en este caso carece de todo anclaje constitucional. Alemania es un Estado federal y no se ha planteado nada parecido.

La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, que tanta influencia ha tenido tradicionalmente en el español, hace necesaria la revisión no solo del último párrafo del artículo 143 del Código Penal, como hace la nueva LORE; es decir la punición aunque sea privilegiada de la eutanasia, sino de todo el precepto en que se regula la participación en el suicidio. Sin duda que la situación dramática en la que se pueden producir conflictos entre valores fundamentales no puede ser ignorada por el Derecho, pero tampoco puede serlo, y además a través de la pena –una vez más el recurso a la prisión es la solución de cual-

quier conflicto— la consideración de la persona como dueña de su destino y de su capacidad de autodeterminación, indisoluble consecuencia de su dignidad, como fundamento del Estado social y democrático de Derecho.

Vengo resaltando, desde el principio, que se impone una reflexión —y, sobre todo, una toma de decisión legislativa—, sobre la capacidad de autodeterminación de la persona en torno a la continuidad de su vida, lo que habría de suponer la derogación o, al menos, la revisión profunda de la penalización de las conductas relacionadas con el suicidio; en el Código penal español, las previstas en los tres primeros números del artículo 143. No me detendré ahora en la conveniencia o no de mantener el castigo de la inducción: si ésta se produce sobre persona libre y capaz, la decisión o, si se prefiere, llegado el caso, la acción es suya y debe pertenecer a su ámbito de capacidad que deberá en todo caso respetarse. Y más arriba me referí a la trascendencia que debe tener la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 26 de febrero de 2020, cuya interpretación «limitada» llevada a cabo por Moreso [Moreso, J. J.: *Dignidad humana: Eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio*, en Tomás-Valliente, C. (coord.), 2021] no solo no comparto sino que ni tan siquiera alcanzo en su fundamentación. El Tribunal deja claro algo que resulta obvio de una consideración profunda de la Dignidad de la persona que, necesariamente, ha de comprender su capacidad de autodeterminación, de decisión en torno a sí mismo. En ese sentido, la LORE, es cierto, reduce su ámbito de aplicación a los supuestos de «contexto eutanásico» (cuya amplitud podría ser discutida) y siempre que se dé un detallado procedimiento, con controles previo y posterior por parte de una Comisión, de cuya composición puede también dudarse, y a un premioso recuento de requisitos. Puede decirse, por eso, que la LORE queda lejos de la posición aquí mantenida en torno a Dignidad y autodeterminación. Y que habrá que afrontar la despenalización global de la ayuda al suicidio, con independencia de que siempre sea necesario garantizar la plena libertad de quien toma tan grave decisión. Pero, permítaseme parafrasear a Michael Ende, en *La Historia Interminable*. «Esa es otra historia y merece ser contada en otra ocasión».

De momento parece obvia la repercusión que ha de tener el pronunciamiento del Tribunal alemán en los diferentes procesos de adopción de criterios sobre autodeterminación personal que, sin embargo, están muy lejos de admitir la despenalización de la ayuda a cualquier toma de decisión que se produzca fuera del contexto eutanásico. Lo que, por cierto, exige que éste se delimite con precisión. Lógicamente

ésta debería ser una cuestión de menor importancia en las leyes de despenalización, aunque la tenga en cuanto se prevea una intervención del Estado a través del servicio público de salud en el suicidio asistido.

3. El Tribunal Constitucional de Portugal ha examinado recientemente el Decreto aprobado por la Asamblea de la República con origen en los diferentes Proyectos (o proposiciones presentados por diferentes grupos parlamentarios) igualmente aprobados y sobre los que plantea una cuestión preventiva de constitucionalidad el Presidente de la República. El procedimiento se inserta, pues, en las relaciones entre ambas instituciones cuyo origen democrático directo –el Presidente de la República portuguesa es elegido por sufragio universal directo– hace que no estemos en un régimen parlamentario pleno, aunque sea la decisión de la Asamblea la definitiva siempre que supere, como es lógico, el control constitucional. Pues bien, el Presidente cuestionó las expresiones «*em situação de sofrimento intolerável, com lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico ou doença incurável e fatal*», como situaciones que permiten la práctica de la asistencia. Se plante, pues, como cuestión de legalidad, en la medida en que no aparece suficientemente delimitada la situación. Permítaseme reproducir literalmente el Comunicado del propio Tribunal que, obviamente, resume mejor que nadie su propia posición:

Comunicado de 15 de março de 2021 – Acórdão n.º 123/2021.

Processo n.º 173/2021.

Plenário.

Relator: Conselheiro Pedro Machete.

(Conselheira Maria José Rangel de Mesquita.)

1. O Tribunal Constitucional acaba de enviar a Sua Excelência o Presidente da República o acórdão que decide o pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade de diversas normas do Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República com destaque para o n.º 1 do artigo 2.º relativo às condições em que a antecipação da morte medicamente assistida não é punível e à alteração do Código Penal daí decorrente, que o Chefe de Estado lhe submeteu.

2. O Tribunal proferiu, por maioria, a decisão que acabam de ouvir ler, da qual, pela sua complexidade, se passam a referir, da forma mais simples e clara possível, os aspetos essenciais que permitem compreender o seu alcance.

3. Recorde-se que, nos termos daquele artigo 2.º, n.º 1 que é a norma que consagra a opção do legislador de não punir a antecipação da morte medicamente assistida, quando realizada em determinadas condições, uma pessoa

só pode recorrer à antecipação da morte medicamente assistida não punível desde que observe todas e cada uma das condições previstas nesse artigo, entre as quais se destaca a de tal pessoa se encontrar «em situação de sofrimento intolerável, com lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico ou doença incurável e fatal».

4. O Senhor Presidente da República, a título principal, suscitou duas dúvidas de constitucionalidade apenas quanto aos seguintes aspetos desta última condição: 1.^a – O carácter excessivamente indeterminado do conceito de sofrimento intolerável; 2.^a – O carácter excessivamente indeterminado do conceito de lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico.

5. O Tribunal entendeu, em primeiro lugar, ser indispensável considerar a norma do referido artigo 2.^o, n.^o 1, como um todo incindível.

6. Em segundo lugar, o Tribunal apreciou tendo concluído pela negativa a questão de saber se a inviolabilidade da vida humana consagrada no artigo 24.^o, n.^o 1, da Constituição constitui um obstáculo inultrapassável a uma norma, como a do artigo 2.^o, n.^o 1, aqui em causa, que admite a antecipação da morte medicamente assistida em determinadas condições. A este respeito considerou o Tribunal que o direito a viver não pode transfigurar-se num dever de viver em quaisquer circunstâncias. Na verdade, a conceção de pessoa própria de uma sociedade democrática, laica e plural dos pontos de vista ético, moral e filosófico, que é aquela que a Constituição da República Portuguesa acolhe, legítima que a tensão entre o dever de proteção da vida e o respeito da autonomia pessoal em situações-limite de sofrimento possa ser resolvida por via de opções político-legislativas feitas pelos representantes do povo democraticamente eleitos como a da antecipação da morte medicamente assistida a pedido da própria pessoa. Tal solução impõe a instituição de um sistema legal de proteção que salvaguarde em termos materiais e procedimentais os direitos fundamentais em causa, nomeadamente o direito à vida e a autonomia pessoal de quem pede a antecipação da sua morte e de quem nela colabora. Por isso mesmo, as condições em que, no quadro desse sistema, a antecipação da morte medicamente assistida é admissível têm de ser claras, precisas, antecipáveis e controláveis.

7. Em terceiro lugar, e quanto à primeira dúvida de constitucionalidade referida pelo Senhor Presidente da República no seu pedido de fiscalização preventiva, o Tribunal entendeu que o conceito de sofrimento intolerável, sendo embora indeterminado, é determinável de acordo com as regras próprias da profissão médica, pelo que não pode considerar-se excessivamente indeterminado e, nessa medida, incompatível com qualquer norma constitucional.

8. *Em quarto lugar, e no tocante à segunda dúvida de constitucionalidade referida pelo Senhor Presidente da República no seu pedido de fiscalização preventiva, o Tribunal entendeu que o conceito de lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico, pela sua imprecisão, não permite, ainda que considerado o contexto normativo em que se insere, delimitar, com o indispensável rigor, as situações da vida em que pode ser aplicado.*

9. *Por causa dessa insuficiente densidade normativa, que afeta uma das condições previstas no artigo 2.º, n.º 1, do Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República para aceder à antecipação da morte medicamente assistida não punível, o Tribunal concluiu que a norma constante desse artigo se mostrava desconforme com o princípio da determinabilidade da lei corolário dos princípios do Estado de direito democrático e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º e 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP, por referência à inviolabilidade da vida humana, consagrada no artigo 24.º da mesma Lei Fundamental.*

10. *Nestas condições, o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República e pela inconstitucionalidade consequente das restantes normas incluídas no pedido de fiscalização preventiva.*

Por supuesto, no puedo estar de acuerdo con la decisión, al menos por dos razones: la primera que las exigencias de concreción legal no son las mismas en una norma despenalizadora que las que se exigen para tipificar una conducta y el Tribunal portugués parte de la idea de que nos encontramos ante una excepción a la regla general de la obligación estatal de punir toda lesión de la vida. Lo que, a su vez, choca con la segunda razón, fundada precisamente en la toma en consideración del pronunciamiento de sus colegas alemanes: la proclamación de la capacidad de decisión sobre la vida propia va más allá de supuestos concretos y de contextos eutanásicos lo que vacía de contenido la exigencia de tutela contra la voluntad de su titular en cualquier situación en que no quepa cuestionar la plenitud de la capacidad de autodeterminación personal. Al margen de que pueda resultar en cierta medida paradójico que a la mayoría del Tribunal le haya parecido aceptable la expresión «sufrimiento intolerable» –que parece admitir la subjetivización del término– y, en cambio no le resulte constitucionalmente aceptable la «lesión de gravedad extrema de acuerdo con el consenso científico» –mucho más comprobable– es lo cierto que solo la aludida consideración de la obligación constitucional de tutela de la vida contra la vo-

luntad de su titular puede fundamentar la decisión de la mayoría del Tribunal Constitucional portugués.

La Sentencia viene completada por diversos votos particulares (declaração de voto) concurrente el de cuatro magistrados y discrepantes los de cuatro más a lo que se añade el del Magistrado Gonçalo de Almeida Ribeiro, estos últimos favorables a la constitucionalidad. La argumentación del voto individual es ciertamente destacable: rechaza la imposición del deber de vivir del que, a su juicio, parte la posición mayoritaria y entiende, por el contrario, que el bien a proteger es justamente la autonomía personal. Entiende que el legislador adopte las medidas necesarias de control –positivas y negativas– para garantizar esa autonomía a la hora de adoptar una decisión irreversible e irremediable y que eso le haya llevado a la drástica decisión de castigar la intervención de terceros en su ejecución. «Mas não é única solução possível do ponto de vista constitucional. Tratando-se de um juízo de ponderação complexo e controverso, parece-me seguro que o legislador democrático não pode deixar de gozar de liberdade de conformação política numa significativa região intermédia entre a proibição do défice de proteção da autonomia pessoal e a proibição do excesso de restrição da liberdade de escolha. Por isso, as ordens jurídicas de outras democracias constitucionais europeias contêm regimes muito variados neste domínio. A solução originária dos artigos 134º e 135º do Código Penal, que preveem tipos incriminadores que cobrem todo o fenómeno da morte assistida, é relativamente conservadora, distinguindo-se, quer das ordens jurídicas que permitem a eutanásia ativa e o suicídio assistido em determinadas condições, como a holandesa e a belga, quer daquelas em que a ajuda ao suicídio não é um facto punível, sendo mesmo uma prática social tolerada, como a alemã e a suíça.»

Se opera con un criterio de máxima exigibilidad de concreción de la situación de contexto eutanásico no para considerar un menor valor de la vida o de su calidad, sino justamente en atención a la proclamación de la autonomía personal, que debe quedar garantizada. La voluntad de morir ha de ser, señala el Voto Particular, suficientemente inteligible, lo que sucede en determinadas circunstancias. «É esta inteligibilidade da decisão que fundamenta o reconhecimento de um direito a morrer com assistência médica; o legislador entende que nesses casos a proteção da autonomia basta-se com a garantia de que o pedido é informado, ponderado e definitivo, devendo então prevalecer a liberdade de escolha do requerente. Trata-se de uma opção constitucionalmente legítima.»

El Magistrado finaliza su argumentación con una crítica a la opción adoptada por la mayoría en favor de una consideración metodológica y no funcional de las normas, que conduce a una interpretación individualizada y no contextual de la expresión considerada no suficientemente explícita y concreta para haber superado el examen de legalidad y, por consiguiente, de constitucionalidad. Por el contrario se pronuncia porque el sentido debería haber sido el de la plena afirmación constitucional partiendo del reconocimiento de la capacidad de autodeterminación o autonomía personal, especialmente sensible en los supuestos de contexto eutanásico, pero siempre un valor necesariamente considerable a la hora de ponderar la decisión de la despenalización de la muerte anticipada.

4. La Ley española denota, a mi juicio, un mayor esfuerzo por la concreción de los supuestos de contexto eutanásico que define como «Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e incapacitante, en los términos fijados en esta ley, certificada por el médico responsable» así como de control y garantía de la veracidad de la situación alegada lo que debería conducir a entender que no se dan los obstáculos de constitucionalidad afirmados por el Tribunal portugués. Es verdad que nuestro TC ha negado la existencia de un derecho a morir equiparable al derecho a la vida que proclama el artículo 15. Pero ya he expresado más arriba mi absoluta conformidad: la vida es un valor objetivo derivado del derecho lo que le convierte en un bien jurídico digno, necesitado y susceptible de protección. Y no parece posible reconocer al mismo tiempo dos derechos antagónicos: afirmar un derecho a la muerte convertiría ésta en un valor positivo y su causación en una conducta lícita. Nada más alejado del significado y el sentido del reconocimiento de la autonomía personal y de la capacidad de decisión sobre uno mismo. De lo que se trata es, justamente, de ese reconocimiento que convierte a la persona en el dueño de su propio destino en la medida, por supuesto, que lo permitan las circunstancias. No hay un derecho a morir, sino a decidir, lo que ciertamente ha de incluir el de escoger, si ello es posible, el momento, el lugar y, sobre todo, la forma de hacerlo. Hay, en fin, libertad para morir si es ésa la voluntad personal y, por tanto, derecho a morir con Dignidad

Lo ha expresado la Sala III de nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia 141/2001, de 4 de febrero: «La decisión de una persona de terminar con su vida, fuera de los supuestos en que no exista una relación de sujeción especial de protección, queda al margen del ámbito del derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución, es de-

cir, que no existe un deber_de_vivir sino_que_la_esfera_de_la_libertad de las personas autoriza poder adoptar una decisión de esa naturaleza». Lo que debe ser comprobado y protegido es, pues, la autonomía personal, la realidad de la decisión propia y la única intervención de terceros que debe ser punible es justamente la que atente contra ella. El derecho a la vida se tutelará mejor cuando no se entienda como un deber al servicio de una concepción absolutista alejada de la consideración de la persona como dueño de sí mismo y del Estado democrático como la organización política de personas. Que ello no es incompatible, sino plenamente coherente, con el Estado social y con la proporción del máximo bienestar posible a los ciudadanos de acuerdo con la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, proclamados como valores superiores en el frontispicio de nuestra primera Norma es tan obvio que no merece la pena mayor consideración.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA SOBRE EUTANASIA Y DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD

- ARSEGUET, Gloria: «Eutanasia: aprender de la experiencia acumulada», en *DMD*, 82, 2020, pp.37 ss.
- ATIENZA, Manuel, JUANATEY, Carmen: «El caso de los que ayudan a morir con dignidad», en *DMD*, 72. 2016, pp. 15 ss.
- BACIGALUPO, Enrique: «Sobre la eutanasia», en Pérez Manzano, M, Iglesias Rio, M. A., de Andrés Domínguez, A. C., Martín Lorenzo, M., Valle Mariscal de Gante, M. (coord.): *Estudios en homenaje a la Profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid, 2001, pp. 195 ss.
- BARQUIN SANZ, Jesús: «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», en ROXIN y otros: *Eutanasia y suicidio*, Granada, 2001.
- BELTRAN AGUIRRE, José Luis: «El procedimiento y los controles necesarios con el fin de garantizar la observancia de los requisitos objetivos y subjetivos», en Tomás-Valiente, C. (coord.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid, 2021.
- BENZENHÖFER, Udo: *Der gute Tod?. Euthanasie und Sterbehilfe in Geschichte und Gegenwart*, München, 1999.
- BOTTKE, Wilfried: *Suizid und Strafrecht*, Berlin, 1982.
- BROGGI TRIAS, Marc Antoni: «La ayuda profesional al final de vida y la demanda eutanásica», en Tomás-Valiente, C. (coord.), *La eutana-*

sia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia, Madrid, 2021.

- CAMBRON, Ascensión: «La eutanasia, derecho fundamental», en *DMD*, 82, 2020, pp. 3 ss.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos: «Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida; dos cuestiones: suicidio y aborto», en *CPC* 45, 1991.
- «Constitución, suicidio y eutanasia», en *CJ* 10, 1993.
- «Suicidio y delito; un dislate jurídico múltiple», en *DMD*, 72, 2016, pp. 20 ss.
- «El derecho a decidir sobre sí mismo: eutanasia y maternidad. A propósito de la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia», en Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. M., García Albero, R. (coord.): *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, 2018, pp.799 a 818.
- «Constitución, suicidio y eutanasia: cuarenta años de mala convivencia», en DE LUCAS, JAVIER, RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Derechos humanos y Constitución*, València, 2018.
- «El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional», en *DMD*, 82, 2020, pp. 10 ss.
- «LORE, Una ley emanada de la Dignidad», en *Teoría y Derecho*, 2021 en prensa; también en Leon Alapont, J. (dtor.), *Temas clave de Derecho penal, presente y futuro de la Política criminal en España*, Barcelona, 2001, pp. 181 ss.
- CASADO GONZÁLEZ, María: *La eutanasia; aspectos éticos y jurídicos*, Barcelona, 1994.
- CONCETTI, Gino: *L'eutanasia: Aspetti giuridici, teologici, morali*, Roma, 1987.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: «Consentimiento por representación: cuestiones problemáticas», en *DMD* 67, 2014, pp. 30 ss.
- CUERDA ARNAU, María Luisa: «Un paso adelante. Dos décadas desde el manifiesto de Valencia», en *DMD* 67, 2014, pp.24 ss.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier: «El Derecho penal y la eutanasia», en *DMD*, 82, 2020, pp. 23 ss.
- DE LUCAS MARTIN, Javier: «El derecho a la eutanasia y al suicidio asistido», en *DMD*, 67, 2014, pp. 8 ss.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: «La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 CP», en *ADPCP*, 1987.

- DÍAZ ARANDA, Enrique: *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, 1995.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: «Eutanasia y derecho», en *Eguzkilore*, 9, 1995.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir», en Tomás-Valiente, C. (coord.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid, 2021.
- DWORKIN, Ronald: *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. (trad. espl. Caracciolo/Ferreres) Barcelona, 1994.
- ESER, Albin; KOCH, Hans-George: *Materialien für Sterbehilfe*, Freiburg i. Br., 1991.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: «Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad», en Tomás-Valiente, C. (coord.) *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid, 2021.
- KLEE, Ernst: *Dokumente zur «Euthanasie»*, Frankfurt a. M., 1985.
- KUHLMANN, Andreas: *Politik des Lebens-Politik des Sterbens. Biomedizin in den liberalen Demokratie*, Berlin, 2001.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: «Contrasentido de la propuesta», en *DMD* 82, 2020, pp. 16 ss.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Eutanasia y disponibilidad de la propia vida», en Díez Ripollés (dtor.): *Delitos contra la vida e integridad física*, CGPJ, Madrid, 1995.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Eutanasia y Derecho penal», en *Homenaje al Prof. J. A. Sainz Cantero*, Granada, 1987.
- «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed. Madrid, 1990.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: «Eutanasia y legislación pena: algunas propuestas de reforma», en *DMD* 67, 2014, pp. 27 ss.
- GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria: «Garantizar la efectiva aplicación de la ley», en *DMD*, 82, 2020, pp. 32 ss.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Una ley manifiestamente mejorable», en *DMD*, 82, 2020, pp. 26 ss.
- JUANATEY DORADO, Carmen: *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, 1994.
- «La eutanasia voluntaria en el derecho penal español», en *DMD*, 67, 2014, pp.12 ss.
- LORENZ, Jörn: *Sterbehilfe. Ein Gesetzentwurf*, Baden Baden, 2008.

- LUDWIG, Wolf-Dieter: *Sterbehilfe-Streit um einer gesetzliche Neuregelung*, 2015.
- MARRA, Realino: *Suicidio, diritto e anomia*, Napoli, Roma, 1987.
- MENDOZA BUERGO, Blanca (ed.): «Autonomía personal y decisiones médicas», *Cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid, 2010.
- MORESO, J. J.: «Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio», en Tomás-Valiente, C. (coord.) *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid, 2021.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio: *Eutanasia y Derecho penal*, Madrid, 1994.
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Angel: *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, a la luz del CP 1995*, Madrid, 1999.
- *Historia del derecho a morir* (210 pp.), Oviedo, 1999.
- *La buena muerte. El derecho a morir con dignidad*, Madrid, 2006.
- *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Valencia 2017.
- «Intervención de terceros en la muerte deseada y política legislativa», en *DMD*, 82, 2020, pp. 29 ss.
- OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe: *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcelona, 1958.
- PAYK, Theo R.: *Toten aus Mitleid? . Über das Recht und die Pflicht zu sterben*, Leipzig, 2004.
- PEDRÓS, Fernando: «La violencia penal contra la libertad de morir», en *DMD*, 72, 2016, pp.24 ss.
- PLATZER, Johann, GROSSCHÄDL, Franziska (ed.): *Entscheidungen am Lebensende und ihr Kontext*, München, 2016.
- PREIDEL, Caroline: *Sterbehilfepolitik in Deutschland*, M Wiesbaden, 2016.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: «Constitucionalidad de una Ley Orgánica de eutanasia», en *DMD*, 82, 2020, pp. 7 ss.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Un derecho que no se respeta», en *DMD*, 82, 2020, pp.13 ss.
- SCHRADER, Tobias: *Sterbehilfe. Geschichte und Recht in Europa amb Beispiel Deutschland und Frankreich*, Marburg, 2012.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep: «La eutanasia: perspectivas actuales y futuras», en *ADPCP*, 1988.
- REQUEJO CONDE, Carmen: *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, Granada, 2008.
- ROMEO CASABONA, Carlos: *El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso: «Autonomía individual y derecho a la propia vida», en *Rev. Centro Estudios Constitucionales*, 14, 1993.

- «Objeción de conciencia y eutanasia», en Tomás-Valiente, C. (coord.): *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid, 2021.
- SALIGER, Frank: *Selbstbestimmung bis zuletzt*, Hamburg, 2015.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María: «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», en ADPCP, 1987.
- SOLER, Fernando: «La Audiencia de Zaragoza abrió la veda», en *DMD*, 72, 2016, pp. 28 ss.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria: *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona, 1989.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999.
- *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C. P. (art.143)*, Valencia, 2000.
- «La despenalización en Europa: cuestiones abiertas», en *DMD*, 67, 214, pp. 15 ss.
- «Gradación de la responsabilidad por incumplimiento de requisitos legales», en *DMD*, 82, 2020, pp. 20 ss.
- (Coord.): *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid, 2021.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel: «Relevancia jurídico-penal de la eutanasia», en *CPC*, 37, 1989.
- «La ausencia de responsabilidad en determinados supuestos de eutanasia», en *CJ* 25, 1994.
- WERNSTEDT, Thela: *Sterbehilfe in Europa*, Frankfurt a. M., 2004.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: «Eutanasia y homicidio a petición, situación legislativa y perspectivas político-criminales», en *Homenaje al Prof. J. A. Sainz Cantero*, Granada, 1987.

Además, indispensable consultar la *Revista DMD (Derecho a morir dignamente)*; muy especialmente, los números 62/2013, 67/2014, 74/2017 y 75/2017 y, sobre todo 82/2020.

LA SEDICIÓN INDEPENDENTISTA: PERCEPCIÓN SOCIAL V. PERCEPCIÓN JURÍDICA

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU
Catedrática de Derecho penal. Universitat Jaume I (Castellón)

I. El Dr. h.c mult. Arroyo Zapatero, académico ejemplar, eminente jurista y demócrata comprometido

Rindo homenaje al rector, al penalista y al ciudadano al que imagino perplejo tras oír, en directo o en diferido, como todo un vicepresidente del gobierno de España equipara a Puigdemont con los exiliados republicanos que tuvieron que huir del franquismo. Así de llanamente lo dijo el vicepresidente Iglesias en el programa «Salvados» del 17 de enero de 2021 y, ante las críticas, volvió a reiterarlo en días sucesivos, apostillando que a él no le asustan los nacionalismos, uno de nuestros viejos demonios familiares. Las referidas declaraciones –unidas a las descalificaciones que desde el independentismo se ha hecho al sistema judicial *in totum* por la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) de suspender el decreto de la Generalitat que aplazaba las elecciones, han motivado que cambie el objeto de mi homenaje a Luis Arroyo. Visto lo visto, me parece que a él le gustará más que, en lugar de disertar sobre la prevaricación omisiva, denuncie el modo en que, como magistralmente ha expuesto¹, los demonios familiares alteran la percepción social y jurídica de lo que acontece.

Ha pasado ya un tiempo desde los acontecimientos que culminaron en la STS 459/2019, de 14 de octubre (Causa especial núm. 20907/2017)

¹ «Rebelión y traición: los diablos familiares de Europa y la Euroorden. Un prólogo para alemanes», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2018, pp. 13-20. La obra colectiva es un valiosísimo trabajo para entender mejor el principio de doble incriminación en el modelo de cooperación del reconocimiento mutuo.

en la que, como es harto conocido, se condenó, entre otras infracciones, por el delito de sedición a los principales responsables del «procès». Por fortuna, el clima político en Cataluña dista mucho de ser el que era hace apenas un año. Sin embargo, todavía hoy hay quien repite como un mantra el *ho tornarem a fer* que coreaban algunos de los condenados, al tiempo que se oye a importantes dirigentes independentistas construyendo y alentando ensoñaciones que no resultan, sin embargo, ni inocentes ni, menos aún, inofensivas. Sólo faltaba que, a raíz de aquellos hechos, un miembro del gobierno comparase la dictadura franquista con la democracia actual, el periodo de mayor grandeza de la historia de España. Es importante que nadie dude de ello; ni dentro ni fuera de nuestro país. Parece una obviedad, pero, a veces, es necesario decir lo obvio. Tal vez así nos hubiéramos evitado, al menos en parte, los problemas ante los que se enfrentaron las órdenes europeas de detención cursadas por los órganos jurisdiccionales españoles. Sin ir más lejos, a las dudas y a la falta de confianza achacaba el Tribunal Supremo el hecho de que el Schleswig-Holsteinsches Oberlandesgericht concediera la entrega para enjuiciar a Puigdemont exclusivamente por el delito de malversación de caudales públicos y no por el de rebelión. Por todo ello, siguiendo el ejemplo del Maestro Arroyo, voy a volver sobre la conocida sentencia del *procès* para combatir argumentalmente el relato épico que de lo ocurrido en Cataluña siguen alimentando algunos. Me consta que este merecidísimo homenaje traspasará nuestras fronteras e, incluso, cruzará el Atlántico y, por tanto, no puedo dejar pasar esta oportunidad para defender la calidad de nuestra democracia.

II. El relato: la comprensión social v. la comprensión jurídica

Ponía de manifiesto Arroyo lo paradójico que resulta que en una sociedad de medios de comunicación que introduce la información en directo en sus telediarios, al final resulte que hoy, por su aparente proximidad, la comprensión social está más alejada que nunca de la comprensión jurídica de las cosas². Esto es así por razones de índole diversa en las que aquí no nos podemos detener pero hay un fenómeno por el que no se debe pasar de largo: la proliferación de opiniones interesadas o falaces –que es algo distinto a las opiniones discrepantes– que quisie-

² «El procès en la comprensión escénica del Tribunal Supremo», en *El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, núm. 82-83, cit., p. 65.

ron convencer al mundo –y, en alguna medida, lo consiguieron– de que el juicio al *procés* representa el triunfo del autoritarismo frente a la democracia y la STS 459/2019 es, en el fondo, una decisión política de condena al independentismo. Hubiera sido deseable que desde el Estado se hubiera refutado con mayor energía ese romántico relato, enfrenándolo al hecho de que aquellos reiterados actos de desobediencia se ejercían frente a un marco jurídico aceptado por la mayoría de los catalanes. No era –cual acontece con la verdadera desobediencia civil– una protesta frente a actos o mandatos que se estiman no conformes con las reglas de juego aceptadas por todos. Tampoco fue una protesta para modificar, siguiendo esas reglas, el marco normativo. Es más, como afirma el TEDH en la inadmisión de la demanda Forcadell c. España (75147/17), lo pretendido era, además, un aplastamiento de los derechos de las minorías parlamentarias (n. 32). En suma, se pretendía imponer unilateralmente otros criterios de legitimidad distintos a los libremente aceptados. Visto así, el autoritarismo habría de achacarse más bien a quienes querían imponer su criterio frente al Derecho de la mayoría. Sin embargo, el triunfo mediático hay que atribuírselo a «su» relato, a cuya construcción contribuyeron voces que no eran inocentes.

1. *Opiniones interesadas o falaces. Algunos ejemplos*

El interés y la falacia tienen en común la idea de ser lo contrario a la ecuanimidad, la objetividad y la neutralidad valorativa. De ahí que ambas actitudes estén igual de cerca de la manipulación, en tanto que intervienen en algún asunto para distorsionar la realidad al servicio de un particular provecho. Esto es lo que se advierte claramente en las declaraciones de los políticos independentistas, las cuales, sin embargo, entran dentro de los esquemas propios de los debates políticos, a los que pocos otorgan la presunción de imparcialidad, y, en consecuencia, tienen una capacidad de influencia más limitada. El alcance es muy distinto cuando a quien se pronuncia se le supone imparcial y dotado de un conocimiento experto en la materia, pues, en tal caso, una opinión interesada o falaz tiene grandes posibilidades de ser tenida por «verdad» (aunque, jurídicamente hablando, no haya soluciones verdaderas o falsas sino correctas o incorrectas). Veamos algunos ejemplos.

a. FERRAJOLI EN LA PLUMA DE TERCEROS Y EN LA PROPIA:
DOS VERSIONES POCO CONCILIABLES

El día 9 de diciembre de 2019, en el portal electrónico Sinpermiso³, apareció un artículo cuyo título decía: «“Fue un juicio horrible”: la dura crítica a la sentencia de Luigi Ferrajoli»⁴. El artículo resumía la intervención del jurista italiano en una mesa redonda que tuvo lugar el 28 de noviembre en la Universidad de Roma III, y lo hacía en los términos siguientes: Ferrajoli es muy crítico con el tribunal presidido por Marchena, quien forzó el Código Penal para condenar a los presos políticos. Fue un juicio horrible, un ataque a los derechos fundamentales de reunión, manifestación y libertad ideológica, el corazón de los derechos políticos; un juicio –se decía en *Sinpermiso* que dijo Ferrajoli– que fue contra un conflicto identitario, y no contra unos hechos que puedan castigarse penalmente. Tanto la rebelión como la sedición son delitos de sospecha que chocan con el derecho de manifestación. La sentencia –concluye el reportero, hablando por boca del catedrático italiano– es insensata e irresponsable, porque es un grave golpe a la democracia y al Estado de derecho.

El artículo, pese a la modestia del canal que lo albergaba, corrió como la pólvora y levantó una lógica polémica por el indiscutible prestigio de su autor, considerado por muchos el padre del garantismo penal. Consciente del alcance y de las consecuencias sociales y políticas de todo aquello, Ferrajoli, en cuanto tuvo conocimiento de lo ocurrido, se apresuró a separarse de quienes así habían presentado su discurso y aclaró los términos del mismo. Así lo hizo, primero, en una carta personal dirigida a Manuel Atienza y Perfecto Andrés, catedrático de filosofía del Derecho y exmagistrado del TS, respectivamente, y, más tarde, en un artículo aparecido en *El País* bajo el título «Deshaciendo un posible equívoco»⁵. De este se infiere, en primer lugar, que Ferrajoli está muy lejos de ser indulgente con el independentismo secesionista «de

³ Se trata de una revista electrónica semanal, en cuyo consejo editorial se integran personas tan afines al independentismo como, por ejemplo, David Raventós, para quien lo ocurrido el 1-O fue «una de las manifestaciones de voluntad democrática más grandes de las últimas décadas, y una de las represiones más espectaculares contra el ejercicio pacífico del derecho a la autodeterminación».

<https://www.publico.es/sociedad/catalunya-anos-1-significado-reflexiones-estrategias.html> [consulta 30 de enero de 2021].

⁴ <https://www.sinpermiso.info/textos/fue-un-juicio-horrible-la-dura-critica-a-la-sentencia-de-luigi-ferrajoli> [consulta 30 de enero de 2021].

⁵ https://elpais.com/elpais/2019/12/28/opinion/1577552586_705550.html?prod=REG-CRART&o=cerrado&event_log=oklogin [consulta 30 de enero de 2021].

los ricos»⁶ y, en segundo lugar, que su crítica no fue a la sentencia y a los jueces, sin perjuicio de que, como la mayoría, critique la mala calidad de la ley y estime que representa un error que una cuestión eminentemente política como la catalana fuera tratada solamente con el derecho penal.

b. LOS INFORMES DE LOS DENOMINADOS OBSERVADORES INTERNACIONALES: EL INFORME DE INTERNATIONAL TRIAL WATCH (ITW) Y EL INFORME DE LA FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (FIDH)

El informe de ITW⁷ hace, según reza su propio título, una valoración fáctico-jurídica por parte de los observadores nacionales e internacionales de la STS 459/2019, objeto que comparte con el realizado por la FIDH, cuyos enviados, como se desprende de su propio Informe, solo asistieron, por cierto, a seis sesiones de las cincuenta y dos que duró el juicio⁸. Las conclusiones de los dos informes no difieren en lo esencial y, de ser exactas, obligarían a reconocer que el sistema judicial español no cumple con los estándares mínimos exigibles a cualquier modelo de justicia democrático. No obstante, las principales infracciones de ambos informes, *tal y como aparecen formuladas*, carecen de fundamento. Veámoslo:

1) La vulneración del derecho al juez natural predeterminado por la ley por la absoluta falta de competencia⁹ del TS es una mera afirmación apodíctica: dan por hecho que el delito solo se puede entender cometido en Cataluña y, por tanto, el único tribunal competente es

⁶ Manifiesto por la igualdad, Madrid, 2019, Trotta, p. 33 y 34.

⁷ <https://internationaltrialwatch.org/>[consulta 30 de enero de 2021].

⁸ <https://www.fidh.org/IMG/pdf/madrid739espweb.pdf>[consulta 30 de enero de 2021].

⁹ La competencia fue algo muy discutido –y discutible– desde los orígenes del asunto. Pero la cuestión es bastante menos simple –y arbitraria– de lo que quieren hacernos creer los Observadores. Cfr. el conjunto de resoluciones intermedias que aparecen referidas en la STS 459/2019 (pp. 80 a 92). *Vid.*, asimismo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., ¿Es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de rebelión y de (algunos de) los delitos de sedición? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-17.pdf> [consulta 30 de enero de 2020]; ARMENGOT VILAPLANA, A., «La competencia del Tribunal Supremo para conocer de la causa especial del proces», *Teoría & Derecho*, 26/2019, pp. 76-110; muy crítico, NIEVA FENOLL, J., «La competencia de la sala segunda del Tribunal Supremo para el enjuiciamiento de los líderes independentistas», en Queralt, J (dir), *La sentencia del proces. Una aproximación académica*, Atelier, Barcelona 2020, pp. 19-32. Cfr. en esa misma obra el trabajo de J. MARTÍN OSTOS, quien concluye tajante que «se ha obrado con absoluto respeto al mandato constitucional del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley» («El juez predeterminado por la ley», p. 41).

el TSJC. Sin embargo, esa no es la única interpretación correcta acerca del lugar de comisión de los hechos, que es lo determinante para decidir acerca de la competencia. Eso ya lo dijo el TS en resoluciones previas (AATS de 31 de octubre de 2017, 18 de diciembre de 2017 y 27 de diciembre de 2018) y se vuelve sobre ello en la STS, cuyo texto ignoran deliberadamente los Observadores. En el informe de la FIDH llega a decirse, incluso, que la «elección» de esta jurisdicción ha sido realizada de tal manera que dificulta la tarea de las defensas, lo cual, además de que podría predicarse de cualquier asunto tramitado ante el TS cuando los afectados y sus letrados no viven en Madrid, olvida las facilidades que la Sala ha dado para que abogados y acusados estuvieran en directa comunicación a lo largo de toda la vista, autorizándoles, además, el uso de medios telemáticos con el fin de no restringir la búsqueda de materiales y documentos que pudieran servir de apoyo a la línea argumental que hacían valer sus respectivos Letrados. Por lo que hace al hecho de que los líderes de Asamblea Nacional Catalana (ANC) y Omnium cultural (OC) sigan la suerte de los aforados, nada hay de extraordinario: es lo que ocurre en cualquier proceso en el que la conducta imputada a los no aforados tiene una conexión material inescindible –concepto jurídico interpretable– con la de aquellos, lo que justifica su enjuiciamiento conjunto en aras de facilitar la investigación y evitar pronunciamientos contradictorios.

2) La objeción relativa a la vulneración del derecho a la doble instancia ante la imposibilidad de acceder a un recurso ordinario de apelación prescinde, en primer lugar, de una consolidada jurisprudencia constitucional sobre la materia (*v. g.* STC 51/1985, 64/2001). Asimismo, parece ignorar que el párrafo 2 del art. 2 del Protocolo 7 (1984) del Convenio de Roma exceptúa del referido derecho a quienes, cual es el caso, hayan sido juzgados en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional.

3) La vulneración del derecho al juez imparcial, especialmente del presidente de la Sala a quien también se imputa dar un trato preferencial a los testigos de la acusación es igualmente infundada. Carece de toda motivación en el informe de la ITW y en el elaborado por la FIDH encubre, en realidad, una impugnación *in totum* del sistema de nombramientos judiciales y del propio Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), lo cual, sin perjuicio de que existan razones para mejorar el sistema, no es de recibo.

4) La vulneración del derecho a la práctica de la prueba como consecuencia de la decisión de la Sala de que los vídeos se visionasen al

finalizar el resto de la actividad probatoria, parte de un inadecuado entendimiento del contenido de este derecho, que, desde luego, no alcanza a otorgar a sus titulares la facultad de ordenación de la vista, competencia del presidente. Todas las partes –acusaciones y defensas– vieron los vídeos en las mismas condiciones y nadie adujo expresamente la necesidad de interrogar a algún testigo en relación con las referidas filmaciones.

5) En cuanto a la infracción de la legalidad que se imputa al TS, los Observadores se limitan a dar por sentado que lo ocurrido entra dentro del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales. Tanto es así que los Observadores de la FIDH dicen que el visionado de la cámara de vigilancia de la Consejería de Economía de Cataluña no registra el 20 de septiembre de 2017 «nada anormal, salvo el paso *regular* de personas que se encuentran *normalmente* en el lugar¹⁰». Aquí se ignora a qué cámara se refieren exactamente los Observadores pero habrá de convenirse que no es eso exactamente lo que ese día todos pudimos observar¹¹. A partir de tan curiosa visión, los Observadores no pueden sino disentir de la subsunción. Pero lo hacen no sólo tergiversando los hechos sino también el derecho, tanto al insistir en que el TS prescinde del elemento típico del alzamiento cuanto al afirmar que la sedición exige inexorablemente la violencia. En cuanto a lo primero, se podrá o no estar de acuerdo con la interpretación que el TS hace del concepto de alzamiento pero no puede decirse que se prescinde de él¹². Y, por lo que hace a la violencia, basta leer el art. 544 CP para observar que junto a la modalidad consistente en intentar lograr los fines «por la fuerza» coexiste la de hacerlo «fuera de las vías legales», cuya ambigüedad no impide distinguir esa fórmula de otras que claramente exigen el uso de la violencia *tout court*.

6) Mención aparte merece la alegación contenida en el informe de ITW relativa a la prisión preventiva. En España se recurre en exceso a esa medida cautelar y también en este proceso puede discutirse su mantenimiento durante tan largo periodo, máxime teniendo en cuenta el efecto reflejo de esa restricción de libertad en el pleno ejercicio del derecho de participación política¹³. Ahora bien, de ahí a calificar la

¹⁰ *Informe*, cit., p. 22 (cursiva añadida).

¹¹ *Vid.*, asimismo, *Informe*, cit., p. 21.

¹² *Vid.*, pp. 280 a 282 de la STS 459/2019.

¹³ Nueve de los privados de libertad resultaron electos en las elecciones al *Parlament* de Cataluña en 2017, en las Generales de 2018 y en las elecciones al Parlamento europeo de 26 de mayo de 2018. Así las cosas, el derecho afectado no fue solo el derecho a la libertad personal. Se afecta también el derecho fundamental de participación política, cuya dimensión institucional no

detención como arbitraria hay un abismo. Por otra parte, no es serio decir que tan importante asunto «es ventilado por la sentencia en una página», habida cuenta de que, además de lo que se dice en la página 161, en las páginas 248 a 252 el TS vuelve sobre la medida cautelar y su proyección sobre el derecho a la participación en asuntos públicos y, sobre todo, la cuestión ya había sido resuelta y bastaba con que el TS se remitiese a lo dicho. Nada de todo esto pudo escapársele a los Observadores, por lo que no es aventurado pensar que lo prioritario fuese transmitir una nefasta impresión del sistema de justicia español.

III. El debate jurídico

Frente a lo anterior, procuraré analizar, siquiera sea someramente, si la STS 459/2019 puede ser considerada una decisión racionalmente fundada y adoptada por jueces imparciales tras un proceso en el que se han respetado todas y cada una de las garantías reconocidas en la CE.

Las cuestiones centrales cabe agruparlas en dos grandes bloques. De un lado, las relativas a la vulneración de garantías procesales, y, de otro, las referidas a la calificación jurídica de las conductas enjuiciadas. Sin embargo, analizar todas las alegaciones incluidas en cada uno de los bloques resulta inabordable en tan exiguo –como comprensible– espacio, por lo que me limitaré a referirme a algunas de ellas.

1. *La vulneración de garantías procesales.*

Las garantías procesales que se estiman vulneradas son el derecho a utilizar la lengua catalana, derecho al juez predeterminado por la ley, a la doble instancia, así como el derecho de defensa y el derecho a la prueba, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia¹⁴.

La primera de las vulneraciones alegadas, de indiscutible carga simbólica, es la más endeble de cuantas se hicieron; entre otras cosas, porque el TS autorizó a los acusados a expresarse en catalán y puso a su

parece que haya sido valorada suficientemente, ni por la jurisdicción ordinaria, ni tampoco por las diversas resoluciones del TC que deniegan el amparo (v. g. SSTC 155/2019, 4/2020 o 23/2020).

¹⁴ Vid., el sintético e interesante análisis que de ellas hace I. ESPARZA LEIBAR, «Proceso debido y Estado de Derecho. La sentencia del procés. El insoslayable e imposible contexto», en QUERALT, J., *La sentencia...*, cit. pp. 52-54.

disposición intérpretes de dicha lengua, renunciando los acusados a valerse de la facultad otorgada. De la competencia ya se ha dicho algo líneas atrás y no podemos extendernos más; si acaso añadir que, compartiendo las críticas que se han hecho al feraz sistema de aforamientos español¹⁵, ese no es un problema privativo de esta causa.

En cuanto al resto de agravios, los que merecen mayor atención son los vinculados al derecho de defensa. Así, resulta problemática la estricta interpretación que el presidente de la Sala hizo de lo dispuesto en el art. 708 LECrim, restringiendo el contrainterrogatorio de los testigos presentados por la contraparte. Ciertamente, no se trata en absoluto de una práctica usual y ello ha llevado a Nieva-Fenoll a decir que «choca con los estándares mínimos establecidos por el TEDH»¹⁶ Aunque se pueda estar de acuerdo con el rechazo de la limitación, esta conclusión parece, sin embargo, excesiva. Ciertamente, el art. 6.3 d CEDH garantiza el derecho a interrogar a los testigos que declaren contra o a favor del acusado en las mismas condiciones. Y eso fue lo que se hizo, pues dicha restricción se aplicó por igual a acusaciones y defensas, y éstas –además de reivindicar en varias ocasiones su aplicación a la parte contraria– no concretaron a qué aspecto de su estrategia defensiva afectó tal o cual limitación. De igual modo, también ha sido objeto de posiciones encontradas la decisión de postergar a las últimas sesiones el visionado de la prueba documental videográfica en lugar de exhibirla al tiempo que declaraban los testigos, que fue lo solicitado por los Letrados y la práctica habitual en los procedimientos penales. Con todo, no existe un supuesto derecho a valorar la credibilidad del testigo mientras éste presta declaración, ni el volumen de material probatorio de los juicios que se celebran cotidianamente es equiparable al que aquí se estaba considerando. La razón que llevó a la Sala a postergar el visionado fue la agilización de una causa con presos y esa es una importante razón, que, en primer lugar, no impedía a las partes poner de manifiesto en trámite de informes las inexactitudes o contradicciones de los testigos, ni tampoco afectó al visionado de documentos sobre los que existiera alguna impugnación. De ahí que los pocos procesalistas que, de momento, se han pronunciado sobre esto no encuentren tacha alguna

¹⁵ Por todos, GÓMEZ COLOMER, J. L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; del último, *vid.* también el trabajo citado en la nota anterior

¹⁶ «El art. 708 LECRIM: una limitación inexistente al interrogatorio cruzado», en *Teoría & Derecho. Revista del pensamiento jurídico*, núm. 26/2019 p. 244.

en esta decisión de la Sala¹⁷, cuya actuación se ha llegado a calificar por un reputado procesalista como «impecable»¹⁸.

2. *El juicio de tipicidad y el juicio de autoría*

Para debatir acerca de la calificación jurídica de cualquier sentencia resulta ineludible ajustarse al relato de hechos que se estiman probados, ya que solo los magistrados tienen acceso al conjunto de la prueba y pueden valorarla en consecuencia. Esto, que es algo aceptado de manera unánime, parece desdibujarse en esta causa. La retransmisión abierta y en directo de que ha sido objeto la vista tiene el mérito indiscutible de garantizar la transparencia de las actuaciones pero motiva una suerte de juicio paralelo basado en un conocimiento fragmentario de los hechos que, en ocasiones, distorsiona las reflexiones acerca del juicio de tipicidad.

Resumir brevemente los hechos que la STS declara probados es una tarea muy delicada y lo más recomendable es una lectura sosegada de las páginas 24 a 60, a las que nos permitimos remitir al lector para centrarnos aquí en algunas de las cuestiones que resultan más polémicas, comenzando con la que metodológicamente era la primera que tenía que afrontar el TS.

a. EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

La invocación de diversos derechos fundamentales realizada por los acusados ha sido apoyada por algún constitucionalista, entre los que destaca la defensa que de los mismos ha hecho Mercé Barceló¹⁹, quien, además de catedrática de derecho constitucional de la UBA, es miembro de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat Catalana. Por el contrario, al igual que otras voces expertas, nuestro homenajeado re-

¹⁷ Vid., PLANCHADELL GARGALLO, A., «Secuencia prueba testifical y documental videográfica», *Teoría & Derecho*, 26/2019, pp. 272-288.

¹⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L. (2019), «Presunción de inocencia», *Teoría & Derecho*, 26/2019, pp.178-199.

¹⁹ «La STS 459/2019, de 14 de octubre de 2019: una interpretación imprevisible con quiebra de los derechos fundamentales a la legalidad penal y de reunión», en QUERALT, J., *La sentencia...*, cit. pp. 123-134.

chaza que estemos ante el ejercicio de derecho fundamental alguno²⁰. De igual modo, el TS descarta que estemos ante el legítimo ejercicio de un derecho a la desobediencia civil o ante un supuesto derecho a decidir entendido como derecho a promover y consumir la secesión unilateral del Estado. A partir de ahí, la STS se cuida especialmente de dejar claro que no se está criminalizando ni el discurso político ni la protesta ciudadana, sino la oposición, activa y concertada, frente a actuaciones de agentes de la autoridad con respaldo legal y constitucional, encaminadas pura y llanamente a dar cumplimiento a un específico y muy concreto mandato judicial. La sentencia concluye negando que estemos en el ámbito de los derechos de reunión, manifestación, libertad de expresión o participación política, algo, que también ha dicho el TEDH en el asunto *Maria Carmen Forcadell i Lluís y otros contra España* (STEDH 7 de mayo de 2019), donde recuerda que «un partido político puede hacer campaña a favor de una modificación de la legislación o de las estructuras jurídicas o constitucionales del Estado siempre que respete dos condiciones: 1) que los medios utilizados a tal fin sean legales y democráticos en todos los aspectos; 2) que la modificación propuesta sea compatible con los principios democráticos fundamentales (n. 37)».

Por lo que respecta a la inviolabilidad parlamentaria de la Presidenta del Parlament, parece más que razonable la opinión del TS de que la prerrogativa de la inviolabilidad «no extiende su protección a actos intencionados de rechazo de las decisiones del Tribunal Constitucional que gocen de una cobertura legal previsible y cierta y que impongan una restricción justificada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y necesario en una sociedad democrática»²¹, fórmula, como es harto sabido, que reproduce la utilizada por el TEDH. Desde luego, en un Estado de Derecho –que, reconocido el valor normativo de la Constitución, es el Estado de la Constitución– resultaría paradójico decir que la inviolabilidad puede oponerse frente al propio TC, garante de la misma e independiente del resto de órganos constitucionales. Mucho más discutible es si, entre otras cosas, la reforma de la LOTC operada por LO 15/2015 ha afectado a la neutralidad del TC o si es acertado someter a recurso previo la mera iniciativa parlamentaria²². En cualquier caso, esto no afectaba al análisis que debía hacer el TS.

²⁰ «El procés...», cit., p. 67.

²¹ STC 459/2019, pp. 233 y 234.

²² Tengamos en cuenta que, como ha dicho el propio TC, ni siquiera la Mesa del Parlamento puede realizar un control material de dichas iniciativas que sustraiga al debate político

b. TIPICIDAD Y RESPONSABILIDAD PERSONAL

No es aventurado afirmar que no existe en la historia judicial española un caso en el que, con los mismos hechos, las calificaciones vayan de la nada penal a dos de los delitos con penas más graves: la rebelión y la sedición, que, por añadidura, son figuras legales con casi nula tradición aplicativa y escaso desarrollo doctrinal²³. Todo ello basta para poner de manifiesto la dificultad del caso ante el que el TS se enfrentaba y, por tanto, la prudencia con que es conveniente conducirse a la hora de criticar las actuaciones de la Sala.

Los tipos aplicados fueron, además de los señalados, los de malversación de caudales públicos y desobediencia, que aquí dejaremos de lado en beneficio de los más problemáticos.

Como es sabido, el delito de rebelión (arts. 472 a 484 CP) es el más grave de los atentados contra el orden constitucional y queda identificado, de un lado, por la nota objetiva del alzamiento público y violento y, de otro, por la subjetiva, representada por cualquiera de las finalidades que se describen en ese precepto, de la que ahora interesa la prevista en el núm. 5: declarar la independencia de una parte del territorio nacional. Las penas con que se conmina son gravísimas y la sola acusación por el mismo comporta consecuencias jurídicas ligadas a su especial naturaleza y severidad punitiva. De hecho, de todos los que fundamentan la acusación, es el que tiene peor «prensa» porque, desde el momento de presentarse la querrela, surgieron voces que veían en esta tipificación la excusa para alejar el enjuiciamiento de los hechos de Cataluña, reforzar la solicitud y mantenimiento de la prisión provisional y permitir la suspensión que prevé el art. 384 bis LECrim²⁴. Sin embargo, que la acusación haya valorado esas consecuencias es completamente lógico y acusar «por arriba» es algo frecuente en los escritos de

una determinada materia (SSTC 95/1994, 124/1995, 10/2016; con matices, STC 107/2016). La cuestión no es un asunto menor, pues inaugura-contraria lo que dijeran las SSTC 48/2003, 136/1999, 159/1986—un modelo de democracia militante que autoriza a excluir del discurso las materias inconstitucionales. *Vid.*, ALBERTÍ, E., «Inviolabilidad parlamentaria y división de poderes: la introducción del control penal de las actuaciones parlamentarias», en QUERALT, J., *La sentencia...*, cit., pp. 99-121; en esta misma obra, LASAGABASTER, I., «Parlamento, tribunales y separación de poderes: ¿Puede el Parlamento desobedecer a los tribunales?», pp. 67-97.

²³ Esto es, como bien ha dicho ARROYO, un elemento para la comprensión escénica de este proceso, pues «los tipos son lo que en ellos ha leído la jurisprudencia y la doctrina, lo que estos han construido sobre ellos, lo cual precisamente no está disponible en las figuras nuevas o renovadas y hasta ahora nunca aplicadas, como son las de nuestro asunto», *La comprensión...*, cit., p. 65.

²⁴ Sobre el impacto de dicha medida cautelar *vid.*, muy críticamente MIRA BENAVENT, J., «Reflexiones críticas sobre la aplicación del art. 344 bis de la LECrim y su (no) reflejo en la STS 459/2019», en QUERALT, J., *La sentencia...*, cit. pp. 55-66.

calificación provisional del Ministerio Fiscal y no equivale exactamente a considerar esa acusación como manifiestamente infundada²⁵. Por otra parte, afirmar una supuesta connivencia del órgano jurisdiccional con la acusación es, sin hechos que lo sostengan, una irresponsable ligereza. En todo caso, finalmente, el TS rechaza la rebelión. Lo hace negando tanto la vertiente objetiva de la figura legal como la subjetiva, sirviéndose, eso sí, de una fundamentación que no deja de resultar sorprendente y que hubiera sido preferible eludir²⁶ ya que podía llegar al mismo resultado con solo recurrir al argumento de que no concurría el alzamiento violento requerido por el CP.

Por lo que hace al delito de sedición (arts. 544 a 549 CP), cabe recordar que es, junto con los delitos de terrorismo, la infracción más grave de las incluidas en el CP bajo la rúbrica «Delitos contra el orden público», donde a los principales implicados en ambas infracciones se les sanciona con idéntica pena: la de prisión de ocho a quince años, a la que se añade la inhabilitación absoluta por el mismo tiempo (arts. 544.1 y 572.1). Esta asimilación punitiva con los delitos de terrorismo da, pues, idea de la entidad de una acusación por sedición y obliga a interpretar el tipo muy restrictivamente con el fin de que solo tengan cabida en el mismo conductas cuya gravedad sea parangonable a la gravedad de las penas. La tarea no es, sin embargo, fácil porque estamos ante una norma amplísima que permite incluir en el precepto conductas de entidad muy diversa, un defecto de taxatividad que debe

²⁵ De hecho, ilustres juristas se pronunciaron a favor de la rebelión. Entre otros, CORCOY BIDASOLO, M., *Conferencia pronunciada en la Universidad Autónoma de Madrid, 31 de octubre de 2019*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=fumlzleWtUk> [consulta 21 de enero de 2021]; de la misma, «Comentario a la STS 459/2019», en QUERALT, J., *La sentencia*, cit., pp. 147-154; GIMBERNAT ORDEIG, E., «El *procés* en el Tribunal Supremo», *El Cronista*, cit., pp. 14-18, y «Sobre los delitos de rebelión, sedición y desobediencia en la STS 459/2019, de 14 de octubre», *Teoría & Derecho*, 26/2019, pp. 48-57). Así lo hizo también nuestro homenajeado por entender que lo ocurrido fue, a todos los efectos, un golpe de Estado en los términos de Kelsen («El *procés*», cit., p. 66).

²⁶ Para el TS, la violencia no perseguía directamente la secesión sino crear un clima o un escenario que facilitase una ulterior negociación con el Estado. Asimismo, tampoco era idónea porque «los alzados no disponían de los más elementales medios para (...) doblegar al Estado pertrechado con instrumentos jurídicos y materiales suficientes para, sin especiales esfuerzos, convertir en inocuas las asonadas que se describen en el hecho probado» (pág. 271). La inviabilidad de los actos concebidos para hacer realidad la prometida independencia, reitera el TS, era manifiesta (pág. 269) y, por tanto, no se estaba ante un riesgo real sino «ante una mera ensoñación del autor, un artificio engañoso creado para movilizar a unos ciudadanos que creyeron estar asistiendo al acto histórico de fundación de la república catalana» (p. 270). Sin embargo, no parece lo más adecuado referirse a todo aquello como «ensoñación» o «asonada inocua» cuando, a lo largo de toda la instrucción, se ha dado soporte a la acusación más grave y, a la postre, se imponen penas que se equiparan a las previstas para el delito de homicidio.

ser corregido en una futura reforma del CP²⁷. El TS es consciente de este déficit de legalidad pero, pese a ello, condena por sedición por entender que en los acontecimientos de los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 se dan los tres requisitos exigidos por esa figura legal. A saber:

Primero: concurre el requisito relativo al alzamiento público y tumultuario, al que la sentencia se refiere indistintamente como levantamiento colectivo y hostil, levantamiento multitudinario, generalizado y proyectado de forma estratégica o insurrección plural en actitud de abierta oposición.

Segundo: estamos ante una actuación que se desarrolla por «la fuerza o fuera de las vías legales», una fórmula en la que el TS da entrada a conductas intimidatorias, de fuerza en las cosas, y también a las vías de hecho.

Tercero: todo ello, a su vez, se dirige con potencial funcionalidad –aunque, finalmente, no se logre– a impedir que las leyes se cumplan o a obstruir las órdenes o resoluciones jurisdiccionales. En cuanto a lo ocurrido frente a la Conselleria de Economía el 20-S, el TS concluye que la multitud hostil allí desplegada hizo inviable que los funcionarios dieran cumplimiento con normalidad a las órdenes del Juzgado, no solo por el miedo real causado a los funcionarios que intentaban ejecutarlas, sino también porque, *de facto*, impidió la obligada presencia de los funcionarios autonómicos sujetos a investigación. Por su parte, el 1-O en los centros de votación en que hizo aparición la policía se repitió la misma escena: una multitud de personas, impermeables a cualquier requerimiento, que bloqueaban la entrada y se mostraban decididas y firmemente determinadas a votar, lo que, en unos casos, motivó el enfrentamiento con los agentes de la autoridad y, en otros originó que éstos –los Mossos en la mayoría de las ocasiones– se vieran conminados a desistir de su intento, todo lo cual impidió hacer efectivas las órdenes judiciales.

²⁷ Entre otros muchos, SANDOVAL, J. C., «La relación entre los delitos de rebelión y sedición. A propósito de la función de recogida del art. 544 CP», en Alonso Rimo, A. (dir.)/Colomer Bea, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Pamplona, pp.271-313; «Las incertidumbres del delito de sedición», *El cronista...*, cit. pp. 100-109. A favor directamente de su derogación se ha manifestado en varios lugares N. GARCÍA RIVAS; así, últimamente, «Rebelión y sedición en el STS 459/2019: razones para una legítima discrepancia», en QUERALT, J., *La sentencia...*, cit. pp. 142-145.

Esa interpretación ha recibido más críticas que elogios. Hay quienes dicen que los jueces han reinventado el delito²⁸, que calificar los hechos de este modo es «un atropello a la razón»²⁹ y que se trata de una sentencia profundamente autoritaria³⁰, «ideológica y estructuralmente preconstitucional»³¹, asistemática y contraria al principio de proporcionalidad³². Sin embargo, recordemos que hay también quien piensa que los hechos o eran rebelión³³, que se ajustan como un guante al delito de sedición³⁴, que se trata de una sentencia sólidamente fundada³⁵ o, al menos, que no se trata de una calificación tan desatinada³⁶.

Por lo que respecta a la atribución de responsabilidad a los diferentes acusados, lo que verdaderamente suscita problemas es el llamado juicio de autoría por el delito de sedición³⁷, ya que ninguno de los acusados participó activamente en el alzamiento protagonizado por la ciudadanía. Aún así, tiene razón el TS cuando dice que la responsabilidad por el delito de sedición también se colma cuando se ponen las condiciones precisas para ese alzamiento. La STS se concentra en demostrar que todos estaban unidos en una acción estratégica –llámesele hoja de ruta o como se quiera– para sacar adelante el referéndum pese a que los máximos responsables de los Mossos advirtieron del peligro que entra-

²⁸ BARCELÓ, M., La sentencia del Supremo aviva el debate sobre el riesgo de que la sedición pueda aplicarse a protestas como los desahucios, en línea https://www.eldiario.es/politica/sentencia-Supremo-sedicion-aplicar-protestas_0_952955497.html [consulta 31 de enero de 2021]

²⁹ PORTILLA CONTRERAS, G., «Rebelión ciudadana y sistema punitivo», en Alonso Rimo, A. (dir.)/Colomer Bea, D. (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Pamplona, p.345

³⁰ GARCIA RIVAS, N., *El autoritarismo nada disimulado de una sentencia histórica*, https://www.eldiario.es/tribunaabierta/autoritarismo-disimulado-Sentencia-historica_6_953014706.html [consulta 31 de enero de 2021]; del mismo, «Injusta condena por un delito de sedición: un delito anacrónico y derogable», *El cronista.*, cit. pp. 92-100. También muy crítico, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «¿La sedición como cajón de sastre? Reflexiones al hilo de la STS 459/2019, de 14 de octubre», *El cronista.*..cit., pp. 110-116.

³¹ QUERALT, J., «Legalidad penal a la luz de la STS 459/2019», en *La sentencia...*, cit., p. 166.

³² BOIX, J./MIRA, J., «A propósito de la STS 459/2019, de 14 de octubre», *El Cronista*, cit. passim.

³³ *Vid.*, nota 25.

³⁴ LASCURAIN SÁNCHEZ, A. (2019), *Una sentencia sensata*, https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1192721[consulta 30/01/21]

³⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *La violencia en la sentencia del proceso*, https://www.elespanol.com/opinion/columnas/20191015/violencia-sentencia-proces/436836321_13.html[consulta 30 de enero de 2020]; del mismo, «El “proceso” no es el golpe de Estado de siempre. Es un golpe soft. Un acto de fuerza», https://www.infolibre.es/noticias/politica/2019/10/09/proces_no_golpe_estado_siempre_golpe_soft_acto_fuerza_99639_1012.html[consulta 30 de enero de 2020]; del mismo, «Política y delito», *Teoría & Derecho*, 26/2019, pp. 18-45

³⁶ PEÑARANDA RAMOS, E., Intervención en el debate «Juicio al Proceso: reflexiones al hilo de la Sentencia», Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Piv-GbeSZM0> [consulta 30 de enero de 2020]

³⁷ No así las responsabilidades atribuidas por los delitos de desobediencia y malversación.

ñaba celebrar el referéndum, lo que, por otra parte, es difícil que se le escape a cualquiera que promueva su celebración aunque no estuviera en esa reunión. Con todo, esa parte es, a juicio de reputados especialistas, la parte más cuestionable de la STS³⁸. Lo es, precisamente, porque, como tantas veces ha dicho mi Maestro³⁹, criterios como el dominio del hecho o el incremento del riesgo son poco compatibles con principios constitucionales tan nucleares como la presunción de inocencia, lo que no obsta, sin embargo, a que parte de nuestra mejor doctrina defienda tal criterio y cotidianamente se haga uso del mismo en muchos foros judiciales.

IV. Un punto débil: las consecuencias jurídicas

Las penas de prisión impuestas discurren entre los nueve años impuestos a Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, a los once o doce impuestos a la ex presidenta del Parlament y a los miembros del Govern, llegando a trece en el caso del exvicepresidente Oriol Junqueras. A ello hay que sumar la inhabilitación absoluta por el mismo tiempo. Se trata de penas que podrían haberse impuesto incluso si hubieran sido absueltos por sedición y condenados solo por el delito de malversación, ya que el TS ha recurrido a reglas penológicas que evitan la acumulación de penas, al tiempo que no ha accedido a la petición de la acusación de aplicarles el llamado periodo de seguridad (art. 36.2 CP). Aún así, muchos juristas hemos manifestado que esta condena, aunque legal, es excesiva. Frente a ello, habrá quien piense que, desde la perspectiva social, se trata de penas proporcionadas, máxime si tenemos en cuenta actitudes que como el *ho tomarem a fer* de los condenados o los reiterados actos de desobediencia del ya expresidente Torra demuestran una falta de asunción de responsabilidad individual y colectiva que hace comprensible que amplios sectores de la población estimen que la pena impuesta es, incluso, insuficiente, y muchos ciudadanos se escandalizan por el

³⁸ Así, CARBONELL MATEU, J. C., *La Sentencia: aspectos cuestionables*, <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5724>, [consulta 30 de enero de 2021]; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *¿La sedición como cajón de sastre?...*, cit.; LLABRÉS FUSTER A., «Rebelión no, sedición tampoco», *Teoría & Derecho*, 26/2019, pp. 77-109

³⁹ Vid., v. g., «Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal» (especialmente el epígrafe VI: Diez tesis sobre el problema de la autoría), en *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 2011, pp. 725-799; VIVES, T./CUERDA, M. L., «De nuevo sobre la autoría: algunos problemas metodológicos», en MORALES F./TAMARIT, J. M./GARCÍA ALBERO, R., *Represión penal y Estado de Derecho*. LH Quintero, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 505-512.

hecho de que la Generalitat les haya concedido ya el tercer grado y ello les permita intervenir en los actos electorales de las elecciones previstas para el 14 de febrero.

No hay duda de que lo ocurrido en Cataluña es muy grave; lo pretendido por los condenados es un dislate jurídico y sus conductas fueron una contravención consciente de normas de obligado cumplimiento que han generado una fractura social y perjuicios económicos de los que Cataluña y el resto de España tardará en recuperarse. Sin embargo, cualquier pena que exceda del mínimo imponible por un delito de homicidio es una pena no solo grave (art. 33 CP), sino severa y, por tanto, hay que abstraerse de los afanes punitivistas que enturbian el pensamiento y pasarla por el cedazo de la proporcionalidad como garantía de los derechos afectados. En este caso, a la hora de valorar la proporcionalidad de la pena impuesta es obligado tener en cuenta que lo enjuiciado son ilícitos con motivación política cometidos por cargos públicos representativos y relacionados con el ejercicio de funciones representativas, (art. 23 CE), así como en conexión con los derechos reunión y manifestación (art. 21, CE), la libertad ideológica (art. 16) o de expresión (art. 20 CE), entre otros. Claro está que ninguno de esos derechos ampara las conductas realizadas. Pero la circunstancia de que aquellos estén implicados, obliga a realizar el juicio de proporcionalidad tomando en consideración no solo los derechos subjetivos sino también la dimensión institucional y estructural del resto de derechos afectados que, como se acepta pacíficamente, tienen una vinculación directa con el funcionamiento del propio sistema democrático, máxime cuando quien pretende ejercerlos –aunque sea con extralimitación manifiesta– es un representante electo del pueblo, pues en tales casos cualquier interferencia del Estado debe someterse a un escrutinio especialmente riguroso, del que necesariamente forma parte el efecto de desaliento inherente a una condena tan grave. Así lo dijo expresamente la STC 136/1999 al enjuiciar un caso que guarda importantes analogías de fondo con el que nos ocupa, y así lo viene diciendo reiteradamente el TEDH, que, como es bien sabido, integra el efecto de desaliento en la estructura argumental del principio de proporcionalidad para valorar la legitimidad de la injerencia, que también hace, pues, depender de la naturaleza y severidad de las penas impuestas⁴⁰.

⁴⁰ De ahí que, con singular conocimiento de causa, se haya advertido de lo discutible que tan dura respuesta es a la luz de la jurisprudencia del TEDH (LÓPEZ GUERRA, L., en *Teoría & Derecho*, 26/2019, cit. p. 303).

V. Conclusiones

El lector disculpará que no ofrezca mi opinión personal⁴¹ al respecto, pero entiendo que, a los efectos pretendidos, no es ésta lo relevante. Lo que realmente interesa es mostrar que el TS tenía ante sí un asunto extraordinariamente difícil que plantea problemas jurídicos de gran entidad y muy diversa índole, hasta el punto de que no puede decirse que haya unanimidad entre los expertos. Antes al contrario, en los asuntos nucleares la discrepancia es la regla. Precisamente esa disparidad de criterios desautoriza la descalificación global que algunos de los partidarios del criterio que no se ha impuesto han pretendido hacer de nuestro sistema de justicia penal, olvidando que el derecho al proceso debido nada tiene que ver con la satisfacción de todas las pretensiones de las partes, ni la racionalidad procedimental de una sentencia depende de que se ajuste a lo que desearían muchos o, incluso, la mayoría del cuerpo social.

Los condenados por la STS 459/2019 lo fueron tras ser sometidos a un juicio en el que se respetaron los derechos fundamentales y las garantías procesales básicas, sin perjuicio de que este proceso haya puesto de manifiesto la necesidad de reflexionar sobre materias como el alcance y efectos de los aforamientos o el modelo de cooperación judicial europea, entre otras muchas. Asimismo, el tribunal ha ofrecido argumentos que en relación con las conductas de algunos de los condenados tienen menos fuerza que en relación con las de otros, pero en todos los casos cumplen las pautas interpretativas ordinarias y no incurrir en irrazonabilidad, ni, menos aún, en arbitrariedad, sin perjuicio de que se eche en falta un mayor esfuerzo en la individualización de las respectivas responsabilidades.

Lo anterior no obsta a reconocer la pésima calidad de la norma sustantiva aplicada o la desproporcionalidad de la respuesta legal. Este proceso ha puesto de manifiesto, entre otras cosas, la necesidad de abordar la reforma de los delitos de rebelión y sedición, así como reflexionar sobre la pena con que se conmina la malversación. En cuanto a la reforma de los delitos de rebelión y sedición, eso es algo que, además de di-

⁴¹ En extenso, CUERDA ARNAU, M. L., «La sentencia del procés», en *Informe sobre el estado de la democracia en España 2019*, Penadés de la Cruz, A. (dir.), Fundación Alternativas, Madrid, 2020, pp. 173-203 (disponible en <https://www.fundacionalternativas.org/las-publicaciones/informes/informe-sobre-la-democracia-en-espana-2019>). Asimismo, VIVES ANTÓN, T./CUERDA ARNAU, M. L., «Legalidad y proporcionalidad en la Constitución de 1978», *Libro Homenaje a la Dra. Susana Huerta* (en prensa).

ferentes monografistas del tema, también ha sostenido el Grupo de Estudios de Política Criminal, una prestigiosa asociación que reúne a profesores de derecho penal, jueces y fiscales, que ya en 2017 propuso la reforma de todos estos tipos y, recientemente, ha aprobado una propuesta alternativa de regulación acorde con los requerimientos de los principios de legalidad y proporcionalidad, garantías nucleares de todo Derecho penal democrático.

El hecho de que esa eventual reforma pueda favorecer la actual situación de los condenados por sedición es algo consustancial a toda reforma penal que favorezca al reo y, por tanto, conviene que nadie se rasgue las vestiduras. También en cuanto a esto es importante dejar a un lado nuestros demonios familiares.

LA APLICACIÓN DEL DELITO DE *CHILD GROOMING* EN CONCURRENCIA CON OTROS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL

NORBERTO J. DE LA MATA BARRANCO
Universidad del País Vasco

SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ
Universidad de La Rioja

I. Introducción

El conocido como delito de *online child grooming* se recoge en el art. 183 ter 1 de nuestro Código Penal, que prohíbe las conductas de contacto con menor de dieciséis años proponiendo concertar un encuentro a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 (también del 178 en la redacción original del art.183 bis, luego modificado). El tipo penal dispone la imposición de penas «de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos».

El objetivo de estas líneas es dilucidar cómo debe interpretarse tal cláusula concursal. Sin embargo, parece complicado, a priori, establecer una interpretación sustantiva que necesariamente redirija la expresión «sin perjuicio de» (que hay que entender como «sin perjuicio de la pena que proceda, si es que procede alguna»¹) a una fórmula concursal u otra. Por esta razón, debemos atender entonces a otros elementos que sirvan para valorar el sentido de la expresión legal: es necesario detenernos, por tanto, en la configuración típica y valorar la delimitación del bien jurídico a proteger, así como a la manera en que podría quedar afectado, porque de ello depende el sentido y alcance de la cláusula concursal.

¹ Véase también GÓRRIZ ROYO, E., «*On-line child grooming* en Derecho penal español. El delito de preparación *on-line* de menores con fines sexuales, del art. 183 ter 1.º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)», en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2016, p. 36.

II. El delito de *child grooming* como tipo mixto acumulativo

El tipo penal del art. 183 ter 1 es un tipo mixto acumulativo, ya que presume la realización de varias acciones; también se trata de un tipo mutilado, en tanto que recoge un elemento subjetivo específico tendente a la realización de un acto posterior que no debe materializarse para dar por consumado el delito². No hay entre la doctrina y la jurisprudencia mucha polémica en torno a esta caracterización elemental.

La obligación contraída con la ratificación (mediante Instrumento publicado en el BOE el 12 de noviembre de 2010) del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, marca la necesidad de prever como primera acción del tipo cumulativo la de contactar con un menor. Resulta crucial, en relación con los postulados que defenderemos *infra*, caracterizar como central en este delito el hecho tecnológico (derivado del uso de, en cláusula abierta, cualquier tecnología de información y comunicación³). En ello puede sustanciarse la «peligrosidad» de la conducta incriminada, que con este primer elemento permite ganarse o irse ganando la confianza del menor, que aún debe apuntalarse con otros elementos para ser disvaliosa⁴.

² Concurrencia de elementos muy criticada en la doctrina tanto por su amplitud como por su indeterminación (así, por todos, ROVIRA DEL CANTO, E., «Nuevas formas de ciberdelincuencia intrusiva: el *hacking* y el *grooming*», en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 160, 2011, p. 44), aunque es difícil ser más concreto en la descripción típica; cuestión distinta es que se pudiera haber prescindido del primer elemento (entendiéndolo comprendido en el segundo) y que, aunque ampliando en exceso la punición, se hubiera podido prescindir del tercero.

³ Como explica VALVERDE MEGÍAS, R., «*Child grooming*. Concepto y respuesta penal», en *Estudios Jurídicos*, 2013, pp. 1 a 20, p. 10, la referencia genérica a las TICs puede abarcar distintas modalidades de contacto, dando cabida al legislador a «cualesquiera otros mecanismos o sistemas de transmisión de datos que no precisen de conexión a Internet o una línea telefónica [...], como, por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet sin acceso a Internet, aplicaciones de comunicación social basada en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse». Véase también MUÑOZ CUESTA, F. J., «Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de Internet u otra tecnología de la información o la comunicación», en *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 136.

⁴ Crítico, sin embargo, RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, 2012, p. 222, destaca la paradójica desprotección que se produce cuando un profesor se gane la confianza de su alumno y, con fines sexuales, concierte con él en persona una cita presentándose a la misma, que no puede entenderse comete el delito de *grooming*, mientras que sí lo comete si el contacto se produce a través de la red. Véanse también MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010», en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm. 15, 2010, p. 100, y VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación», en *Es-*

No será necesario, sin embargo, que concorra habitualidad⁵ (por lo que el término *ciberacoso* resulta poco apropiado), ni que exista contacto físico previo (o posterior)⁶. Resulta igualmente indiferente que la iniciativa provenga del sujeto pasivo, siempre que se establezca el contacto y sea el sujeto activo quien efectúe la posterior propuesta de encuentro⁷. Asimismo, si el mensaje no llega al destinatario, carece de peligrosidad (menos de lesividad) alguna porque no puede influir en la formación o toma de decisiones de quien lo desconoce⁸.

Realizada la primera acción del tipo cumulativo, el sujeto activo ha de proponer un encuentro (con quien todavía debe tener menos de dieciséis años). Este requisito del tipo exige una proposición seria y concreta que confirme la voluntad del sujeto activo de llevar a cabo el encuentro⁹.

tudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV, 2014, p. 683. Sin embargo, es el hecho tecnológico el que trata de afrontar el legislador, que entiende, en nuestra opinión con razón, que favorece, extiende y encubre una clase de conductas que considera necesitadas de respuesta, lo que es más importante, va creando un tipo de relación entre desiguales no consensuada (porque por la edad del menor, aunque quepa discrepar sobre dónde ha de ponerse el límite, no cabe consentimiento) y perturbadora, por la voluntad del autor, de un proceso de desarrollo sexual sin interferencias espurias.

⁵ Al respecto, véase VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 192-193.

⁶ Por todos, DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*: entre los delitos de pederastia», en *Diario La Ley*, núm. 7575, 2011, p. 7. En contra, sin embargo, VALVERDE MEGIAS, «El ciberacoso infantil con finalidad sexual», p. 16, defiende que ha de descartarse la aplicación del delito en los casos en los que la relación se desarrolle mediante contacto físico entre las partes aunque la misma se solape con un contacto simultáneo telefónico o a través de Internet, en cuanto la finalidad que se persiguió con la introducción del delito surge de la preocupación por el «uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por los propios niños y por los infractores», que favorece el anonimato y la extensión potencial del número de víctimas. Es cierto. Pero el precepto simplemente exige contacto tecnológico. No impide, también, otro tipo de contacto, que habría que encuadrar en su caso, punible o no, en otra posible tipicidad concurrente.

⁷ El «contacto derivado» al que alude NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis Cp y de las versiones del Anteproyecto de reforma del Código penal de 2010 y 2013», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2012, p. 193, en contraposición a lo que él denomina «contacto inicial» cuando es el sujeto activo quien toma la iniciativa. Véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 199/2017 de 27 de marzo de 2017.

⁸ Por todos, ORTS BERENQUER, E., «Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores en el Código Penal y en el Proyecto de 2013», en *Estudios Jurídicos*, 2013, p. 12. Véanse también RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado», en *Diario La Ley*, núm. 7746, 2011, p. 6, o VILLACAMPA ESTIARTE, «Propuesta sexual telemática a menores», p. 682.

⁹ MENDOZA CALDERÓN, S., «El fenómeno del acoso a menores *grooming* desde la perspectiva del Derecho penal español», en Martínez González, M. I. (directora), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 165, precisa con razón que no bastan sugerencias o insinuaciones, sino que este elemento exige la comprobación de la existencia de datos fehacientes encaminados a lograr dicho encuentro, como la fijación de un lugar para el encuentro, la hora, formas de identificarse, etc. Téngase en cuenta que en todo caso es necesario, además, en los términos que luego se explicará, el concreto acercamiento.

Y, aunque ello pueda generar lagunas de penalidad, es él quien tiene que realizar la proposición¹⁰.

Como tercera acción acumulada debe verificarse la realización de actos materiales encaminados al acercamiento. Existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en la falta de exigencia de que se produzca el encuentro propuesto¹¹. Sin embargo, puede suceder que este extremo tenga relevancia en el criterio de concreción de la pena¹².

No especifica, sin embargo, el legislador cuáles pueden ser los actos hacia el acercamiento ni cómo han de llevarse a cabo, lo que ha suscitado numerosas críticas en buena parte de la doctrina que acostumbra a tachar de imprecisa la expresión¹³. Podría decirse que este tercer elemento acumulado en el delito pretende simplemente filtrar las situaciones de penalidad a supuestos en que se dota de credibilidad a la propuesta de contacto.

La proposición del encuentro ha de tener como finalidad la de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 del Código. Las conductas finalísticamente pretendidas se limitan a las de esos artículos, lo que ha motivado no pocas críticas de autores que demandan la inclusión de otras como las del actual art. 183 bis¹⁴ o las del art. 188¹⁵, que habría que reconducir, en su caso, a la posible tentativa del delito previsto.

¹⁰ Véase, por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, «Propuesta sexual telemática a menores», p. 684.

¹¹ Entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, H., «La tutela de los derechos fundamentales del menor ante el *ciberbullying* y el *grooming*», en extension.uned.es/archivos_publicos/Webex-actividades/5203/conferenciaiha.pdf, p. 13, ÁLVAREZ HERNANDO, J., «El ciberacoso sexual infantil y su respuesta penal», en icava.org/secciones/aaj/articulo3.pdf, p. 5, MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 160, y ORTS BERENGUER, «Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores», p. 12.

¹² Como se acepta en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 676/2013, de 19 de julio.

¹³ Véanse, por ejemplo, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 31, 2011, p. 248, MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, 2011, p. 234, o VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming*, p. 208, si bien como con razón señala la Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero, «Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos».

¹⁴ Entre otros, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., «El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16, 2014, p. 16, indicando que éstas serán de las más frecuentemente pretendidas en el ámbito del *grooming*.

¹⁵ Véanse las críticas de, por ejemplo, GONZÁLEZ TASCÓN, «El nuevo delito de acceso a niños», p. 250, MONGE FERNÁNDEZ, «De los abusos y agresiones sexuales a menores», p. 100, y ORTS BERENGUER, «Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores», p. 11.

III. Bien jurídico y grado de afectación

El apartado XIII del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que introduce el entonces nuevo art. 183 bis, subraya que, en el ámbito de los delitos sexuales contra menores, hay conductas con un mayor contenido de injusto mediante las que no solo se lesiona la indemnidad sexual, «entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado», sino también la «formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor»; de ello se colige la necesidad de castigar penalmente «las conductas que una persona adulta desarrolla a través de [Internet y las tecnologías de la información y la comunicación] para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual»¹⁶.

Desde estos presupuestos puede tomar cuerpo la tesis de los bienes jurídicos diferenciados, según la cual cabría distinguir entre la indemnidad, de un lado, y el proceso de formación, por otro. Así, Pérez Ferrer defiende la doble protección de indemnidad y formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor en cuanto lo que se trata es de evitar que el menor sea sometido a prácticas potencialmente perturbadoras que impidan una adecuada educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de una auténtica libertad sexual cuando alcance la edad para poder otorgar consentimiento, añadiendo la posibilidad de aparición de patologías clínicas¹⁷. Algún autor, minoritariamente, ha planteado como bien jurídico de los delitos sexuales contra menores, supra-individual, la infancia¹⁸ o la seguridad de la infancia, como un modo de evitar que la cláusula quiebre el *ne bis in idem*¹⁹. En otra versión de la

¹⁶ Incrementadas en los últimos tiempos de modo notable como explica el propio Preámbulo de la Ley. En la doctrina, por todos, FLORES PRADA, I., *Criminalidad informática*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 238 ss.

¹⁷ PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)», en *Diario La Ley*, núm. 7915, 2012, pp. 1 ss.

¹⁸ Así, DOLZ LAGO, M. J., «Los delitos de pederastia», en *Diario La Ley*, núm. 7534, 2010, p. 1, aunque reconoce que ello no se ha plasmado legislativamente y aceptando también la existencia de un bien jurídico individual en relación con el menor afectado por la conducta delictiva. Más específicamente, también en DOLZ LAGO, «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*», pp. 1 y 2. Véase igualmente NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso», p. 189.

¹⁹ GONZÁLEZ TASCÓN, «El nuevo delito de acceso a niños», p. 241. Véase el completo trabajo criminológico de GARCÍA GUILABERT, N., *Victimización de menores por actos de ciberacoso continuado y actividades cotidianas en el ciberespacio*, Tesis Doctoral, Murcia, 2014, pp. 23 ss. sobre actividades cotidianas en el ciberespacio y victimización de menores, si bien en relación a ataques

pluriofensividad, Monge defiende la pluralidad de bienes protegidos por darse amparo, además, dirá, no solo a la indemnidad sexual y a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, sino incluso a su dignidad y a su vida²⁰.

Sin embargo, en los Tribunales de justicia es doctrina absolutamente dominante mantener como único bien jurídico concreto del art. 183 ter 1 la indemnidad sexual²¹. En la doctrina, con independencia de cómo se defina el concepto de indemnidad sexual, es ésta la postura absolutamente mayoritaria a partir de criterios sistemáticos, teleológicos o incluso literales²². Es cierto que el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010

sin contenido sexual. Asimismo, las reflexiones de MIRÓ LLINARES, F., «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, sobre el significado de la cibercriminalidad como nueva forma de criminalidad, pp. 4 ss. En relación con el riesgo para los menores en el uso de las tecnologías, en distintos ámbitos y con especial atención al sexual, al margen de las distintas aportaciones, véase en su conjunto el reciente libro dirigido y coordinado, respectivamente, por Cuerda Arnau, M. L. (Directora)/Fernández Hernández, A. (Coordinador), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, cyberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Tirant lo Blanch, 2016.

²⁰ MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores*, pp. 76 ss., en opinión que siguiendo sus propuestas de *lege ferenda* suscribe GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «Algunas consideraciones sobre el nuevo delito», p. 6, orientando el delito no obstante hacia la protección de la seguridad de los jóvenes usuarios de las nuevas tecnologías.

²¹ Lo afirma específicamente, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015 indicando que «el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad», límite que «se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor [...] que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual». También la sentencia del Tribunal Supremo núm. 109/2017, de 22 de febrero, argumenta prolijamente la existencia de un solo bien jurídico para los delitos previstos en el art. 183, 183 ter y 189 CP, indicando que la norma concursal no puede determinar una disociación de bienes jurídicos. Véanse también las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla 465/2013, de 3 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona 1055/2014, de 23 de junio, de la Audiencia Provincial de Tarragona 135/2015, de 8 de abril, de la Audiencia Provincial de Jaén 113/2015, de 11 de mayo y de la Audiencia Provincial de Albacete 221/2015, de 22 de septiembre. También es la pionera Sentencia del Juzgado de Menores núm. 1 de Ourense de 13 de mayo de 2013 (expediente 171/2012) señalando expresamente en su Fundamento de Derecho Primero que «el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual del menor de trece años ya que éste no puede prestar válidamente consentimiento para tener relaciones sexuales». Al respecto, DÍAZ CORTÉS, L. M., «Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores núm. 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013). Pronunciamientos sobre el delito denominado *child grooming*», en *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 1, 2014, pp. 351 ss. Véase también el comentario jurisprudencial de DOLZ LAGO, M. J., «Ciberacoso sexual a menores o *child grooming* del artículo 183 bis CP/2010 o artículo 183 ter CP/2015: en caso de abuso o agresión sexual posterior rige el concurso de normas quedando absorbido por éste», en *Diario La Ley*, núm. 8797, 2016, pp. 1 ss.

²² Por todos, GÓRRIZ ROYO, *On-line child grooming*, pp. 12 ss. Véanse también, por ejemplo, y específicamente, ÁLVAREZ HERNANDO, «El ciberacoso sexual infantil», p. 5, ORTEGA BALANZA, M./RAMÍREZ ROMERO, L., «Amistades peligrosas: el delito de *child grooming*», en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 217-218, 2014, p. 2, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El embaucamiento de menores», p. 9, o VALVERDE MEGÍAS, R., «El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo

alude tanto a la indemnidad sexual como a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, pero, como con razón explican varios autores, puede entenderse que éstas forman parte de aquélla²³.

El *quid* de la cuestión se traslada a otro punto. Si el bien jurídico protegido por el delito se ha señalado que es el correcto proceso de formación y desarrollo personal del menor como parte de la indemnidad, debe dilucidarse entonces si, al realizar la conducta prohibida de *child grooming*, se pone en peligro o lesiona dicho bien jurídico. ¿El correcto proceso de formación y desarrollo personal del menor solo se lesiona cuando se produce el abuso, la agresión o el acto denominado de corrupción? ¿Hasta entonces no?.

Compartimos con Cugat Mauri que la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación facilitan unas relaciones con los menores que no solo, como ella señala, pueden favorecer una situación de subyugación moral con el agresor de particular intensidad y gravedad suficiente para afirmar la ofensividad de la conducta²⁴, sino que al margen de dicha posible subyugación, que es cierto no requiere el precepto, altera un normal proceso de descubrimiento o desarrollo de la sexualidad que la haga percibir como algo secreto, oscuro, turbio²⁵. Y eso no tiene que sustanciarse en un bien jurídico distinto a la indemnidad

art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático», en *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, núm. 66, 2012, p. 17. Sigue habiendo posturas, minoritarias, como la de HERNÁNDEZ GUERRERO, F. J., «Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones», en Rallo Lombarte, A./Martínez Martínez, R. (editores), *Derecho y Redes Sociales*, Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p. 522, que señala expresamente que el *grooming* constituye un atentado contra la libertad sexual del menor llevado a cabo a través de un acto preparatorio, considerándolo no un ataque a su indemnidad sexual sino a su libre determinación sexual, o la de NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso», p. 212, que alude como bien jurídico protegido en el delito de *grooming* a la libertad sexual negativo estática. Estamos en todo caso ante la misma discusión que se plantea en relación con todo el Título VIII del Código Penal y específicamente con su hoy Capítulo II BIS.

²³ Por todos, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, 2011, pp. 155 y ss. Refiriéndose en general a los delitos de abuso y agresión sexual, BOIX REIG, J., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en Boix Reig, J. (Dirección), *Derecho Penal: Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, Iustel, 2.ª ed., 2016, p. 390.

²⁴ CUGAT MAURI, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Álvarez García, F. J./González Cussac J. L. (Directores), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 235.

²⁵ En este sentido, la Sentencia 407/2018 de 9 de julio de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8.ª, indica que el sujeto activo del delito previsto en el art. 183 ter 1 CP «ha de ser un desconocido para la víctima que, amparado por el aparente anonimato de las técnicas informáticas de comunicación, contacta con un menor». Como si en esa posibilidad de acceso a entornos ajenos y –sin que mediase la tecnología– lejanos para el sujeto activo radicase un desvalor específico de este tipo penal.

dad, pero sí en un modo autónomo de lesionarla²⁶. No habría, en este sentido, pluriofensividad alguna, sino concreción de lo que significa la idea de indemnidad.

IV. Sentido de la cláusula concursal

De estas elucubraciones anteriores, en las que ya hemos tomado partido, depende, en todo caso, el sentido y alcance de la aplicación de la cláusula concursal que indica que la pena prevista se impondrá «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos», esto es, sin perjuicio de la comisión de los delitos previstos en los artículos 183 y 189; u otros que también pudieran cometerse, suponemos.

Lo dicho hasta aquí sobre la estructura típica del delito que nos ocupa y la consideración por los momentos de afectación al bien jurídico protegido (o bienes jurídicos) debe ser el fundamento de la determinación del alcance concreto de la cláusula concursal²⁷. El juego de dependencias en su sentido y alcance lo exponemos, de manera esquemática, a partir de la afectación (delito o lesión) a uno o más bienes jurídicos, del siguiente modo:

Artículo 183 TER 1	Delito de peligro	Delito de lesión
Delito uniofensivo.	(1) No cabe concurso real, ya que el art.183 ter 1 queda absorbido por los delitos de los arts. 183 o 189.	(2) Cabe concurso real del art.183 ter 1 con los delitos de los arts. 183 o 189, ya que se verifican dos lesiones de diferente entidad.
Delito pluriofensivo.	(3) Cabe concurso real del art 183 ter 1 con los delitos de los arts. 183 o 189, aunque podría quedar absorbido, en su caso, por otros delitos de lesión distintos.	(4) Cabe concurso real del art.183 ter 1 con los delitos de los arts. 183 o 189, ya que se verifican dos lesiones diferentes sobre dos bienes jurídicos diferentes.

²⁶ «(...) se hace necesario destacar que la auténtica antijuridicidad de las conductas de grooming se da en las fases de contacto y concierto con el menor» JORGE BARREIRO, A., «La cláusula concursal del art. 183 ter del Código Penal (*child grooming*)», en Cancio Meliá, M./Maraver Gómez, M./Fakhouri Gómez, Y./Rodríguez Horcajo, D./Basso, G. J/Jorge Barreiro, A. (coordinadores), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, 2019, p. 548.

²⁷ En esta misma línea parece posicionarse Jorge BARREIRO, «La cláusula concursal del art. 183 ter del Código Penal (*child grooming*)», pp. 540 y ss.

La hipótesis (1) es la única que implicaría una interpretación restrictiva y que conduciría, en ello, a la consunción de leyes. Atendiendo a la identidad del bien jurídico tutelado, muchos autores, sin unanimidad sobre la regla a aplicar²⁸, entienden que de conseguirse la finalidad pretendida habría que remitirse al artículo 8 y a su regulación del concurso de normas, pues en caso contrario se produciría una vulneración del principio *non bis in idem*²⁹, tal y como también ha defendido el Tribunal Supremo en su Sentencia 109/2017 de 22 de febrero³⁰.

El argumento principal es el de que no cabe la sanción de lo que es un acto preparatorio o intentado al mismo tiempo que la de lo que representa su consumación. Como bien explica Villacampa no es posible la aplicación de un precepto cuando concurre una calificación más grave del hecho por constituir un ataque más intenso o acabado del mismo bien jurídico. Y, como también ella señala, la presencia de la cláusula concursal, aunque perturbadora, no impide mantener esta postura ya que, según también aquí se mantiene, a lo que obliga la misma es simplemente a acudir a las reglas concursales que proceda, algo que no necesitaría recordar el legislador³¹.

Se señala no obstante en la doctrina que sí cabe acudir al concurso de delitos cuando el peligro inherente a la conducta no directamente

²⁸ Así, por ejemplo, GÓMEZ TOMILLO, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Gómez Tomillo, M. (Director), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Lex Nova, 2011, p. 731, aunque en supuestos de tentativa, opta por la alternatividad, VILLACAMPA ESTIARTE, «Propuesta sexual telemática a menores», p. 688, acude en general a la subsidiariedad, y TAMARIT SUMALLA, J. M., «Art. 183 bis», en Quintero Olivares, G. (Director)/Morales Prats, F. (Coordinador), *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo I, Aranzadi-Thomson Reuters, 6.ª ed., 2011, p. 1186, a la consunción.

²⁹ Véanse también, entre otros, GALLEGO SOLER, I., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 440, o LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Lamarca Pérez, C. (coordinadora), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Cóllex, 2013, p. 194. Y en estudio específico sobre la cuestión, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 387 ss.

³⁰ Indica la Sentencia «que la conducta típica se extiende hasta alcanzar el umbral del inicio de la tentativa del delito-fin contra la indemnidad sexual. De tal forma que ese triple escalonamiento de conductas (contactar, concertar y acercarse), propio de un tipo penal mixto acumulativo, difícilmente se compagina con un bien jurídico supraindividual o colectivo, dada la proximidad y conexión que exige la norma entre el peligro generado por la conducta que describe y el bien jurídico indemnidad sexual. Hasta el punto de que puede generarse un espacio en el que el peligro hipotético del tipo penal del art. 183 bis acabe derivando hacia un peligro concreto, supuesto en el que habría ya que comenzar a hablar del peligro propio de la tentativa de los delitos-fin que contempla el precepto».

³¹ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming*, p. 195, proponiendo en su caso la inclusión de una cláusula expresa de subsidiariedad. Véase también, detenidamente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática», pp. 395 ss.

lesiva del bien tutelado no se ha concretado completamente en lesión, poniendo el ejemplo de víctimas múltiples de *grooming* de entre las que solo se abusa de algunas³². Por supuesto, pero es que en este supuesto habría tantos delitos de acceso tecnológico como víctimas del mismo. La cuestión es la de si, existiendo una única víctima y, por tanto, un único delito, se podría mantener la misma conclusión.

La línea jurisprudencial del Tribunal Supremo se compadece, en principio (solo en principio, como veremos), con la interpretación sobre la cláusula concursal expuesta en esta hipótesis (1). Así, en la Sentencia 97/2015, de 24 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo claramente opta por la consunción, teóricamente al menos en cuanto en el concreto supuesto de hecho no hubo realmente consumación de la conducta que se pretendía llevar a cabo a partir del contacto tecnológico³³.

En relación con la hipótesis (2), cabría argumentar que –y esta es la posición que defendemos aquí–, aun protegiendo un mismo bien jurídico, es reconocible una particular lesividad de la conducta y un mayor y distinto desvalor del resultado. Efectivamente, no se puede desoír el mandato constitucional de prohibición de *bis in idem* en supuestos de triple identidad, de sujeto, hecho y fundamento, lo que impide sancionar doblemente supuestos de mera progresión criminal (preparación o tentativa que conduce a consumación)³⁴. Lo que puede sostenerse en esta hipótesis (2) es que la supuesta materialización efectiva de los delitos de los arts. 183 y 189 pretendidos por el sujeto activo del delito del art. 183 ter 1 no supone una mera progresión (y, por tanto, no se trata de un mismo hecho y un mismo fundamento).

Las hipótesis (3) y (4) pueden tratarse simultáneamente ya que, si el bien jurídico protegido por el art. 183 ter 1 es, además de la indemnidad sexual, otro, no tendría relevancia ninguna a efectos concursales si lo hace castigando su puesta en peligro o su lesión. En ambos casos

³² Entre otros, la propia VILLACAMPA ESTIARTE, «Propuesta sexual telemática a menores», pp. 688 ss. Véanse también las consideraciones de ORTS BERENGUER, «Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores», p. 12, y de TAMARIT SUMALLA, «Art. 183 bis», p. 1186.

³³ En esos mismos fundamentos –según los cuales el delito del art. 183 bis (al que todavía se refiere) se encuentra en una relación de concurso de leyes con el de abuso sexual, a resolver a favor de éste, atendiendo al principio de consunción del art. 8.3, se enraizan las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla 465/2013, de 3 de octubre o de la Audiencia Provincial de Barcelona 1055/2015, de 23 de junio (Fundamentos de Derecho 2.º y 1.º, respectivamente), siguiendo básicamente los planteamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero. Y, con mayor desarrollo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 864/2015, de 10 de diciembre (Fundamento de Derecho 1.º) confirmatoria de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarra-gona 135/2015, de 8 de abril

³⁴ Véase, con razón, GÓRRIZ ROYO, *On-line child grooming*, p. 35.

sería necesario la aplicación del concurso de delitos para recoger el desvalor íntegramente.

En tal sentido, hay quienes mantienen como bien jurídico del precepto, como veíamos, la infancia o la seguridad de la infancia³⁵. También en los tribunales sentencias como la de 14 de mayo de 2012 de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 19 de julio de 2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de mayo de 2015 de la Audiencia Provincial de Jaén o de 22 de septiembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Albacete acuden al concurso de delitos. Sin embargo, como señalábamos, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 109/2017, de 22 de febrero, es especialmente refractaria a tales «opciones hermenéuticas»³⁶.

V. Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo: exigencia de coherencia

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional sobre el tratamiento concursal del delito de *child grooming*, de 8 de noviembre de 2017, deja dicho que «entre el delito de ciberacoso sexual infantil (*child grooming*) y los delitos de abusos sexuales y corrupción de menores (cabe la) posibilidad de conformar un concurso real cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual».

Cabe interpretar este Acuerdo, en relación con otras sentencias del Alto Tribunal, del siguiente modo: puede aplicarse el concurso real si, y solo si, el contacto con el menor genera, por sí, una lesión contra su identidad sexual. El legislador está advirtiendo que la pena del delito no necesariamente absorbe la de todos los delitos en su caso cometidos vinculados a la conducta de contacto tecnológico con intencionalidad sexual. Obviamente los tribunales de justicia no pueden eludir el principio de legalidad y si realmente la cláusula exigiera de modo inequívoco la aplicación acumulativa de penas del concurso real y ello enten-

³⁵ Así, DOLZ LAGO, «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*», p. 7, o GONZÁLEZ TASCÓN, «El nuevo delito de acceso a niños», p. 254.

³⁶ MOLINA MANSILLA, M. C., «Última doctrina jurisprudencial en torno al delito de *child grooming*: aspectos más significativos de las reglas concursales», en *La ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 136, 2019, p. 10, señala que esta sentencia «pretendía zanjar la interpretación sobre las reglas del concurso que afectaban al delito de *child grooming*, situándolo en un concurso de normas»; sin embargo, como se deduce de lo que aquí hemos argumentado, esa parece una interpretación excesiva, ya que queda espacio conceptual tras esa sentencia para admitir el concurso real aun protegiéndose un solo bien jurídico.

dieran que vulnera el principio *non bis in idem* (por identidad de bien jurídico, en su caso, de los preceptos en concurso) deberían plantear una cuestión de inconstitucionalidad³⁷. Pero lo que sí pueden es interpretar un precepto (restrictivamente, además) que no tenga la precisión que reclama el principio de legalidad³⁸.

De esta manera, sería incoherente entender que la cláusula remite a un concurso real de infracciones y, como fundamento, reconocer que el artículo 183 ter 1 es un acto preparatorio o un delito de peligro que se materializa en una lesión a la indemnidad cuando se verifica un delito ulterior de los artículos 183 o 189. Si se entiende que el delito en su caso cometido consume el desvalor de la inicial conducta de contacto y acercamiento al menor (ya sea entendiendo éste como acto preparatorio de aquéllos, ya como delito autónomo de peligro), debe aceptarse que el bien jurídico protegido es el mismo y que no se vulnera dos veces o en dos momentos, claramente diferenciables, distintos.

Pero no sería incoherente en el caso de que se considere que el delito de *child grooming* defiende otro bien jurídico o, defendiendo la indemnidad, lo hace evitando una lesión distinta a la del abuso o corrupción. Téngase en cuenta que, al margen de las conductas *on line*, no toda tentativa de agresión sexual, por ejemplo, se consume cuando posteriormente se produce la perfección delictiva y ningún problema hay en aceptar un concurso (o continuidad delictiva, dependiendo del supuesto) entre tentativa y consumación del art. 183.1, 2 o 3.

De este modo, el Acuerdo solo evidencia la posibilidad del concurso real, sin invalidar por ello lo contrario, de modo que no se deriva una fijación conceptual de la literalidad del precepto. Así, la opción por el concurso real no queda determinada por la similitud aparente de hechos, sino por la motivación teórica de la relación entre ellos, esto es, por la lógica esgrimida en la línea de afectación al bien jurídico: como indicábamos, la posición del Tribunal Supremo ha pasado por mantener

³⁷ Así ya, previamente, el propio HORTAL IBARRA, J. C., «El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?», en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Directores)/Gómez Martín, V. (Coordinador), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, 2012, p. 431.

³⁸ En el Auto 544/2018, de 22 de marzo, por el que se inadmite recurso de casación, el Tribunal Supremo señala que el «Tribunal de instancia afirmó en sentencia (FJ 1.º) que el delito de ciberacoso sexual infantil se encontraba en concurso de normas con el delito de abuso sexual con penetración prevenido en el artículo 183.1 y 3 del Código Penal, de conformidad con dispuesto en el artículo 8.3 del mismo cuerpo legal. Es decir, afirmó que, en el caso concreto, el delito de ciberacoso sexual infantil quedaba consumido por el delito de abuso sexual con penetración, motivo por lo que el acusado fue condenado, de forma exclusiva, a las penas previstas por este segundo delito. Por lo que la opción del Tribunal es más beneficiosa para el condenado que la que se derivaría de aplicar el Acuerdo de Pleno señalado».

la aplicación del concurso normativo en aquellos casos en los que el tribunal de instancia lo motivaba con coherencia. Sin embargo, y esto es lo relevante, también en sentencias recientes el Tribunal Supremo ha dado por buena la aplicación del concurso real cuando su motivación no incurría en incoherencias dogmáticas en instancia y, por tanto, aun tratándose de hechos similares, estos no quedaban conceptuados en relación de protección subsiguiente de un mismo bien jurídico³⁹.

Más erráticas, sin embargo, parecen otras sentencias posteriores al Acuerdo, sentencias que evidencian, a nuestro juicio una recepción irregular de las posibilidades de aplicación de la cláusula concursal. Así, la recepción del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29.^a, en la Sentencia 716/2018 de 12 de diciembre, parece asumir un sentido unívoco que, por lo que estamos argumentando, no consideramos adecuado: «Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los artículos 178 a 183 y 189. De perpetrarse alguno de estos otros actos se penará separadamente la realización de tal ilícito con respecto al analizado, siendo que ambas infracciones se presentarán en concurso (Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017)». Por las mismas razones, no parece del todo apropiada la interpretación de la Audiencia Provincial de Málaga, que, en

³⁹ Tras el Acuerdo, y ante unos hechos similares, la Sentencia del Tribunal Supremo 777/2017, de 30 de noviembre, mantiene la exigencia de coherencia y avala la decisión en instancia de la Audiencia Provincial de Bilbao, que aplica el concurso real. Y lo hace así aun desvelando errores en la motivación de la resolución; errores que, sin embargo, no interfieren en la solidez dogmática que habilita la aplicación del concurso real. Gutiérrez Azanza refiere en este itinerario del Alto Tribunal el abandono y la recuperación de distintas líneas jurisprudenciales que, sin embargo, podrían comprenderse, sobre todo, como consecuencias distintas de las interpretaciones dogmáticas de los tribunales de instancia (GUTIÉRREZ AZANZA, D. A., «Delito de *child grooming*, configuración jurisprudencial», en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 27, 2020, pp. 5 ss). Más erráticas, sin embargo, parecen otras sentencias posteriores al Acuerdo, sentencias que evidencian, a nuestro juicio una recepción irregular de las posibilidades de aplicación de la cláusula concursal. Así, la recepción del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29.^a, en la Sentencia 716/2018 de 12 de diciembre, parece asumir un sentido unívoco que, por lo que estamos argumentando, no consideramos adecuado. Por las mismas razones, no parece del todo apropiada la interpretación de la Audiencia Provincial de Málaga, que, en su Sentencia 5/2018 de 5 de abril de 2018, dice: «en el momento presente la solución adecuada es la del concurso real, según expresamente ha resuelto el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado con ocasión de la sentencia de 8 de noviembre de 2017». Más recientemente, la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.^a, en la Sentencia 130/2020, de 1 octubre, considera en sus fundamentos jurídicos que el delito del art. 183 ter es un delito de peligro y asume que, aun así, debido al Acuerdo, puede concursar realmente. Asimismo, la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.^a, en la Sentencia 7/2020, de 27 de enero, dispone, por conformidad del acusado, el concurso real entre el abuso del art. 183.1 y el contacto previo del art. 183 ter 1, sin salvar siquiera en el plano de la fundamentación un hipotético quebranto del *ne bis in ídem*, que no debería darse ni aun con el beneplácito del acusado.

su Sentencia 5/2018 de 5 de abril de 2018, dice: «en el momento presente la solución adecuada es la del concurso real, según expresamente ha resuelto el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado con ocasión de la sentencia de 8 de noviembre de 2017».

Puede inferirse de lo anterior, por tanto, que el criterio crucial para el Tribunal Supremo en la aplicación de la cláusula concursal referida depende de la coherencia que guarde el juego teórico en torno al bien jurídico protegido y la secuencialidad de su afectación⁴⁰. Sin embargo, no parece que la jurisprudencia esté observando con demasiado rigor esta exigencia.

VI. Conclusiones

En este artículo hemos tratado de valorar cómo debe concurrir el delito de *child grooming* con otros delitos contra la indemnidad sexual que pueden quedar compelidos por la cláusula concursal «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos», recogida en el artículo 183 ter 1 CP.

Hemos convenido que el contacto tecnológico con fines sexuales parece implicar para el legislador (por el hecho tecnológico y la facilidad de acceso y anonimato, según lo referido por el apartado XII del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) un mayor contenido de injusto que la preparación o tentativa del delito sexual que puede llegar a consumarse posteriormente. Esto se infiere de la «necesidad» que el legislador esgrime en el apartado XIII del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Parece existir entre la doctrina y la jurisprudencia unanimidad al considerar que el bien jurídico protegido por este precepto es la indemnidad sexual. Hemos valorado las alternativas que abogan por la pluriofensividad del delito, pero no parecen tener recorrido (también a la luz de algunas sentencias del Tribunal Supremo). Sin embargo, no se cierra en este argumento la ambivalencia de la cláusula concursal, ya que será

⁴⁰ No parece que quepan argumentos de proporcionalidad en la aplicación de la consunción de delitos. En la Sentencia del Tribunal Supremo 199/2017, de 27 de marzo (donde el sujeto activo tiene 18 años y la menor 13), el Tribunal Supremo argumenta, en atención a la juventud del sujeto activo, que la pena debería ser la mínima prevista, pero esto no asoma como argumento para la absorción del (entonces) art. 183 bis CP por el delito de abuso consumado (aunque esta pretensión tampoco se incluya en el recurso de casación).

necesario analizar el modo en que se haya podido profundizar o insistir en la lesión del bien tutelado.

De este modo, debería optarse por el concurso de normas si el desvalor de la conducta de quien utiliza las tecnologías de la información y la comunicación para contactar con el menor se capta íntegramente en la consecución de la finalidad pretendida. Pero, en nuestra opinión, ello no tendría por qué aceptarse en aquellos casos en que el desvalor de la conducta subsumible en el delito del art. 183 ter 1 pueda independizarse claramente del que en su caso pueda tener lugar con la realización de otro tipo penal. Hay una única indemnidad sexual, pero la misma puede lesionarse con muy diferentes intensidades y en muy diferentes momentos. Puede quebrarse puntual y discontinuamente.

El Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017 del Tribunal Supremo refuerza esta tesis, en tanto que simplemente señala que «entre el delito de ciberacoso sexual infantil (*child grooming*) y los delitos de abusos sexuales y corrupción de menores (cabe la) posibilidad de conformar un concurso real cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual». Esto es, el Tribunal Supremo, independientemente del sentido concreto de sus resoluciones (que podemos considerar en apariencia contradictorias) se limita a requerir una exigencia de coherencia en los términos aquí expuestos: se trata, por tanto, de desvelar cuándo el hecho tecnológico es algo más que un mero favorecimiento de la dinámica comisiva con la que se consigue, por ejemplo, el abuso. En tal caso, el hecho tecnológico generará una lesividad de suficiente entidad como para poderla valorar con independencia de lo que pueda surgir o no después. La cláusula concursal del art. 183 ter 1 es efectivamente perturbadora porque solo dice lo que ya conocemos por el armazón dogmático de nuestro sistema penal. Por esta razón, debe ser el análisis de cada supuesto concreto a enjuiciar el que permita decidir qué sanción se necesita para abarcar su total desvalor, respetando tanto la prohibición de *bis in idem* como el mandato del principio de legalidad. Pretender inferir un automatismo de la literalidad de la cláusula es solo un modo de desmerecer la complejidad de la dogmática, que es, sin duda, el mejor modo de detectar la antijuridicidad material de las conductas implicadas.

LA HUELGA A TRAVÉS DEL CINE

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Catedrática de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

I. Introducción

Cuando comenzó a fraguarse la idea de dedicar un Libro Homenaje a Luis Arroyo Zapatero por su 70 cumpleaños, surgió inevitablemente en mí la duda sobre qué tema podría versar mi contribución. Quizás un trabajo sobre delitos contra los derechos de los trabajadores o bien sobre pena de muerte, temas que han sido tratados por el Prof. Arroyo Zapatero con enérgico entusiasmo y verdadera pasión.

No hay mejor manera de homenajear al homenajeado que tratando uno de sus temas favoritos, no solo como lo demuestra su obra sino también por la capacidad y convicción que tuvo para transmitirme, desde mi llegada a la Facultad de Derecho de Albacete un caluroso verano de 1986, su ilusión por el estudio del Derecho penal laboral. De su empuje y ánimos surgieron mis dos primeras publicaciones.

Pero, en esta ocasión, como todo o casi todo sobre el Derecho penal del trabajo está desde el punto de vista dogmático escrito, voy a intentar acercarme al tema desde el séptimo arte, pues el cine fue desde sus inicios un transmisor de ideas de potencial inestimable. Por ello, los grupos de presión políticos, religiosos, funcionarios de los gobiernos estuvieron muy al tanto, y con mucha frecuencia lograron denunciar y suprimir películas, cortarlas, o realizar actos contra salas que emitían determinadas películas. Los gobiernos, en lo político, fueron muy proclives a combatir el cine que se consideraba contrario a sus planteamientos políticos e ideológicos, prohibiéndose en todo o en parte las películas que tuvieran carácter de propaganda social, política o religiosa que fueran contrarias a la moral o a las ideas del régimen. Y qué decir de la Iglesia, cuya postura ante el cine fue de condena absoluta del propio medio. Basta recordar el mes de septiembre de 1939 cuando el Obispo de Pamplona Monseñor Olaechea escribió: «Son los cines tan

grandes destructores de la virilidad moral de los pueblos, que no dudamos que sería un gran bien para la Humanidad el que se incendiaran todos... En tanto llegue ese fuego bienhechor, ¡feliz el pueblo a cuya entrada rece con verdad un cartel que diga: ¡Aquí no hay cine!».

La censura en España empezó prácticamente con la llegada del cine, aunque alcanzó su esplendor en la época de la dictadura de Franco. Y si hablamos de censura no podemos olvidar el *film* que mejor ha tratado el tema: *Cinema Paradiso* (*Nuovo Cinema Paradiso*, 1988) de Giuseppe Tomatore, con una inolvidable banda sonora de Ennio Morricone. Tomatore se basó en una historia real, la del cura de un pueblo que siempre veía las películas antes de ser proyectadas y cortaba los besos. El director unió este relato con la historia del charcutero de su pueblo que de pequeño había sido monaguillo y cuando el proyccionista no reintegraba los besos a las bobinas, los robaba. *Cinema Paradiso* además de ser un canto de amor al cine y a la vida contiene en su último minuto, más de treinta de los más famosos besos de la historia del cine. La escena final, en la que aquel mocoso convertido hoy en famoso director ve en una pantalla todos aquellos besos censurados por el cura del pueblo, es extraordinaria: los besos de Vittorio Gassman y Silvana Mangano en *Arroz amargo*, el de Cary Grant y Rosalind Russell en *Luna nueva*, los de Charlie Chaplin y Georgia Hale en *La quimera del oro*, el de Errol Flynn y Olivia de Havilland en *Robin de los bosques*, los de James Stewart y Donna Reed en *¡Qué bello es vivir!*, los de Marcello Mastroianni y Maria Schell en *Noches blancas*, el de Jean Gabin en *Los bajos fondos*, el de Helen Hayes y Gary Cooper en *Adiós a las armas*, el de Vittorio Gassman en *El caballero misterioso*, el de Anna Magnani en *Bellísima*, los de Greta Garbo y John Barrymore en *Grand Hotel* o los de Spencer Tracy e Ingrid Bergman en *El extraño caso del Dr. Jekyll*.

Pero la censura no solo prohibía los besos o todo lo relacionado con el sexo, con el que no había piedad alguna, sino cualquier cosa que pudiera perturbar el buen orden. Así en la película *El Juicio de Nuremberg* –titulada en España *¿Vencedores o vencidos?*– de Stanley Kramer, de 1961¹, con una fotografía en blanco y negro espléndida, se eliminaron todas las secuencias en las que se vieran campos de concentración nazis. En ese año, 1961, la censura estaba en manos del ministro Arias

¹ La película mantiene al espectador en constante tensión por espacio de tres horas, sin salir prácticamente de la sala donde se sigue una causa judicial. Un análisis de esta película puede verse en MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/MUÑOZ AUNIÓN, MARTA, *¿Vencedores o vencidos?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Salgado². *El Gran Dictador* (*The Great Dictator*, 1940), una de las obras maestras de Chaplin estuvo prohibida en España durante nada menos que 35 años por ser una feroz condena del nazismo y del antisemitismo. En España hubo que esperar a la muerte del dictador para su estreno, lo que se produjo finalmente en 1976.



En 1963 se publicó el Código de Censura, fruto de las I Conversaciones de Salamanca, donde se contenía una larga lista de temas, situaciones y demás aspectos que «deberán ser prohibidos» en las películas. De entre ellas todo lo relacionado con los conflictos laborales y en especial con la huelga. Este trabajo se centra en la huelga por el ser el tema donde el cine ha inmortalizado la lucha obrera y es que el séptimo arte siempre ha sido muy sensible al modo de trabajo en la fábrica con las imágenes industriales del funcionamiento de las máquinas, porque los «procesos de producción» siempre han ejercido un poderoso hechizo sobre los cineastas, desde Eisenstein hasta Godard pasando por Chaplin o Ritt y tantos otros que han visto en la sincronización del hombre y la máquina y en la creación de los bienes imágenes muy dignas de ser llevadas a la pantalla. De hecho, que en los orígenes del cine esté la salida de unos obreros de la fábrica no deja de ser una casualidad muy significativa³.

² Sobre la censura en el cine español, *vid.*, GUBERN-DOMÈNEC FONT, Román, *Un cine para el cadalso. 40 años de censura cinematográfica en España*, 4.ª ed., Ed. Euros, Barcelona, 1975.

³ Poz, Juan, «Más allá de los clichés del cine revolucionario «oficial», una mirada compleja y lúcida a la penosa época, para el trabajador, del capitalismo salvaje: *Los camaradas* o las luces y sombras de la necesidad de la lucha», en [https:// El ojo cosmológico \(el ojo cosmologico de juan poz\).blogspot.com](https://el ojo cosmologico (el ojo cosmologico de juan poz).blogspot.com)).

II. El cine y la clase obrera: *El salario del miedo*, *Tiempos modernos*, *La clase obrera va al paraíso* y *Ladrón de bicicletas*

El cine, como todas las artes, es el reflejo de los problemas de un tiempo. La historia de los derechos de los trabajadores se ha ido forjando con películas como *El salario del miedo* (*Le salaire de la peur*, 1953) dirigida por H. G. Clouzot. La película está basada en la espléndida novela de Georges Arnaud de 1950 en cuya Advertencia, que antecede al texto, se lee: «Nadie empieza a ejercer estos oficios por casualidad», «Frente a ellos se han cerrado las puertas», «Hay un lugar para la sensibilidad al volante de un camión. También hay un lirismo del pico y la pala», «Así es la poética del riesgo asalariado».

El salario del miedo es una de las últimas grandes películas del cine clásico francés, antes de que la *nouvelle vague* irrumpiera en escena⁴. La censura también se cebó con esta película. Cuando se estrenó en España varias escenas, como la de la ducha de una mujer negra desnuda, no se vieron. En Estados Unidos no se visionaron 43 minutos de cinta por considerarlos antinorteamericanos en una época en la que la sensibilidad sobre el tema de la explotación estaba a flor de piel. El director también abre la puerta a la homosexualidad, pero su aproximación al tema fue lo suficientemente cauta como para no llamar la atención de la censura.



⁴ Tras el triunfo de *Les quatre cents coups* (*Les 400 coups*, 1959) de François Truffaut, en el Festival de Cannes, las revistas francesas, especializadas o no, lanzaron al mundo cinematográfico dos palabras que, desde entonces, han sido barajadas desde todos los ángulos conceptuales posibles: *nouvelle vague*, nombre adjudicado por Françoise Giraud desde las páginas de «L'Express», como una forma de revuelta contra el llamado «cine de papá», el cine conformista de los Jean Delannoy, Henri Decoin y tantos otros cineastas franceses que vivían de los despojos del «realismo poético» contentándose a menudo con un trabajo bien hecho y totalmente carente de personalidad y de inspiración creativa.

La película es, sobre todo, un tratado sobre la seguridad en el trabajo y una abierta denuncia de los abusos de la explotación norteamericana del campo petrolero local, la única riqueza del país, que mantiene sumida en la pobreza a la región.

Un coche se pasea por el pequeño poblado, agobiado por el calor polvoriento, anunciando que la compañía petrolífera Crude and Oil Limited necesita camioneros. A través del megáfono se escucha: «Atención. Se necesitan conductores experimentados. Trabajo peligroso. Bien retribuido. Dirigirse urgentemente a las Oficinas de Crude and Oil Limited».

El trabajo peligroso al que alude la voz consiste en conducir dos camiones cargados con bidones llenos de nitroglicerina desde Las Piedras hasta uno de los pozos de la compañía que no ha cesado de arder desde que una explosión destrozara el taladro de perforación y matara a 14 trabajadores, sin las medidas de seguridad correspondientes. La detonación de una gran cantidad de nitroglicerina es la única forma de sofocar el incendio.

En la compañía se presentan unos 20 candidatos, todos ellos dispuestos a jugarse la vida para ganar los dos mil dólares que ofrecen a cada camionero y poder salir de aquel agujero para siempre, para poder salir de aquella «cárcel sin barrotes»⁵, antesala de la muerte y donde no hay escape ni futuro.

Cuatro extranjeros: un corso, un francés, un italiano y un alemán son seleccionados para transportar los dos camiones repletos de nitroglicerina por los polvorientos e irregulares caminos del lugar hasta un campamento petrolero en llamas, a trescientas millas del poblado. La todopoderosa compañía petrolífera no solo puede escoger los candidatos a la muerte sino también sabe sacar partido de la desesperación de cuatro pobres diablos, de cuatro desarraigados, marginados, vagabundos, que precisamente por ello no crearan ningún problema a la Compañía petrolífera si mueren, saltan por los aires o son heridos, ya que no pertenecen a ningún sindicato obrero. Al final no hay ganadores, todos son víctimas. Un montaje paralelo del viaje en el camión y de la celebración del triunfo en Las Piedras se acompaña con la melodía de El Danubio Azul de Johann Strauss. El movimiento giratorio del vals vienes, que ejecutan sincronizados Linda y el camión, es un movimiento hacia la muerte.

⁵ Expresión que utiliza Mario (Yves Montand) y que acompaña el director con imágenes abundantes con líneas verticales o con sombras que las crean.



El salario del miedo es un amargo retrato sobre la miseria y la crueldad humana, sobre la avaricia y las perniciosas influencias del capitalismo disfrazado de película de aventuras. Un documento social sobre el precio de la vida en un país subdesarrollado y semicolonizado por las grandes compañías norteamericanas. Pocas películas han descrito de manera tan eminente el drama humano de la miseria, aunque también la cinta es un canto a la amistad.

La película ganó el gran premio del Festival de Cannes de 1953 y la Mención especial a Charles Vanel como mejor actor del Festival. Ese mismo año obtuvo el Oso de Oro en Berlín y el premio de la British Film Academy. Posteriormente hubo un *remake*, *Carga maldita* (*Sorcerer*, 1977) de William Friedkin.

Con el sello del genial Charles Chaplin se estrenó *Tiempos modernos* (*Modern Times*, 1936), película escrita, dirigida y protagonizada por el propio Chaplin. La película critica el sistema de producción industrial que convierte a los trabajadores en auténticas máquinas. *Tiempos modernos* es historia de nuestro cine. Es uno de los *films* que mejor ha reflejado la deshumanización de la sociedad industrializada, la lucha obrera, grito contra el capitalismo y una petición clara de dignidad para los trabajadores de cualquier sector.

Chaplin consigue plasmar en *Tiempos Modernos* los abusos que sufrían los obreros de las grandes fábricas durante la depresión del 29. Más allá de los divertidos momentos, la película es un claro testimonio de los peligros de la sociedad capitalista industrial por completo deshumanizada, donde el ser humano se ha convertido en una pieza más de la maquinaria⁶.

⁶ Una reseña a la película puede verse en GONZÁLEZ A., Juan Carlos, «El adiós del vagabundo: *Tiempos modernos*, de Charles Chaplin», en *Revista Kinetoscopio*, núm. 38, Medellín, 1996, pp. 63 y ss.

La película, prescinde de las palabras –es la última película muda de su director–, en una etapa en la que el sonoro estaba ya asentado, quizás por rebelarse contra la sociedad moderna, la era de las máquinas. No es extraño que la cinta arranque con la aguja de un gran reloj que gira hasta llegar a las seis. A continuación, aparece un rebaño de ovejas que se difumina para dar paso a un apretado y uniforme grupo de personas rumbo a su trabajo en una línea de ensamblaje industrial. En su alegato contra la deshumanización Chaplin defiende el derecho a ser la oveja negra de la primera escena.

La crítica a los métodos de trabajo y producción es evidente: cada escena representa el avance de la tecnología en detrimento de la salud mental del trabajador y muchas veces también de la misma productividad.

El ritmo de la cadena de montaje supera a nuestro personaje quien no se da por vencido. Persigue las tuercas y se aferra a ellas con la pinza hasta que la cinta lo transporta también a él hacia el engranaje de la máquina. Charlot encarna uno de los supuestos centrales de la teoría clásica de las organizaciones: el hombre es una pieza de la máquina, debe amoldarse a ella o será reemplazado.

El pequeño personaje es incluso víctima de la nueva máquina de alimentación automática para comer con la que se pretende reducir al mínimo los tiempos muertos, al dejar liberadas las manos para trabajar mientras el obrero es violentamente alimentado por la máquina. Chaplin propone una actitud ante la sobreexplotación, la de la risa y la subversión como últimos reductos de la dignidad del ser humano, como forma de resistencia contra aquellos que pretenden mecanizar el trabajo, aborregar, reducir a los trabajadores a piezas del engranaje.

Extenuado por el frenético ritmo de la cadena de montaje, Charlot acaba perdiendo la razón. Después de recuperarse en un hospital de su crisis nerviosa, sale, pero sin trabajo, enfatizando el divorcio entre el trabajo y la salud mental, y es encarcelado por participar en una manifestación en la que se encontraba por casualidad. Un camión pierde una bandera que lleva en su parte trasera para advertir de su larga carga, Charlot la recoge para entregársela al conductor mientras agita la bandera para hacerse visible, pero tras él se aproxima una manifestación callejera que le convierte en abanderado de la libertad y de la búsqueda de una vida justa. La policía le detiene y encarcela acusado de ser el líder de la manifestación, el líder comunista. En la cárcel, también sin pretenderlo, ayuda a controlar un motín, gracias a ello queda en libertad y empieza a experimentar los rigores del desempleo. Una vez fuera,

reemprende la lucha por la supervivencia en compañía de una joven huérfana a la que conoce en la calle.



La película nos muestra los males que aquejaban a la sociedad en aquella época: huelgas, tumultos, fábricas cerradas, filas de desempleados, el dolor, males que vuelven a estar presentes en la sociedad actual. Es un balance pesimista de la barbarie del supercapitalismo y de la deshumanizadora ultra tecnificación industrial: el enloquecedor trabajo en cadena, el desempleo, etc. Este tragicómico retablo social de los años de la depresión, que no es tanto una crítica contra el maquinismo industrial como una crítica contra la inhumana explotación del hombre por el hombre.

En la génesis de *Tiempos Modernos* se encuentra la película *Viva la libertad* (*A nous la liberté*, 1931), dirigida por René Clair, cuya productora, la alemana Tobis, demandó a Chaplin por plagio en un contencioso legal que duró 10 años. Demanda que no prosperó gracias a la intervención del propio René Clair, director muy crítico con la deshumanización típica de la era industrial y que aprovecha *Viva la libertad* para hacer una severa crítica a la industrialización y la dura vida de los trabajadores de las fábricas. La película retrata el mismo trabajo mecánico y alienante que el que desempeñaban los protagonistas en la cárcel y analiza el grado de deshumanización que impone la mecanización industrial, que convierte a los trabajadores en autómatas, como demuestra el funcionamiento de las cadenas de montaje industrial. Las sociedades industrializadas con sus producciones masivas de bienes hacen posible la prosperidad, pero hacen difícil o imposible la felicidad, basada en el ejercicio, uso y disfrute de la libertad pues pese a ser supuestamente libres, su modo de vida no ha cambiado demasiado por mucho que les repitan que «el trabajo es libertad», frase, sin duda, llena de sarcasmo.



La película tiene una canción pegadiza y sus protagonistas nos la recuerdan a menudo: «En todas partes si te atreves / En todas partes la vida es una melodía / En todas partes vino y romance / Para nosotros la libertad» (*A nous la liberté*).

Tiempos modernos transmite con gran claridad las condiciones de trabajo alienantes, característica de los procesos de industrialización, y las consecuencias psicopatológicas observadas en los trabajadores. Retrata el drama existencial del ser humano en una realidad deshumanizada. Un mundo industrializado donde las máquinas no hacen más fácil la vida de los trabajadores, sino que los convierten en máquinas al servicio exclusivo de la obtención de beneficios.

Una enmienda a la totalidad a *Tiempos modernos* de Chaplin es la película *La clase obrera va al paraíso* (*La classe operaia va in Paradiso*, 1971) dirigida por Elio Petri, y ganadora de la Palma de Oro en el Festival de Cannes en 1972 y del Premio David di Donatello a la mejor película el mismo año.

El tic-tac del reloj, el primer plano frontal, la aproximación detallista del sudor, la grasa y la mirada perdida, el tic-tac, tic-tac, tic-tac obsesivo, incesante, machacón... Un ambiente de angustia con el que el director italiano Elio Petri quería adentrarnos en la pesadilla que suponen las fábricas donde los trabajadores son tratados como mera mercancía. Este drama humano en el que Elio Petri no esconde sus convicciones comunistas fue visionaria en lo visual y también en lo narrativo, anticipando muchos conflictos y problemas que siguen vigentes hoy: consumismo, esclavitud, las contradicciones de clase entre los compañeros. Un mundo laboral descrito como una jauría.

La clase obrera va al paraíso analiza el sistema y las relaciones entre el hombre y la máquina, entre el sindicato y la nueva izquierda, la represión de los patronos y el progreso tecnológico. Elio Petri nos traslada a los convulsos años sesenta que desembocarían en los movimientos

sociales del mayo del 68. El guion se hace eco del enfrentamiento que, a principios de los setenta, se está viviendo en el seno de la izquierda europea entre los sindicatos tradicionales y los movimientos estudiantiles radicales.

El *film* cuenta la historia del obrero del metal Ludovico Massa, ejemplar operario metalúrgico milanés, más conocido por sus compañeros de fábrica como Lulù, ejemplo a seguir para los demás obreros, según el patrón, ya que no se queja ni del sueldo ni del horario ni participa en protestas sindicales. Por eso mismo, sus compañeros le aborrecen, por imponer sus frenéticos ritmos de trabajo.

Todo cambia cuando tras sufrir un accidente laboral y perder un dedo de la mano, Lulù ve cómo su empresa empieza a darle de lado y, a raíz de ello, se hace sindicalista y participa de la revuelta obrera. Deja de ser ajeno a los movimientos sindicalistas que se encuentran cada día a las puertas de la fábrica advirtiéndole de las precarias condiciones en las que se encuentran los obreros, comprometiéndose con la causa hasta convertirse en uno de los principales agitadores de la fábrica, lo que le valdrá el ser expulsado. Cuando por fin sus compañeros consiguen que lo admitan de nuevo, a base de presionar a la empresa, el círculo se cierra en la misma posición inicial.



La trampa en la que se debate Lulù es la misma que se plantea a todo ciudadano occidental: Trabajo = dinero, dinero = poder de adquisición/capacidad de consumo.

El *film* es una crítica al concepto de alienación de las clases obreras que tan en boga estaba en los años setenta, inspecciona el estrés continuo al que está sometido el obrero con los turnos extenuantes de horas

de trabajo. Como Charlot, los personajes de *La clase obrera van al paraíso*, aún después de haber terminado su jornada, siguen repitiendo los gestos mecánicos que han ido repitiendo en la fábrica, porque al fin y al cabo «no somos más que máquinas».

La clase obrera va al paraíso es una película no solo visualmente poderosa y visionaria, sino que también lo es temáticamente, anticipando muchos de los conflictos y problemáticas que están en boga hoy día. El consumismo presentado lateralmente y por tanto sutil y poderoso, como forma inteligente de esclavización del hombre y su conciencia como manera de llevarle a la locura y por ende al suicidio colectivo de todo un grupo humano. Petri carga contra el mito del buen obrero, contra esa ingenuidad de ciertas capas del obrerismo que apelan al diálogo y que venden cualquier mínima limosna laboral como victoria de clase.



La música es un regalo para los oídos de Ennio Morricone. Gracias a su música, crispada y belicosa y a la puesta en escena de Elio Petri asistimos a una batalla total.

La clase obrera va al paraíso es la primera película italiana que transcurre en una fábrica, se filmó en una fábrica real en el Piamonte, y muchos de sus empleados actuaron como extras en la película.

No podía faltar en este apartado la inolvidable película *Ladrón de bicicletas* (*Ladri di biciclette*, 1948) del maestro del neorrealismo italiano Vittorio de Sica en la que consigue retratar la Roma de la postguerra de una manera magnífica en este drama sobre el paro, la desesperación del desempleo, que arrasó en su estreno y no solo en Italia. La película en italiano, así como el libro, se llama *Ladri di biciclette* pero en español

decidieron bautizarla en singular, perdiendo de vista el punto de esa Roma que describe que no solo tiene un ladrón sino muchos.

Ladrón de bicicletas, adaptación cinematográfica de la novela *Ladrones de bicicleta* de Luigi Bartolini escrita en 1946, es la conmovedora historia del obrero Antonio Ricci, uno de los muchos obreros romanos en paro durante la posguerra, que encuentra trabajo como pega-carteles en una distribuidora cinematográfica, pero con la condición de tener una bicicleta para desplazarse por la ciudad. Tras empeñar las sabanas –«porque se puede dormir sin sábanas», opina la mujer de Antonio– para desempañar la bicicleta, empieza su trabajo, pero mientras está pegando un cartel de Rita Hayworth en *Gilda*, le roban la bicicleta. Comienza entonces la larga búsqueda de la bicicleta por Antonio y su hijo Bruno en la que se cruzaran con otros supervivientes que malviven en estrechos apartamentos o recorren la ciudad en busca de algunas liras para salvar el día: prostitutas, beatas, limpiabotas, santeras, mendigos, etc. Habitantes de la gran ciudad con los que De Sica ofrece al espectador un fresco tan estremecedor como realista de la situación socioeconómica de la Italia de finales de la década de los cuarenta. En la desesperación Antonio decide, como última solución, robar una bicicleta, pero no tardan en atraparlo y pegarlo ante su hijo. Finalmente, el dueño de la bicicleta se apiada de él y no le denuncia, mientras el hijo, en un plano final emocionante, da la mano al padre alejándose ambos entre la multitud que sale de un estadio de fútbol.



La película es un implacable documento social sobre la condición obrera en la Italia de posguerra que cargó su acento en la soledad del protagonista, víctima de una feroz insolidaridad ante su angustioso problema. Retrata la inquietud y la desesperación de todos aquellos que no tienen un lugar (un trabajo) en esta sociedad, mientras se queja de la corrupción estatal y de la inoperancia de la policía y de la ley.

Ladrón de bicicletas es la expresión definitiva del neorrealismo italiano, el influyente movimiento que revolucionó el cine en la segunda mitad de la década de 1940⁷.

En 1950, en la entrega de los premios de la Academia de Hollywood, *Ladrón de bicicletas* recibió el premio honorífico a mejor película en lengua extranjera (entonces no existía oficialmente la categoría del Oscar a la mejor película extranjera que se introduciría unos años después, en 1956).

El problema del paro también está presente en el cine español en la magistral obra reivindicativa de Fernando León de Aranoa, *Los lunes al sol*, de 2002 y lo hace desde el punto de vista de aquellos a los que el desarrollo industrial y una sociedad capitalista les ha privado de su derecho a trabajar y no les queda otro remedio que resignarse a su suerte. Trabajos precarios, jornadas al sol y la búsqueda de un sueldo digno. La película de León de Aranoa, una crónica de la situación laboral tras el cierre de los astilleros de Vigo, trata la desocupación pero también la solidaridad.

III. La huelga desde la cámara de Eisenstein (*La Huelga y El Acorazado Potemkin*), Lattuada (*El Molino del Po*), Bertolucci (*Novecento*), Germi (*La Hija del Ferroviario*) y Monicelli (*Los Camaradas*)

Las huelgas siempre suponen la eclosión de una crisis y, por lo tanto, son un buen momento para el cine, siempre ávido de historias asimétricas en las que una parte que se reconoce subordinada a otra decide rebelarse. La huelga, en una primera etapa, adquiere una dimensión que sobrepasa las meras reivindicaciones laborales, se concibe como un instrumento revolucionario de lucha ante el capitalismo y no exclusivamente como mecanismo de conquista de mejores niveles laborales⁸.

La huelga, más tarde, representa la lucha de la clase trabajadora en busca de su dignidad. En España, ningún gobierno, sea del color que sea, se ha librado de ellas. En la etapa de Felipe González, como Presidente del Gobierno, se convocaron cuatro huelgas contra las políticas económicas del PSOE. En 1985 se producía la primera jornada de Huelga General convocada por Comisiones Obreras, liderada entonces

⁷ El principal objetivo de los defensores del neorrealismo era captar la realidad del modo más auténtico posible.

⁸ Sobre películas que abordan la huelga, *vid.*, RUIZ CASTILLO, María del Mar/ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan, *La huelga en el cine: escenas del conflicto social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

por Marcelino Camacho, en protesta por los recortes de las pensiones y que supuso la dimisión del entonces ministro de economía Miguel Boyer. Le seguiría en el tiempo la Huelga General de 1988, convocada por Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores contra el Plan de empleo juvenil que suponía la consagración del empleo precario. Esta Huelga General consiguió un 90% de seguimiento y el apagón de TVE, la única cadena de televisión que existía en esos años. En 1992, la Huelga General estuvo convocada por los sindicatos mayoritarios, Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores, contra la reforma del subsidio de desempleo y el proyecto de Ley de Huelga⁹. Dos años después, en 1994, los sindicatos mayoritarios convocaban la Huelga General contra la reforma del mercado de trabajo, «los contratos basura», los recortes en las conquistas sociales.

En 2002, la Huelga General en España fue convocada por Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores, y en esta ocasión contra la reforma del subsidio de desempleo y la Ley Básica de Empleo realizada por el Gobierno del Partido Popular, siendo Presidente del Gobierno José María Aznar. El lema elegido fue: «Empleo y protección social son tus derechos. ¡Que no te los quiten!»¹⁰.

En septiembre de 2010 se convocó la Huelga General contra el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero por los sindicatos Comisiones Obreras, Confederación General del Trabajo y Unión General de Trabajadores contra la reforma laboral, la reducción salarial en el sector público y la congelación de las pensiones. Esta Huelga General se recordará por ser la primera huelga en la que se pactaron los servicios mínimos.

Corría el año 2012, año en el que el Gobierno de Mariano Rajoy tuvo el dudoso récord de ostentar dos Huelgas Generales. El jueves 29

⁹ Era la primera vez que una Huelga General duraba solo media jornada, excepto en Murcia y Baleares, que fue de 24 horas. Un total de 67 personas fueron detenidas.

¹⁰ Cinco años después, en marzo de 2007, el Tribunal Constitucional en sentencia 68/2007, de 28 de marzo, por primera vez declaraba inconstitucional un Decreto Ley al entender que el Gobierno no había aportado ninguna justificación que permitiera apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante (urgencia y extraordinaria necesidad) requerido para la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Para el Tribunal Constitucional: «un Real Decreto-ley deberá ser considerado nulo si no se aporta ninguna justificación que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE» [F] 12]. «La ampliación de la cobertura del sistema de protección social incluyendo en su ámbito de aplicación a sujetos hasta entonces desprotegidos no es, por sí misma, razón que justifique el recurso a la legislación de urgencia, si no se acredita que la inmediata entrada en vigor constituye, a su vez, una necesidad extraordinaria y urgente» [F] 8]. «El procedimiento legislativo utilizado perseguía la inmediatez de la medida en lo relativo a la «congelación», en sus beneficiarios actuales, del colectivo de beneficiarios del subsidio agrario, no encontrándose en el Preámbulo ni en los debates parlamentarios para su convalidación motivos de extraordinaria y urgente necesidad» [F] 9].

de marzo se convocaba la primera Huelga General de la era Rajoy en protesta por la controvertida reforma laboral que se tramitaba en esos días en el Congreso de los Diputados. Una reforma laboral que recortaba derechos sociales, desequilibraba la balanza de la negociación en favor de los empresarios y que además no servía para crear empleo. La segunda Huelga General que sufrió Rajoy en apenas unos meses, el 14 de noviembre, fue contra las políticas de ajuste del Gobierno y la actitud del mismo para derogar la reforma laboral ¹¹.

Como en la vida real, el cine, a lo largo de su historia, ha registrado en múltiples ocasiones las protestas de la clase obrera en lucha por mejorar sus condiciones de trabajo. Estos son los cinco directores de cine que han plasmado en el celuloide las mejores huelgas cinematográficas, que mejor han inmortalizado la lucha obrera y que demuestran que el cine no es ajeno a las tramas de corte social.

El primero de estos directores es Serguéi M. Eisenstein quien, en 1914, estrenaba su primera cinta, *La huelga (Stachka)* que fue concebida como una entrega más de una serie de obras sobre la implantación del marxismo-leninismo.

Se trata de una película singular donde por primera vez la masa, y no unos individuos, es la protagonista de un drama cinematográfico, pues una de las mayores características del cine de Eisenstein es precisamente el colectivismo frente al individualismo convencional propio del cine occidental.

La huelga comienza con una cita de Lenin: «La organización es la fuerza de la clase obrera. Sin la organización de las masas el proletariado es nulo. La organización es la unidad de acción, la unidad de la intervención práctica».

En un principio la película fue rechazada por el bloqueo general alzado contra aquel nuevo cine revolucionario. Por ejemplo, en numerosas regiones de Alemania no pudo verse hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

La huelga, película muda, describe el levantamiento de los obreros en una fábrica metalúrgica en 1903 en la Rusia prerrevolucionaria, donde la codicia y corrupción de los propietarios empuja a los trabajadores a la rebelión. Un motín de la clase trabajadora que habla de la intolerancia, de los derechos, de la libertad y de la dignidad.

¹¹ Ese mismo día se convocaron Huelgas en Portugal, Italia, Grecia, Chipre y Malta, por lo que se considera la primera Huelga Internacional del siglo XXI y la primera Huelga General europea.



Las escenas fueron sacadas de huelgas reales. Sin embargo, la escena más famosa y sobrecogedora del *film* es la secuencia final donde, haciendo uso de sus innovadoras teorías de montaje, se alterna la masacre de los huelguistas con imágenes de bovinos sacrificados.

Eisenstein esboza lo que luego profundizaría en sus dos grandes obras posteriores *Octubre* (*Oktyabr*, 1927) y sobre todo *El acorazado Potemkin* (*Bronenosets Potyomkin*, 1925) que rueda un año después de *La huelga* y que se convertiría en su más célebre largometraje.

La cúpula de la joven Unión Soviética confió a Eisenstein, que entonces tenía 27 años, el encargo de realizar una película para celebrar el vigésimo aniversario de las revueltas prerrevolucionarias del año 1905. El resultado del encargo es *El acorazado Potemkin*. El joven director estructura la película en cinco actos: las deplorables condiciones de vida en el barco, el motín de los marineros contra los oficiales, la confraternidad de la población con la tripulación sublevada, la matanza de los cosacos rusos en las escaleras del puerto de Odesa y, finalmente, la salvación a cargo de los barcos de la flota del mar Negro que acuden en auxilio de los sublevados.



El *film* de Eisenstein narra la rebelión de los marineros de 1905 contra sus oficiales. Cansados del trato vejatorio e injusto de éstos, los marineros se amotinan dando pie a una auténtica revolución por Odesa y toda Rusia. La cinta comienza con la visión de diferentes injusticias en la cubierta y bodegas del acorazado. La tripulación del *acorazado Potemkin* se niega a comer carne en descomposición, podrida. Hay un primer plano muy famoso, mostrando gusanos en la carne. La oficialidad, representante de la aristocracia, tras la queja de la tripulación, niega que la carne esté en mal estado. Algunos miembros no admiten las razones aducidas por los mandos y se rebelan. Serán castigados, pero, en el último momento, hay un motín general y toman el mando. Se dirigen a Odesa donde el pueblo les recibe como a héroes. La llegada de las tropas zaristas hace que se produzca una matanza entre la población, que constituye una de las secuencias más famosas del cine: las tropas zaristas desfilan escaleras abajo, disparando sobre los ciudadanos que huyen desparvoridos. Incontables inocentes son asesinados, y la masacre llega a su punto álgido cuando una mujer muere tratando de proteger a su bebé y el coche con el niño se desliza escaleras abajo sin control alguno.



Finalmente, el acorazado toma la decisión de navegar por aguas donde se encuentra con el resto de la armada rusa que tenía órdenes de atacar al barco rebelde. Sin embargo, al grito de «¡Hermanos!, ¿a quién vais a disparar?», los buques pasan a su lado sin disparar. Es el comienzo de la revolución, la toma de conciencia como clase.

La película llegó a tener tanto poder que los Gobiernos creían que podía incitar a las masas a la acción por lo que fue prohibida en varios

estados de Estados Unidos y en varios países europeos, entre ellos España durante la dictadura franquista, o en Francia, y durante más tiempo que ninguna otra película en la historia del Reino Unido; incluso Stalin la prohibió en una época en que hubo motines en su propio partido.

El molino del Po (*Il mulino del Po*, 1949) del director Alberto Lattuada contó con hasta siete guionistas, entre ellos, el propio Lattuada, Federico Fellini o Luigi Comencini. *Il mulino del Po* es una novela histórica de Ricardo Bacchelli dividida en tres partes: «Dio ti salvi», «La miseria viene in barca» y «Mondo vecchio sempre nuovo». La película es de un episodio del tercer volumen, situado ya en la Italia unida de donde Lattuada toma los personajes e incidentes que narra.

En el tercer volumen se recogen momentos tan importantes como la lucha de los trabajadores del campo por el derecho a la huelga, la penetración lenta en las mentes campesinas de la idea de que la tierra es de todos y por tanto tiene que beneficiar a quien la trabaja. Lattuada ha elegido de ese tercer tomo dos historias. De un lado, la familia de molineros, los Scarceni, –aislados por el agua como símbolo de su individualismo– y de otro, los Verginesi, campesinos que apoyan la lucha socialista y que van a preguntar al párroco si la huelga no será caer en pecado mortal: «¿Entonces (la tierra) es nuestra?», ¿Es de todos?».

A partir del guion de Federico Fellini y Tullio Pinelli, *El molino del Po* narra el enfrentamiento hacia 1880 entre dos familias, los campesinos Verginesi, que desde hace 300 años trabajan las tierras del patrón Clapassòn, y los Scacerni, propietarios de un molino flotante sobre las aguas del Po. La película relata una historia rural, y fluvial, sobre el nacimiento de las agrupaciones campesinas en defensa de los trabajadores y cómo fueron imponiendo sus normas de actuación frente a los patronos con una rigidez que nada tiene que envidiar a las leyes férreas del capitalismo que combaten. Es una perfecta narración de la primera huelga campesina en Italia.

La acción se centra en el molino que regenta la familia Scarceni, cuya hija, Berta Scarceni, se enamora de un campesino, Orbino Verginesi, que ve con mejores ojos la revolución tecnológica que quiere implantar el propietario en sus tierras, que la defensa de los métodos tradicionales de los campesinos, a cuya clase él pertenece. Se cruzan, pues, varios motivos narrativos que confluirán todos en la huelga general de brazos caídos –lo que implica que ni siquiera alimenten al ganado, lo que se plasma en unas imágenes impactantes del ganado mugiendo, desesperado, por no recibir alimento y por no ser ordeñado– para tratar de impedir que el terrateniente expulse de sus tierras alquiladas a quie-

nes no pueden hacer frente al devengo de lo estipulado, por más que esos campesinos lleven generación tras generación luchando con la tierra para arrancarle sus frutos.



Se trata de una lucha épica en la que los propietarios no dudan en recurrir al ejército para sustituir a los braceros que se niegan a segar los campos, lo que hacen ante la mirada atenta de éstos y, después, cuando

las mujeres y sus hijos deciden bajar al campo para formar una línea que impida el avance cosechador de los soldados; en ese momento de grave tensión, el oficial al mando decide ordenar a los soldados que se apresen para disparar contra las mujeres, y a punto está de hacerlo hasta que, con intenso juego de planos/contraplano en un crescendo total de nerviosismo ante la tragedia inminente, muy al estilo del cine soviético revolucionario, el oficial decide no disparar y manda formar a todos sus hombres para dejar libre el campo a quienes lo ocupaban pacíficamente para impedir el atropello de sus derechos¹².

La película es la primera incursión que el cine neorrealista, que acaba de realizar *La Terra trema* y *Ladrón de bicicletas*, hace al pasado y describe las luchas sociales en el campo de Ferrara a finales del siglo. Es el primer intento de aplicar las técnicas y el espíritu neorrealista a un tema no contemporáneo.

Novecento (1900), 1976, con la que Bernardo Bertolucci quiso rendir homenaje en el cine a la obra pictórica de 1901, *El cuarto Estado* de Giuseppe Pellizza da Volpedo. La pintura refleja a un grupo de proletarios en huelga y es una obra clave de la pintura italiana del siglo xx. En un primer momento, el cuadro iba a titularse «El camino de los trabajadores», pero poco después Pellizza cambió el título por «El cuarto Estado». Este cuarto Estado se refiere al proletariado, la clase social de los trabajadores que en ese momento empezaban a reclamar sus derechos.



¹² Poz, Juan, «Entre el amor y la revolución agraria contra el latifundismo: *El molino del Po* o el nacimiento del sindicalismo rural», en [https://El_ojo_cosmologico_\(elocosmologicodejuanpoz.blogspot.com\)](https://El_ojo_cosmologico_(elocosmologicodejuanpoz.blogspot.com)).

La versión íntegra no pudo verse en Estados Unidos ni en la Unión Soviética. En España se estrenó en 1978 con un gran éxito.

Novecento es una ambiciosa producción del cine italiano que, durante más de cinco horas, hace un recorrido por la historia del país durante la primera mitad del siglo xx. La cinta es una amplia crónica de la historia italiana con la mirada en las revoluciones socialistas agrarias de los años treinta y el surgimiento del fascismo. Crónica, también, de la utopía de la lucha de clases personificada en el campesino, Olmo Dalcò (Gerard Depardieu), y el patrón, Alfredo Berlinghieri (Robert de Niro), nacidos ambos personajes en los albores de 1900, cuya amistad a lo largo del tiempo sirve de hilo conductor a la saga. Como afirma Diego Galán, *Novecento* es un fresco histórico de extraordinaria belleza visual, a ratos épico, intimista en otros, poético siempre, que debe a la fotografía esteticista de Storaro y a la música vibrante de Morricone alguna parte de sus grandes aciertos. Lo mejor, las escenas colectivas en las que Bertolucci rinde homenaje a su propio origen campesino. A lo largo de sus cinco horas, dividida en dos partes, *Novecento* no deja de fascinar¹³. Lástima que el director no se lanzara a rodar el tercer capítulo tal como pensó hacer en algún momento; le desanimó la despolitización de la juventud italiana de la última parte del siglo.

La hija del ferroviario (*Il ferroviere*, de 1956) es una película dirigida, coescrita y protagonizada por Pietro Germi. La película constituye un eficaz retrato de algunos problemas sociales e íntimos de las clases trabajadoras italianas de la década de los 50, pero que en todo momento elude recurrir a un discurso político o reivindicativo, centrándose la historia en el ámbito familiar y en la figura de Marcocci, estupendamente interpretada por el propio Germi. *La hija del ferroviario* expone los conflictos generacionales y familiares provocados por la emigración de la masa de desheredados del campo hacia las grandes ciudades industriales en busca de un sueño: alcanzar la prosperidad, lo que le convierte en casi un documental.

La película muestra la Italia de los años 50: la vida laboral, los sindicatos, las huelgas, los trabajadores del ferrocarril, así como la vida en una casa familiar de clase media baja, la casa de los Marcocci.

El protagonista, Andrea Marcocci, es un veterano maquinista del ferrocarril cuyos problemas aumentan a partir de un día complicado en su trabajo donde dos sucesos trágicos tambalearán no solo su puesto

¹³ GALÁN, Diego, «Película fundamental», en *El País*, edición impresa, de 9 de junio de 2009.

laboral y su dignidad, sino también la economía familiar. Por un lado, Marcocci arroja a un suicida que se arroja a las vías del tren, a quien no ha visto a tiempo para poder frenar. Este suceso provoca un inmenso *shock* en Marcocci quien, a pesar del siniestro suicidio, tiene que seguir conduciendo la máquina en tan penosas circunstancias. Por otro lado, a los pocos momentos, falto de concentración, se despista y no ve una señal de stop sita en las vías, lo que está a punto de originar un grave choque con el tren que circula en sentido contrario. Este error humano, comprensible tras visionar el suicidio, le acarrea la suspensión y es degradado a un puesto de menor responsabilidad y, por tanto, de menores ingresos económicos.

Por todo ello, Marcocci se considera víctima del sistema de trabajo draconiano que impone la empresa y descontento con el trato recibido por sus compañeros se autoaisla y toma una decisión: no unirse a la huelga de maquinistas anunciada por los sindicatos del ferrocarril con el fin de mejorar las condiciones laborales de los trabajadores, convirtiéndose de este modo en un esquirol a ojos de sus compañeros. La cercanía de la muerte le reconciliará finalmente con los compañeros.



Los camaradas (*I compagni*, 1963), película dirigida por Mario Monicelli, es una tragicomedia muestra de un cine italiano que por aquellos años estaba en permanente estado de gracia. Es una obra del neorealismo tardío. Andy Klein escribió en los *Angeles Times* que se trata de una «Obra maestra, quizá sea la mejor película sobre conflictos laborales jamás hecha. Además de estar hermosamente rodada». Es una película que divierte y conmueve, es un fresco social, en el que se dan la mano la ternura, la risa, la crítica social y la tragedia y que refleja el nacimiento del movimiento obrero en Italia.

El guion se inspira en unos acontecimientos que sacudieron al norte de Italia en plena industrialización. Esta huelga textil en Turín, muy dura, muy violenta, fue la primera en el país.

Pero estamos en unos años en los que no se toleraba que en el cine se vieran obreros explotados, muertos de hambre y muchos menos que tuvieran capacidad para organizarse en una huelga, en el caso de la película en el Turín industrial de finales del siglo XIX. En España fue radicalmente censurada por sus implicaciones políticas y rechazada, además, curiosamente, por los distribuidores a causa de su fotografía en blanco y negro. Un gran error, toda vez que en sus tonos grises logra la fotografía de Giuseppe Rotunno reflejar el clima miserable de esos personajes entre la amargura y la esperanza. El *film* se estrenó en nuestro país a través de Televisión Española y bajo el engañoso título de *Los compañeros*.

En Estados Unidos, donde se llamó *The Organizer*, pasó un verdadero calvario desde que fuera nominada al Oscar al mejor guion original, sin duda para evitar una reacción anti-comunista.

Los camaradas o *los compañeros* arranca, con mirada documental, al esbozar una jornada laboral desde dentro de un hogar como estereotipo y la rutina de una fábrica textil de Turín, plaza fuerte del conservadurismo italiano de entonces, que capta la atmósfera de pobreza, mezquindad y explotación laboral que acarreó en la Europa de finales del siglo XIX la denominada Revolución Industrial. *Los camaradas* reflejan el nacimiento del movimiento obrero en Italia y la irrupción en la historia de una ideología basada en la defensa de los más oprimidos.



La escena con la que abre la cinta es prodigiosa. Son las cinco y media de la mañana en casa de un hogar proletario turinés y el joven Omero se dispone a vestirse para ir a la fábrica; va a lavarse la cara, pero antes tiene que romper con el palo de una escoba la capa de hielo que se ha formado en la jofaina, mientras el resto de la familia, que duermen carentes de toda intimidad, se pone asimismo en marcha. Una escena prácticamente muda que nos introduce en un mundo reconocible y tan próximo.

La película detalla la realidad de la vida proletaria: la fábrica, la dureza de las condiciones laborales, el trabajo de jóvenes que tienen que abandonar la escuela para poder ganarse el pan, un conflicto violento, la actitud cerril de la patronal, el empleo de fuerzas militares para intentar abortar la ocupación de la fábrica, la muerte de dos inocentes, el desgaste que produce una huelga prolongada entre quienes no tienen medios para subsistir, la desunión, pero también la solidaridad entre la clase trabajadora.

Todo se inicia cuando al sufrir un trabajador un accidente y perder la mano, los trabajadores deciden de una vez organizarse y protestar formalmente. Los obreros reivindican la reducción de la jornada laboral de 14 a 13 horas para evitar los accidentes que provoca el cansancio en el último tramo de cada jornada y que es el causante de muchos accidentes que acaban con muertos o lisiados, condenados estos últimos a vivir el resto de sus vidas de las famélicas colectas de los compañeros y de la limosna pública. Reivindican además alargar el momento del almuerzo de media hora a una hora, un seguro de accidentes y un par de liras de subida de jornal. «¿No estaremos pidiendo demasiado?», pregunta uno de los trabajadores. El problema es que no logran articular debidamente sus esfuerzos y no obtienen resultados positivos.



La aparición del extraño y a la vez entrañable profesor Sinigaglia, intelectual que ha dedicado su vida a estudiar y no a trabajar, y por tanto resulta tan sospechoso como necesario, hace que la protesta desemboque en huelga. El estudioso Sinigaglia es, con su anteposición de unos ideales a todo lo terrenal, el mejor consejero posible. Con él, los trabajadores conseguirán poner en jaque a la patronal y, por tanto, quedarán expuestos a las peores consecuencias de sus actos. La figura del «Profesor» le sirve a Monicelli para mostrar el papel de los ideólogos y agitadores, aquí revestido de un romanticismo que se afirma imprescindible en la lucha por los derechos de los trabajadores.

Frente a los desarrapados obreros se alza todo el poder de la burguesía piamontesa decimonónica, decidida a impedirles mejorar sus pésimas condiciones de vida, para no perder sus beneficios, por supuesto; pero, sobre todo, para no permitir al proletariado tener parte en el dictado de las normas de su juego.

La cinta no solo trata de la huelga de unos obreros textiles, sino también sobre las consecuencias del desarrollo industrial, sobre los papeles históricos de la burguesía y el proletariado, sobre el problema, como ocurría en *Rocco y sus hermanos* (*Rocco e i suoi Fratelli*, 1960) de Luchino Visconti, de la inmigración meridional hacia tierras del norte, la Lombardía en el film de Visconti, la región del Piamonte en el film de Monicelli. Todo ello filmado con viveza, basculando entre la gravedad y la farsa, entre lo trágico y lo grotesco, alimentando en el fondo, la idea básica de una historia de fracaso.

En el reparto se citan actores variopintos como exige su carácter de coproducción. Marcello Mastroianni es acompañado por Renato Salvatori (espléndida la secuencia en que ambos se sinceran la noche que no pueden dormir), Bernard Blier, el timorato padre de familia que no se atreve a culminar la huelga; Folco Lulli, que se arriesga y es abandonado por todos; Annie Girardot, la prostituta; François Perrier, el maestro; Raffaella Carrá, la joven enamorada; y por otros actores menos populares para personajes tan vivos como el del mísero emigrante esquirol y el adolescente que sueña con que su hermano pequeño sí pueda estudiar¹⁴.

Monicelli retrata a la clase explotada, impotente ante los incesantes abusos, resalta su lado humano, su impotencia, su desesperación, sus anhelos. Es digna de visionar la escena en que un piquete de obreros se presenta en la casa de un trabajador, inmigrante siciliano, para convencerlo de que se una a la huelga y se encuentran con un panorama desolador: un hogar que es menos que chabola, menos aún que establo, una ruina donde se hacinan la mujer desgredada y unos niños mugrientos. «¿Qué esperabais encontrar –les espeta el siciliano–, un palacio acaso?». Esa dignidad de un obrero consciente de su miseria a través de una réplica ácida que vale por todo un tratado de sindicalismo convierte a una obra como *Los camaradas* en un *film* de una perdurable modernidad. O aquella otra escena en la que se desvela el analfabetismo a través de las cruces en las papeletas de una votación donde se decide la huelga, secuencias tan perfectas como la llegada en tren, entre la niebla, de los esquirols o la represión, con la muerte de uno de los protagonistas destacados, Omero, un joven que ya antes había tenido una escena extraordinaria con su hermano pequeño, tras decirle el profesor que «no trabajaba mucho» en la escuela, lo abofetea para que siga estudiando con ahínco y no se convierta en lo que él, un empleado de la fábrica sin ningún futuro.

¹⁴ GALÁN, Diego, «*Los camaradas*, obra maestra», en *El País*, edición impresa, de 13 de marzo de 1985.

Es invierno, la época en la que transcurre la acción, y el frío, junto con el hambre, van a ser dos ejes que marcan dramáticamente el desarrollo de la acción, porque, al final, la lucha obrera, como las luchas antiguas, se plantea en términos de «asedio» hasta que el hambre rinda a los huelguistas, por más que los propietarios recurran a los esquirols y a la presión a los tenderos para que no fíen a los obreros, entre otras medidas, además del uso del ejército en defensa de los bienes de la patronal. A pesar de todo ello, los obreros deciden «asaltar» la fábrica, «su» fábrica, «ocuparla», para hacerse fuertes en ella frente a la determinación antisocial del dueño. La película es la narración del proceso huelguista en el que confluyen varias historias individuales y varios conflictos que emergen en cuanto se plantea la necesidad de la acción contestataria para mejorar las condiciones de vida¹⁵.

En la película, la escalada progresiva del enfrentamiento entre obreros y patrón se inicia con los intentos de aquéllos de abandonar el tajo antes de hora, continúa con la tentativa por los mismos de tomar la fábrica, y termina con la vuelta de los trabajadores a sus puestos de trabajo, vencidos, por no haber conseguido sus reivindicaciones, y con dos compañeros muertos, pero habiéndose iniciado en la práctica de las luchas y las protestas obreras. La película no tiene un final feliz, pero traslada su mensaje sobre los desposeídos, la explotación de los trabajadores, la emigración, la mujer en el trabajo asalariado y el antagonismo capital-trabajo hasta el día de hoy, y deja el claro mensaje de que la lucha continúa.



¹⁵ Poz, Juan «Más allá de los clichés del cine revolucionario “oficial”, una mirada compleja y lúcida a la penosa época, para el trabajador, del capitalismo salvaje: *Los camaradas* o las luces y sombras de la necesidad de la lucha», en [https:// El ojo cosmológico \(elocosmologicodejuanpoz.blogspot.com\)](https://El_ojo_cosmológicodejuanpoz.blogspot.com).



Los camaradas fue nominada al Oscar al mejor guion original en 1964, año en que fue la ganadora a la mejor película en el Festival de Mar de Plata.

Tristemente, en noviembre de 2010 Mario Monicelli, de 95 años, ponía fin a su vida en Roma. Tenía cáncer de próstata y decidió tirarse de un quinto piso y acabar con su vida.

BREVES REFLEXIONES SOBRE LOS ULTRAJES A ESPAÑA, AL HILO DE LA STC 190/2020, DE 15 DE DICIEMBRE

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO
Catedrático de Derecho Pena. Universidad de León¹

I. Dedicatoria

De la preocupación de Luis Arroyo por la necesidad de anclaje constitucional de los intereses protegidos por el Derecho penal hay tantas muestras por escrito que sería imposible citarlas aquí². Así, por ejemplo, en el artículo de nuestro homenajeado que inauguró el primer número de una hoy consolidada y prestigiosa revista española leemos: «Cuando se inquiere al penalista sobre la relación entre Derecho penal y Constitución se le formula una pregunta que hace referencia esencialmente a la legitimidad y a los límites del *ius puniendi*. Al menos, en la doctrina española, es indiscutido que de la Norma fundamental se derivan los principios y reglas esenciales que deben respetarse en los procesos de incriminación, en la imputación del comportamiento o asignación de la responsabilidad penal e, igualmente, en el fin de la pena»³. Y no hablemos de su preocupación y defensa por los derechos fundamentales y libertades públicas, tantas veces manifestadas por él respecto de distintos derechos y libertades, siendo un auténtico adalid en la lucha contra la pena de muerte allá donde esta se manifieste (solo por esto ya merecería máximo respeto, admiración y

¹ Este trabajo se enmarca en los Proyecto de investigación DER2016-76715-R y PID2019-108567RB-C21 (AEI), así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León. Las citas no pretenden ser exhaustivas y en los trabajos que se mencionan en ellas pueden encontrarse ulteriores referencias.

² Paradigmático su trabajo de hace ya más de 30 años: ARROYO ZAPATERO, L. A., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 1 (1987), pp. 97 ss.

³ ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho penal económico y Constitución», en *Revista Penal* 1 (1998), 1.

agradecimiento), con tantos trabajos al respecto que nuevamente es ociosa su cita⁴.

Por ello he decidido homenajearle con un pequeño trabajo que tiene que ver con una reciente decisión, muy equivocada en mi opinión, de nuestro Tribunal Constitucional y la compatibilidad con nuestra Constitución, así como con «los principios y reglas esenciales que deben respetarse en los procesos de incriminación», de algunos delitos tipificados en el Código Penal, en concreto en este caso el intitulado de ultrajes a España.

Aunque con Luis Arroyo y su defensa de la Constitución y las relaciones de esta con el Derecho penal coincido en un altísimo grado, no sé si estamos de acuerdo en este tema, pues creo que no lo estamos del todo en alguno relativamente cercano⁵. Pero sé también que nuestro homenajeado no rehúye el debate sereno ni pretende imponer sus opiniones a toda costa, por lo que, incluso si discrepáramos, estoy convencido que lo aceptaría de buen grado y le gustaría que discutiéramos sobre el tema. Y, desde luego, en lo que no cabe ninguna duda es en que ambos compartimos una visión del Derecho penal como (exclusivamente) protector de bienes jurídicos⁶.

En todo caso, mi modesta contribución al homenaje a Luis Arroyo Zapatero está, sobre todo, llena de respeto y cariño. Luis Arroyo ha es-

⁴ Si no me equivoco, el último publicado es ARROYO ZAPATERO, L.: «La pena de muerte es inadmisibles para la Iglesia Católica: La reforma del Catecismo del Papa Francisco y sus consecuencias», en De Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M./Paredes Castañón, J. M./Olaizola Nogales, I./Trapero Barreales, M. A./Roso Cañadillas, R./Lombana Villaba, J. A. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. II, ed. Reus, 2020, pp. 1219 ss. No me atrevo a asegurar cuál fue el primero, aunque quizá este de hace ya cuarenta años: ARROYO ZAPATERO, L., «La experiencia de la abolición de la pena de muerte en Gran Bretaña», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 62 (1981), pp. 47 ss.

⁵ Vid. lo que entiendo una crítica de la STC 235/2007, de 7 de noviembre (STC con varios votos particulares), que acordó «Declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso artículo 607.2 del Código penal» y una cierta simpatía con lo que era entonces la propuesta ampliatoria del art. 510 CP en ARROYO ZAPATERO, L., «El negacionismo como delito penal: sentencia del TC español sobre el caso Varela», en Elósegui Itxaso, M. (dir. congr.): *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2016, pp. 1 ss. Sin embargo, como apunto solo en el presente trabajo y explico un poco más en otros lugares, la extensión actual de ese art. 510 CP me parece criticable: v. p. ej., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el CP español: algunos ejemplos y especial referencia a los “delitos de odio”», en *Foro FICP* 2019-3, pp. 158 ss., especialmente 167 ss., 171 ss.

⁶ Vid. solo ARROYO ZAPATERO, L., «Lección 7. Derecho Penal y Constitución (II)», en Demetrio Crespo, E./Rodríguez Yagüe, C. (coords.): *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., ediciones experiencia, 2016, pp. 145 ss.

tado presente en momentos importantes de mi vida académica y le debo siempre agradecimiento por lo que me ha manifestado en esos momentos y en muchos otros. Con él he compartido interesantes charlas y de él he recibido siempre simpatía y afecto, como el que yo le profeso en alto grado. Gracias, querido Luis. ¡Te deseo larga vida, con fructífera producción académica y, sobre todo, disfrute y satisfacción personal!

II. Introducción. La STC 190/2020, de 15 de diciembre

Hace años me ocupé del delito llamado de ultrajes a España⁷ y, aunque de mi posición crítica se deducía seguramente mi rechazo a la existencia de tal delito, rechazo que abiertamente he manifestado después⁸, pero que quiero subrayar en el presente trabajo, frente a lo dictaminado por la reciente STC 190/2020, de 15 de diciembre.

Como es sabido, el 30 de octubre de 2014, durante la ceremonia solemne de izado de la bandera de España con himno nacional y arma presentada, en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol, un sindicalista que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales gritó (en lengua gallega) con un megáfono y «con intención de menospreciarla» (así los hechos probados de las sentencias) «aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «hay que prenderle fuego a la puta bandera». El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol (SJP de 22 de marzo de 2017) y la Audiencia Provincial de A Coruña, a la que recurrió en apelación (SAP Coruña 77/2018, de 8 de febrero), le condenaron a una pena de siete meses de multa como autor de un delito de ultrajes a España del art. 543 CP⁹, entendiendo presentes todos los elementos del delito, incluido el ánimo de injuriar, y no considerando que la conducta del sujeto pudiera ampararse en el ejercicio del derecho de libertad ideológica y de expresión.

⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Ultrajes a España», en Luzón Peña, D.-M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica* (EPB), ed. Comares, 2002, pp. 1231 ss.

⁸ Por ejemplo, en mi ya citado trabajo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Foro FICP* 2019-3, pp. 174 s.

⁹ El art. 543 CP, ubicado en el Título dedicado a los «Delitos contra la Constitución», en concreto, en un Capítulo de este que lleva por rúbrica «De los ultrajes a España» y del que es el único artículo, reza: «Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses».

El condenado recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional español, que, recientemente, por sentencia de 15 de diciembre de 2020 (STC 190/2020), desestimó el recurso (por cierto, contra el criterio del Ministerio Fiscal, que apoyó la solicitud del recurrente), evitando naturalmente (con advertencia expresa) un pronunciamiento general sobre la constitucionalidad del precepto penal y limitándose a valorar si la aplicación de este en el caso concreto respetó los derechos y libertades constitucionales aludidos. Eso sí, no se trató ni mucho menos de un fallo pacífico, pues, de los once magistrados del Pleno, cinco (dos de ellos conjuntamente) emiten voto particular entendiendo que se desatienden derechos fundamentales o que la pena es excesiva.

Señalo ya como revelador que tanto en la sentencia de la Audiencia Provincial como en la del Tribunal Constitucional se alude como dato relevante al «intenso sentimiento de humillación» que experimentaron los militares presentes en el acto de izado de bandera, aunque no fuera este el único elemento para ratificar la condena de instancia o denegar el amparo.

En lo que sigue, reflexionaré brevemente sobre si el tipo del art. 543 CP protege algún interés digno de la atención del Derecho penal (en concreto: algún bien jurídico que merezca protección penal), cuestión previa a la de la relación de este precepto con la libertad de expresión (y otras) constitucionalmente consagrada(s), que solo mencionaré de manera brevísima, pues, como he anticipado, voy a rechazar la existencia del precepto por ausencia de bien jurídico que lo justifique.

Antes, debo reconocer que la configuración actual del precepto, en especial el que prevea solo una pena de multa, pero también por otras razones, la hace preferible al de su antecesor, el delito contenido en el art. 123 CP 1944/73¹⁰, en incluso, al menos en lo referente a la pena, a otros preceptos similares del Derecho comparado¹¹. Pero, naturalmente, ello no justifica por sí solo la existencia del delito.

¹⁰ Así lo señalaba, al igual que otros autores, en *EPB*, 2002, pp.1231 s. Sobre el origen histórico y antecedentes del precepto, por todos, SANTANA VEGA, D. M., «El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿protege algún bien jurídico-penal?», en *Cuadernos de Política Criminal (CPC)* 2009, pp. 36 ss.; REBOLLO VARGAS, R.: «Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España» en *Estudios Penales y Criminológicos (EPCr)* XXXIV (2014), pp. 90 ss.

¹¹ Sobre el Derecho comparado, por todos, SANTANA VEGA, D. M., *CPC* 2009, pp. 38 ss. En el presente trabajo se citará a menudo doctrina alemana porque se considera interesante a nuestros fines. Naturalmente, esa doctrina se refiere al precepto alemán del § 90a StGB, a cuya existencia y mayor pena alude, por cierto, la propia STC 190/2020, junto a otros preceptos de países europeos; efectivamente, aunque algunos de sus aspectos puedan resultar quizá mejor perfilados que en el tipo español, la pena con que conmina las conductas lo hace aún más criticable. El citado § 90a StGB lleva por rúbrica «Vilipendio [o denigración, difamación: *Verunglimpfung*] del Estado y de sus símbolos» y reza: «(1) Quien públicamente, en una reunión o mediante la difusión de

III. ¿Protege el tipo del art. 543 CP algún bien jurídico?

A continuación, agrupo (aunque podrían hacerse subdivisiones más precisas) los principales intereses que se han aducido como objeto de protección en el art. 543 CP y mi opinión sobre su carácter o no de bien jurídico y sobre si es realmente alguno de ellos lo que se protege en el tipo.

1. *La existencia de España o su incolumidad como encarnación de su democracia y su orden constitucional*

Hay quienes señalan (especialmente en la doctrina alemana) que, de una forma u otra, lo que se protege es la propia existencia del Estado, en nuestro caso, España¹². Así expresado, lo cierto es que parecería difícil negar a ese interés el carácter de bien jurídico. Pero también es cierto que difícilmente es imaginable cómo un insulto grave al país o una quema de su bandera o una sonora pitada a su himno pueden suponer siquiera un peligro abstracto para tal existencia. Si descendemos a las Comunidades Autónomas y sus símbolos, también mencionados en el tipo delictivo que nos ocupa, la extrañeza es aún mayor, aparte de que no parece equiparable a efectos de esa concepción el bien jurídico en uno y otro caso. Y, desde luego, si lo que se pretendiera es defender la existencia del todo a través el castigo del ultraje a la parte, la extrañeza de la propia existencia del peligro y su cercanía a la afectación del

un contenido (§ 11, apartado 3)/1, injurie o desprecie maliciosamente a la República Federal de Alemania o a uno de sus Estados Federados o a su ordenamiento constitucional, o/2, vilipendie [o denigre, difame] los colores, la bandera, el escudo o el himno de la República Federal de Alemania o de uno de sus Estados Federados, será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con multa. (2) De igual modo será castigado quien retire, destruya, dañe, inutilice o haga irreconocible o haga escarnio de [o ultraje, realice actos ofensivos, injuriosos sobre] una bandera de la República Federal de Alemania o de uno de sus Estados Federados que ondee [mostrada] públicamente o un emblema nacional [o signo de soberanía] de la República Federal de Alemania o de uno de sus Estados Federados expuesto públicamente por una autoridad. La tentativa es punible. (3) La pena será de prisión de hasta cinco años o multa si el autor persigue intencionadamente con el hecho atentar contra la existencia de la República Federal de Alemania o contra principios constitucionales». En todo caso, la inmensa mayoría de las consideraciones de la doctrina alemana que aquí se citan valen, en mi opinión, respecto del tipo español.

¹² Por ejemplo, ya SCHROEDER, F. CH., «Probleme der Staatsverunglimpfung», en *Juristische Rundschau* (JR) 1979, p. 90; VOLK, K.: «Der Strafschutz für Staatssymbole und die Freiheit der Kunst», en JR 1984, p. 444; LAUFFHÜTTE, H. W./KUSCHEL, A., en *Leipziger Kommentar StGB* (LK-StGB), 12.^a ed., 2007, § 90a nm. 1; STEINMETZ, J., en *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch* (MK-StGB), 3.^a ed., 2017, § 90a nm. 1; ZÖLLER, M., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (SK-StGB), 9.^a ed., 2019, § 90a nm. 1.

supuesto bien jurídico sería aún mayor: ¿de verdad se ve, si quiera sea remotamente, afectada la existencia de España por la quema pública de una bandera de Cantabria o de Castilla y León?^{13 14}.

Lo anterior se pretende a veces explicar a través de la idea de que los actos ofensivos repetidos crearían un «clima»¹⁵ tal que podría desatar cosas peores para la propia existencia de esos países. Pero, teniendo en cuenta que se castigan actos concretos, sería difícil justificar las penas¹⁶ por un clima que solo podría producirse por acumulación y que parece que en sí no necesariamente alcanzaría siquiera el grado del peligro abstracto. Y, si tal clima apela a afectaciones de la paz pública o eventuales consecuencias más graves, como violencia, entonces no parecen estos los mejores tipos para evitarla¹⁷.

Un intento de racionalizar y explicar mejor la idea anterior consistiría en decir que la existencia de España se protegería no tanto en cuanto a subsistencia (o su existencia como «patria» abstracta), sino en cuanto a su incolumidad como encarnación de una democracia representativa liberal y de un orden constitucional que consagra tal régimen (así también sus Comunidades Autónomas). Pero ello tampoco puede convencer, pues sigue sin verse cómo los actos tipificados pueden afectar a los valores representados por los entes que mencionan los tipos¹⁸. Y, además, en lo que se refiere al menos a su eficacia práctica (que es fundamental, por otra parte¹⁹), un Estado sólido, cuya población mayoritariamente apoya los valores constitucionales, puede tolerar sin pro-

¹³ Vid., entre otros, HEFENDEHL, R., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2002, pp. 356 ss.; muy detalladamente HÖRNLE, T., *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Vittorio Klostermann, pp. 258 ss.

¹⁴ Además, en el caso del § 90a StGB, la propia existencia de su ap. 3 dificulta, en mi opinión, sostener que la existencia de Alemania es lo que se protege en todo el precepto. Así también HÖRNLE, T., *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 255.

¹⁵ Vid., entre otros, LAUFFHÜTTE, H. W./KUSCHEL, A., *LK-StGB*, 12.^a, 2007, § 90a nm. 1; STEINMETZ, J., *MK-StGB*, 3.^a, 2017, § 90a nm 1.

¹⁶ Especialmente, aunque no solo, las más graves del tipo alemán.

¹⁷ No muy lejos de la idea de la afectación de la propia existencia del Estado podría hallarse la sorprendente y, en principio, absurda ubicación del delito precedente al actual (aunque con connotaciones más autoritarias) en el CP español anterior entre los «Delitos contra la seguridad exterior del Estado», concretamente dentro de los delitos de «Traición». Así contemplado, resulta aún más exagerada la importancia que para la subsistencia del Estado pudieran tener las conductas típicas.

¹⁸ Vid., además, LLABRÉS FUSTER, A., en GÓMEZ TOMILLO, M./JAVATO MARTÍN, A. M.: *Comentarios Prácticos al Código Penal*, tomo VI, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 382 s., señalando que lo que parece protegerse es «el modelo de organización actualmente vigente en España» y no otros posibles, lo que sería difícilmente conciliable con el pluralismo político e incluso con el principio de igualdad.

¹⁹ Y que podríamos relacionar con principios limitadores del *ius puniendi*, como al menos el de efectividad, eficacia o idoneidad (sobre este, por todos, LUZÓN PEÑA, D.-M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, 2016, cap. 2 nm. 21 s. –pp. 24 s.–).

blemas esas ocasionales ofensas y en un Estado con riesgo de rupturas o con menos consenso constitucional, tipos como los que estudiamos ayudan tan poco, en palabras que me parecen especialmente expresivas de Paeffgen, «como un batefuegos contra un incendio desbocado»²⁰. Es más, en un país como España, en el que existen fuertes disensos sobre su unidad territorial, con relevantes movimientos nacionalistas e independentistas (especialmente, pero no solo, en el País Vasco y Cataluña), que además provocan rechazo a menudo de parte de quienes sí creen en la unidad de España (la mayoría) hacia algunos territorios y sus símbolos, en el que incluso hay tensiones de pertenencia a una misma Comunidad Autónoma (como sucede, sin ir más lejos, en la Comunidad en la que vivo –justamente en el territorio con un importante sector crítico, León, donde son frecuentes y no aisladas, expresiones como «puta Pucela», que, aunque eso sea irrelevante aquí, no comparto, como no comparto nacionalismo alguno, sea cual sea su alcance territorial–, Castilla y León, si bien sin cuestionar el orden constitucional y la unidad de España), creo que la aplicación de preceptos así supone o puede suponer a menudo tanto como echar gasolina al fuego.

2. El honor de España o sus Comunidades Autónomas

Como bien jurídico protegido puede plantearse también el honor de España²¹ o de sus Comunidades Autónomas. Pero ello choca ya de entrada con las dificultades que plantea el reconocimiento de honor a tales entes colectivos²². Formalmente podría salvar este obstáculo la

²⁰ PAEFFGEN, H.-U., en *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (NK-StGB), 5.^a ed., 2017, § 90 a nm. 5. De una «sobrevaloración de las posibilidades de eficacia de un precepto así» hablaba ya el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán. Parte Especial. Derecho penal político (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil –AE BT-. Politisches Strafrecht*), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, pp. 51, 53, contra el § 95a del Proyecto oficial gubernamental (*Regierungs-Entwurf*) de 1966, muy similar al actual § 90a StGB.

²¹ Según TÉLLEZ AGUILERA, A., «Los ultrajes a España: visión crítica de un delito», en *Boletín del Ministerio de Justicia* 1719 (1994), p. 89, el *animus legis* del que parece el primer precedente en España del delito que nos ocupa, el art. 2 de la llamada Ley de Jurisdicciones de 23-03-2006, era la protección del «honor nacional» (por cierto, este precepto extendía su objeto, además de a la Nación y sus símbolos, a «regiones, provincias, ciudades y pueblos de España y sus banderas ó escudos»).

²² Vid., por muchos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *EPB*, 2002, p. 1232; TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (dir.)/Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, 7.^a ed., Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, p. 1756. En Alemania, por ejemplo, HEFENDEHL, R.: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 355 ss.

apelación a la reputación (*Ansehen*)²³ o a la dignidad (*Würde*)²⁴ del Estado o las otras instituciones mencionadas o la Constitución, a su prestigio, pero ello tampoco convence materialmente en absoluto como valor en sí mismo²⁵, salvo que se conciba como medio instrumental para la protección de la propia existencia de estas, en cuyo caso, me remito a lo ya señalado anteriormente, o para la protección del honor de los ciudadanos en cuanto los ataques contemplados en el precepto puedan trascender a los miembros de la comunidad²⁶, hipótesis poco probable, por un lado porque muchos ciudadanos no se identifican con los entes y símbolos mencionados en el precepto y, en todo caso, la afectación de su honor sería tan remota que no merecería la protección penal, como demuestra, creo, una mera comparación con los delitos contra el honor personal.

3. La paz pública

Por fin, se puede apelar a un concepto tan vago, ya mencionado, como la paz pública²⁷, incluyendo el derecho de todos a exhibir pacifi-

²³ Así, por ejemplo, aunque advirtiendo de que no basta una apelación al honor estatal y que en realidad el verdadero bien jurídico protegido sería la existencia de la República Federal de Alemania, sus Estados Federados y su orden constitucional, LAUFFHÜTTE, H. W./KUSCHEL, A., *LK-StGB*, 12.ª ed., 2007, § 90a nm. 1; o ZÖLLER, M., *SK-StGB*, 9.ª ed., 2019, § 90a nm. 1.

²⁴ Por ejemplo ya WÜRTEMBERGER, TH.: «Kunst, Kunstfreiheit und Staatsverunglimpfung (90 a StGB)», en *JR* 1979, p. 312.

²⁵ Así, de modo convincente y contundente, señala, respecto de esta fundamentación referida al tipo alemán, HÖRNLE, T., *Grob Anstössiges Verhalten*, 2005, p. 257: «La idea de que al Estado le corresponde una reputación que ha de protegerse como valor en sí mismo, un “honor del Estado” sin otra finalidad, contradice sin embargo la ubicación sistemática del § 90a entre las normas que protegen el Estado democrático de Derecho y, sobre todo, es incompatible con una concepción moderna del Estado. Solo para un Estado o un Monarca basado en la voluntad divina es consecuente castigar *per se* como injustos las declaraciones ofensivas o injuriosas a la Majestad o al Estado, sin tener que entrar a considerar las posibles consecuencias de las manifestaciones despectivas o irrespetuosas. Un Estado que se basa en la voluntad de sus ciudadanos debe legitimarse funcionalmente por la utilidad o provecho para el individuo, sin poder remitir a un *valor proprio absoluto*. Con ello, la protección del Estado solo es posible si se orienta a las consecuencias, no sin embargo como protección del honor, que no está sometida a las reglas de la racionalidad orientada a fines». Críticos también en España, entre otros, SANTANA VEGA, D. M., *CPC* 2009, pp. 43 ss.; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: «Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código Penal)», en *EPCr* XXIII (2002), pp. 228 ss.; REBOLLO VARGAS, R., *EPCr* XXXIV (2014), pp. 103 ss.

²⁶ Así BENLLOCH PETIT, G., «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (ADPCP) 2001, pp. 182 ss. (añade al honor también la protección de la libertad ideológica, en ambos casos de manera limitada, y aludiendo también a sentimientos).

²⁷ Así, por ejemplo, CARBONEL MATEU, J. C./VIVES ANTÓN, T. S., en Vives Antón, T. S. (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, volumen II, Tirant lo Blanch, 1996, p. 2046; Váz-

camente su adhesión a España, o sus Comunidades Autónomas, a menudo enarbolando sus símbolos. Pero, aparte de que las conductas típicas parecen alcanzar hipótesis más allá de estas, en un discurso público democrático no es posible imponer ese supuesto derecho sobre las opiniones o actos, incluso duramente ofensivos, de los otros. Y, si la apelación a la paz pública pretende referirse a la evitación de actos violentos, además de que las conductas típicas en absoluto tienen por qué suponer necesariamente un peligro de que se produzcan, existen otros tipos penales, más o menos discutibles, para preservarla²⁸.

4. *Sentimientos de adhesión que resultan ofendidos*

Aunque todo lo anterior debería ser matizado y justificado con mayor detalle, ello no es posible en el espacio de que aquí se dispone. Me parece que solo queda reconocer que los preceptos a los que nos estamos refiriendo, carentes de otro fundamento plausible, tratan de proteger sentimientos, sentimientos de adhesión (por cierto, muy legítimos) a lo que comúnmente se llama la patria (grande o chica) y sus símbolos representativos²⁹, que se tornarían en sentimientos de ofensa o enfado cuando se producen las conductas típicas. En todo caso, no se trata de sentimientos de amenaza (a la seguridad personal), que se mencionan en la cita de Roxin que sigue³⁰. Ya he subrayado al principio la referencia al «intenso sentimiento de humillación» en la polémica STC 190/2020 que he tomado como pie para estas reflexiones. Pero podemos encontrar otras, como el propio tenor del anterior art. 123 CP 1944/73 español,

QUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *EPCr* XXIII (2002), pp. 232 ss. (todos con importantes matizaciones, que aquí no es posible explicar, y buscando una interpretación restrictiva del precepto). En Alemania, por ejemplo, SCHROEDER, F.-CH., *JR* 1979, p. 90. Críticamente, entre otros, SANTANA VEGA, D. M., *CPC* 2009, p. 46; REBOLLO VARGAS, R., *EPCr* XXXIV (2014), pp. 106 s.

²⁸ Sobre la protección de la paz pública y los problemas vinculados a ella, de modo exhaustivo e instructivo, HÖRNLE, T., *Grob Anstössiges Verhalten*, 2005, pp. 90 ss.

²⁹ BENLLOCH PETIT, G., *ADPCP* 2001,184 s. habla de «los sentimientos de identificación nacional y territorial que se corresponden con el sistema vigente en la Constitución y los Estatutos de Autonomía». De modo similar DÍAZ TORREJÓN, P., en ZÁRATE CONDE, A. (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.^a ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, 2018, p. 955; CARPIO BRIZ, D., en: Corcoy Bidasolo, M. (dir.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 1, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 877.

³⁰ Vid. de momento simplemente ROXIN, C., «Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts», en Hefendehl, R. (ed.), *Empirische und Dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Heymann, 2005, p. 141; «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen» (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC) 15-01 (2013), p. 01:11.

que rezaba: «Los ultrajes a la Nación española o al *sentimiento* de su unidad, al Estado o su forma política, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor, y si tuvieren lugar con publicidad, con la de prisión mayor».

Pero, por citar a una autoridad en la materia, Roxin nos dice: «Como regla general, no puede ser tarea del Derecho penal evitar emociones negativas (sentimientos de disgusto) de sus ciudadanos... La convivencia pacífica en una sociedad pluralista y multicultural presupone precisamente la tolerancia de comportamientos que contradicen los valores o concepciones valorativas propios./Sin embargo, quiero trazar un límite allí donde los individuos se sienten afectados o perjudicados en su sentimiento de seguridad por determinados comportamientos»³¹.

De modo que los sentimientos no pueden ser objeto de la protección penal en una sociedad plural como la nuestra,³² incluso prescindiendo de que, en España, los sentimientos que fundamentan las molestias u ofensas, es decir, los de pertenencia a España (y demás) distan de ser compartidos por un significativo número de sus ciudadanos. Como bien señala uno de los votos particulares a la STC 190/2020, el del Magistrado Conde-Pumpido Tourón, no pueden ser bienes jurídicos «los sentimientos subjetivos de ofensa que puedan experimentar los

³¹ ROXIN, C.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., C. H. Beck, 2006, § 2 nm. 26, 27; ROXIN, C./GRECO, L.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.^a ed., C. H. Beck, 2020, § 2 nm. 26, 27. Sobre bien jurídico y sentimientos, por muchos, ROXIN, C.: en Hefendehl, R. (ed.), *Empirische und Dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, 2005, pp. 141 s.; «Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf den Prüfstand», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 2013, pp. 446 s.; REPCPC 15-01 (2013), pp. 01:17 ss., entre otros muchos trabajos; HÖRNLE, T., «Der Schutz von Gefühlen im StGB», en Hefendehl, R./V. Hirsch, A./Wohlers, W. (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Nomos, 2003, pp. 268 ss. [«La protección de sentimientos en el StGB» (traducción de MARTÍN LORENZO, M.), en Hefendehl, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2007 (reeditado, apareciendo como eds. los tres de la edición alemana en 2016), pp. 383 ss. (2016, pp. 375 ss.); *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, especialmente pp. 78 ss., 250 s., 265 s., 276 ss., 354 ss., 358 ss., 477 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Presentación», en: Hefendehl, R. (ed.): *La teoría del bien jurídico*, 2007, especialmente p. 15 (2016, especialmente p. 15); «Rechtsgüter und Gefühle», en: GA 2011, pp. 284 ss. (a favor de la vigencia como bienes jurídicos de los «sentimientos sociales legítimos»; este autor no trata sin embargo los preceptos penales de que nos ocupamos aquí). Acerca de las relaciones entre política y Derecho penal y política se pronuncia también ROXIN, C.: «Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión» (traducción de SANTANA VEGA, D. M.), en ADPCP 2006, pp. 8 ss.; «Selbständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie Moral und Religion», en: *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, 2007, pp. 492 ss., pero no trata los delitos objeto del presente trabajo.

³² Así, críticamente, entre otros, SANTANA VEGA, D. M., CPC 2009, pp. 47 ss.; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., EPCr XXIII (2002), pp. 225 s.; REBOLLO VARGAS, R., EPCr XXXIV (2014), pp. 102 s.

ciudadanos, muchos o pocos, civiles o militares; sino únicamente el peligro real de alteración de la paz pública, expresión de una convivencia social tolerante con las diferentes ideas ajenas, a veces contrapuestas, que expresan también el pluralismo político»³³.

Por lo demás, como señala una especialista como Hörnle en su atinada y contundente crítica al precepto alemán, en relación con los sentimientos de contrariedad o frustración: «Pero, sobre todo, tal frustración sería un *fenómeno secundario* que en modo alguno sería específico de los delitos del § 90a» (cita el ejemplo de un «ambiente abierto de drogas») ³⁴.

IV. La libertad de expresión (y otras)

Por lo demás, si algún campo de aplicación restara a los preceptos del art. 543 CP (o del § 90a StGB), aún quedaría comprobar si las conductas en cuestión no resultan justificadas por el ejercicio no solo de la libertad de expresión, sino también de otros derechos constitucionalmente consagrados de manera directa o indirecta, como la libertad de opinión y creencias, la libertad artística, la libertad de reivindicación laboral, de manifestación, etc³⁵. No es posible detallar aquí esta cuestión, pero, además, es sabido que, en relación con ellos (sobre todo con la libertad de expresión), deben evitarse aplicaciones e interpretaciones, especialmente de normas penales, que produzcan un *chilling effect* o efecto desaliento en su ejercicio ciudadano³⁶.

Por ello, además de lo ya dicho, yerra también la STC 190/2020, cuando apela a la «La falta de vínculo o relación de las expresiones

³³ Menos drástico, aunque en el mismo sentido, por ejemplo, otro de los votos particulares, el de los Magistrados Xiol Ríos y Balaguer Callejón, quienes, tras considerar legítimos los sentimientos por los símbolos, señalan: «La duda, dicho esto, es si el derecho penal es el más adecuado para intervenir en la preservación de ese sentimiento de vinculación a la comunidad política, de esa emoción que puede sentirse herida por quienes, en desarrollo también de un acto simbólico, profieren expresiones contrarias al símbolo que goza de protección penal, en este caso la bandera».

³⁴ HÖRNLE, T., *Grob anstößiges Verhalten*, pp. 257 ss., 265 s. (crítica completa; la cita en p. 264).

³⁵ Vid. solo CASTIÑEIRA PALOU, M. T., «La protección penal de las banderas de las Comunidades Autónomas. Ultrajes a la bandera y libertad de expresión», en *ADPCP* 1992, pp. 1137 ss.; LAUFFHÜTTE, H. W./KUSCHEL, A., *LK-StGB*, 12.^a ed., 2007, § 90a nm. 11, 22 ss.; SANTANA VEGA, D. M., *CPC* 2009, pp. 43 ss., 52 s.; REBOLLO VARGAS, R., *EPCr* XXXIV (2014), pp. 108 ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (dir.)/Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios CP II*, 7.^a ed., 2016, p. 1758; PAEFFGEN, H.-U., *NK-StGB*, 5.^a ed., 2017, § 90 a nm. 24 ss.; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., *Foro FICP* 2019-3, p. 175; ZÖLLER, M., *SK-StGB*, 9.^a ed., 2019, § 90a nm. 10 s.

³⁶ Por todos y con ulteriores referencias, ALCÁCER GUIRAO, R., «Opiniones constitucionales», en *InDret. Revista para el análisis del Derecho* 1/2018, pp. 29 ss.

utilizadas con la reivindicación laboral que estaban llevando a efecto las personas concentradas», pues este vínculo era más que evidente, como ponen de manifiesto los votos particulares de distintos magistrados del TC³⁷. Me temo que ello aboca a una (nueva) condena a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁸.

V. El art. 543 CP debe derogarse

Para concluir estas resumidas reflexiones, solo me queda decir, con otras muchas voces, que el art. 534 CP³⁹ debe ser suprimidos y carece de sentido en un país como España (y en cualquier otro democrático y pluralista)⁴⁰. Creo, con Cancio Meliá, que «... solo un complejo de

³⁷ Así, aunque no solo, el de la Magistrada Roca Trías: «En el presente caso, las frases proferidas lo fueron contra un símbolo del Estado, por un representante sindical, en un acto de reivindicación laboral en el que se reprochaba a los miembros de las fuerzas armadas su pasividad ante el impago de salarios por parte de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones militares, y sin incitar a la violencia ni provocar alteraciones del orden público», o el del Magistrado Ollero Tassara: «Quede, en todo caso, constancia, de que dudo de que cualquiera de mis compañeros del Tribunal sienta, por nuestra bandera y lo que ella significa, mayor afecto que el mío. Debo sin embargo reconocer que me afecta más, personalmente, la situación de los trabajadores protagonistas de esta sentencia, a los que se niegan los salarios derivados de su cumplida tarea. Habían limpiado a diario una instalación militar, cuya máxima autoridad, en vez de respaldar sus justas reivindicaciones –o mantener al menos una actitud comprensiva– los abronca por su tenaz empeño manifestante, con ocasión del cotidiano izado de la bandera, que preside –a notable altura– su fachada externa hacia una concurrida plaza».

³⁸ No en vano, en la STC 190/2020, el demandante de amparo, el Ministerio Fiscal y los votos particulares de los Magistrados Roca Trías, Xiol Ríos Y Balaguer Callejón, y Conde-Pumpido Tourón, apelan a la doctrina del TSDH y, entre otras, con especial énfasis, a su STDH de 13 de marzo de 2018 (caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*). La STC 190/2020, al hilo de esas invocaciones, cree que, «Sin embargo, hemos de tener en cuenta que, en el caso de autos, aquellas expresiones no fueron dirigidas contra personas que tuvieran relevancia pública o lo fueran en razón de un asunto o cuestión de interés público. No se trataba, por tanto, de una crítica hacia personas que, por su función, están sometidas a un especial escrutinio ciudadano, en el contexto de una concentración antimonárquica y de protesta por la visita de los reyes a una ciudad, como ocurrió en el precitado asunto *Stern Taulats y Roura Capellera* contra España, sino de unas expresiones objetivamente ofensivas hacia un símbolo, la enseña nacional, en un marco reivindicativo completamente ajeno a los valores que la bandera representa».

³⁹ Y también el § 90a StGB. Por su derogación se pronuncian, entre otros, ya el *AE BT Politisches Strafrecht*, 1968, pp. 51, 53; HEFENDEHL, R., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 358 ss. [en «Una teoría social del bien jurídico» (traducción revisada y complementada por Cabrera Guirao, J., sobre la base de una ponencia previa traducida por Remersaro, R./Galán Palermo, P.), en *LH-Luzón Peña* I, 2020, pp. 207 s., se lamenta además de que el StGB comience la parte especial precisamente con Derecho penal simbólico, como el que representan los delitos para la protección del Estado, si bien no menciona expresamente el § 90.^a]; HÖRNLE, T., *Grob anstössiges Verhalten*, p. 266, con ulteriores referencias en n. 55; PAEFFGEN, H.-U., *NK-StGB*, 5.^a ed., 2017, § 90 a nm. 5 (ulteriores referencias en n. 26).

⁴⁰ Entre otros (además de yo mismo: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *EPB*, 2002, p. 1232 s.; *Foro FICP* 2019-3, p. 175); CARBONEL MATEU, J. C./VIVES ANTÓN, T. S., en Vives Antón, T. S. (dir.), *Comentarios CP II*, 1996, p. 2046; REBOLLO VARGAS, R., en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M.,

inferioridad grave puede llevar a sacralizar la bandera y los símbolos de España de tal modo como para criminalizar los “ultrajes”»⁴¹, si bien tal vez resulte exagerado destacar esta dura imputación al referirla a España, pues ya sabemos que tipos similares (y aun con penas más graves) existen en otros países democráticos. Pero ya sabemos también que «mal de muchos...».

Mientras tanto, resultan loables las (unas más plausibles que otras) interpretaciones restrictivas del tipo que se proponen:⁴² exigencia de *animus iniuriandi*, restricción a símbolos en utilización oficial (ambas bastante discutibles en mi opinión), exigencia de cierta trascendencia que supere el principio de insignificancia, capacidad de generar violencia, etc. Yo mismo propuse hace años exigir que la conducta afecte a la normalidad del sistema constitucional de relaciones.⁴³ Pero, por todo lo dicho aquí, ello significa prácticamente lo mismo que predicar la inaplicabilidad de los tipos.

Por cierto que podrían realizarse apreciaciones similares a las aquí expuestas también respecto de otros tipos, como, por ejemplo, el de injurias al Rey y a otras personas cercanas en la Jefatura del Estado y conductas afines, especialmente las del art. 491 CP. Pero también debe-

Comentarios al Código Penal. Parte Especial, tomo II, Marcial Pons, 2004, p. 2507; *EPCr XXXIV* (2014), pp. 103, 107; PORTERO HENARES, M., en: Arroyo Zapatero, L./Berdugo Gómez De La Torre, I./Ferré Olivé, J. C./García Rivas, N./Serrano Piedecabras, J. R./Terradillos Basoco, J. M. (dirs.)/Nieto Martín, A./Pérez Cepeda, A. I. (coords.), *Comentarios al Código Penal*, iustel, 2007, p. 1057; SANTANA VEGA, D. M., *CPC 2009*, pp. 40, 44, 52, 54 y *passim*; LLABRÉS FUSTER, A., en GÓMEZ TOMILLO, M./JAVATO MARTÍN, A. M., *Comentarios Prácticos CP VI*, 2015, pp. 381, 383; TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (dir.)/Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios CP II*, 7.^a ed., 2016, p. 1756; RUEDA MARTÍN, M. Á., en Romeo Casabona; C. M./Sola Reche, E./Boldova Pasamar, M. Á. (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, 2016, p. 792; GARCÍA RIVÁS, N., en Terradillos Basoco, J. M. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, *Derecho Penal. Parte Especial*, volumen II, 2.^a ed., iustel, 2016, pp. 314 s.; Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, 2019, p. 32; *Comunicado del GEPC en materia de delitos de expresión*, 17-02-2021 (<https://www.politicacriminal.es/documentos/comunicados/comunicado-del-gepc-en-materia-de-delitos-de-expresion>); CUERDA ARNAU, M. L., en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, 2019, pp. 772 s.; LAMARCA PÉREZ, C., en Lamarca Pérez (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 4.^a ed., Dykinson, 2019, p. 997; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.^a ed., 2019, p. 780; DEL ROSAL BLASCO, B., en Morillas Cueva, L. (dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 3.^a ed., 2020, p. 1474 (aparentemente); JUDEL PRIETO, Á., en Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir. y coord.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II, 8.^a ed., Civitas/Thomson Reuters, 2020, p. 813; CANCIO MELIÁ, M., «Crimen y palabra», en *Iustel Diario del Derecho* 15-02-2021.

⁴¹ CANCIO MELIÁ, M., *Iustel DD* 15 de febrero de 2021.

⁴² *Vid.* ya, respecto del art. 123 del anterior CP, CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *ADPCP* 1992, pp. 1133 ss. También, entre otros, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *EPCr XXIII* (2002), p. 225 y *passim*; TAMARIT SUMALLA, J. M., en Quintero Olivares, G. (dir.)/Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios CP II*, 7.^a ed., 2016, p. 1756.

⁴³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *EPB*, 2002, p. 1232 (en el mismo trabajo abordaba otras posibles restricciones).

ría reflexionarse sobre la extensión que se ha dado a delitos «mejor vistos» desde posturas que se dicen también pluralistas y defensoras de la libertad de expresión, como algunos de los llamados de «odio» (antes, de discriminación), como los tipificados en el art. 510 CP⁴⁴. Ha de quedar ello para otra ocasión⁴⁵.

⁴⁴ Vid. mi breve aproximación crítica en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. M., *Foro FICP 2019-3*, pp. 167 ss.

⁴⁵ Con especial referencia a la situación española y alemana y con ulteriores referencias, por todos, recientemente en España, ROIG TORRES, M., *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, 2020.

LA AGRAVACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL POR SER O HABER SIDO EL AUTOR ESPOSO O PAREJA DE LA VÍCTIMA¹

PATRICIA FARALDO CABANA.

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

I. Introducción

El art. 46 del 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 (en adelante, Convenio de Estambul), dispone que «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio: a) Que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad...». Entre los delitos previstos en el Convenio

¹ Este artículo se ha escrito en el marco de los proyectos Prometeo 2018/111 (Claves de la Justicia Civil y Penal en el sociedad del miedo), de la Generalitat Valenciana; «Política criminal y reforma penal en una sociedad en transformación» (DER2017-82390-R), del Ministerio de Economía y Competitividad; y de la Ayuda para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia, modalidad de grupos de referencia competitiva (ED431C 2019/18), financiada por las Consellerías de Educación, Universidad y Formación Profesional y de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia.

se encuentran la violación y otras formas de violencia sexual. En España, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual no recogen en la actualidad una circunstancia agravante específica cuando el autor es pareja o expareja de la víctima. Lo que existe es una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que permite «atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente» (art. 23 del Código Penal, en adelante CP). También hay una circunstancia agravante genérica que agrava la pena de cualquier delito cuando se comete por motivos discriminatorios relacionados, entre otros, con razones de género (art. 22.4 CP).

La aplicación de una circunstancia agravante a la pareja o expareja de la víctima en los delitos contra la libertad sexual ha suscitado cierto debate doctrinal tras la aprobación de un anteproyecto de ley de garantía de la libertad sexual por el Consejo de Ministros en marzo de 2020. Este anteproyecto, que propone una modificación sustancial de los delitos contra la libertad sexual, incluye una circunstancia de agravación específica en el art. 180 CP, del siguiente tenor: «Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a seis años para las agresiones del art. 178.1 y de siete a doce años para las del artículo 179 cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: ... 4.^a Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia». Si concurre con otra u otras circunstancias del mismo artículo, las penas respectivamente previstas se impondrán en su mitad superior, pudiendo llegarse a mitad inferior de la pena superior en grado. Esa agravación específica solo se aplica cuando la víctima sea la mujer pareja o expareja, excluyendo los casos en que sea el hombre, lo que se justifica sobre la base de que la agravación responde a razones de género. Además, a semejanza de la circunstancia mixta de parentesco, pero a diferencia de la agravante específica prevista para ascendientes, descendientes y hermanos en los delitos sexuales, no se exige que medie prevalimiento alguno.

Esta previsión choca con la postura tradicional de ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia españolas, que han entendido que la condición de pareja o expareja de la víctima debería o bien ser irrelevante, o bien atenuar la responsabilidad penal del autor, en lugar de

agravarla, e incluso convertir la conducta en penalmente atípica, al menos a los efectos del delito de violación². Para entender sea la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco como agravante, sea la de una agravante específica en los delitos sexuales, es necesario, en primer lugar, analizar cuál ha sido históricamente la reacción penal ante los delitos sexuales cometidos por el esposo contra la mujer, y, en segundo lugar, cuál es la posible justificación de una reacción penal agravada en estos casos, cuando lo tradicional ha sido quitarles importancia. Para delimitar el campo de estudio, nos centraremos en el delito de violación o agresión sexual cualificada por el acceso carnal cometido contra mujeres de 16 o más años. El tema es interesante no solo por la posibilidad de una reforma sustancial de los delitos contra la libertad sexual en esta legislatura, sino también porque la violación y otras formas de violencia sexual por parte de la pareja o expareja constituyen una realidad que, en buena medida, sigue permaneciendo oculta y, por tanto, impune. Empecemos por ahí.

II. Los datos sobre violación y violencia sexual por parte de la pareja o expareja

Frente a la creencia habitual de que los delitos contra la libertad sexual se cometen casi exclusivamente por desconocidos, los datos disponibles ponen de manifiesto que un porcentaje relevante de ellos son cometidos por las parejas y exparejas de las víctimas³, y en particular

² Estos sectores no están solos en sus propuestas. En otros países de nuestro entorno, como Alemania, Inglaterra o los Estados Unidos, la llamada «excepción marital», con efecto de total o parcial exoneración de la responsabilidad criminal, ha existido hasta entrado el siglo XXI. Vid., LITTLE, N. J., «From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law», en *Vanderbilt Law Review*, 58(4), 2019, pp. 1321-1364, 1328. Sobre su justificación en la tradición legal anglo-americana, Vid., WEINTRAUB SIEGEL, L., «The Marital Rape Exception: Evolution to Extinction», en *Cleveland State Law Review*, 43, 1995, pp. 351-380, 354 ss.

³ Vid., BASILE, L., «Prevalence of wife rape and other intimate partner sexual coercion in a nationally representative sample of women», en *Violence and Victims*, 17(5), 2002, pp. 511-524; KOSS, M. P./COOK, S. L., «More data have accumulated supporting date and acquaintance rape as significant problems for women», en Gelles, R. J./Loseke, D. R. (eds.), *Current controversies on family violence*, Sage, 2004, pp. 104-119; FISHER, B. S./CULLEN, F. T./DAIGLE, L. E., «The discovery of acquaintance rape: The salience of methodological innovation and rigor», en *Journal of Interpersonal Violence*, 20(4), 2005, pp. 493-500; BAGWELL-GRAY, M. E./MESSING, J. T./BALDWIN-WHITE, A., «Intimate partner sexual violence: A review of terms, definitions, and prevalence», en *Trauma, Violence & Abuse*, 16(3), 2015, pp. 316-335. Vid., también ONU: *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General*, 2006, pp. 43-44, disponible en la página web <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10742.pdf>.

por los maridos⁴. Según los datos ofrecidos por la Organización Mundial de la Salud en 2002, en algunos países, casi una de cada cuatro mujeres señalaba haber sido víctima de violencia sexual por parte de su pareja⁵. En España, Medina Ariza/ Barberet informaron de una tasa de violencia sexual grave en la pareja del 4,7% en su estudio de 2003⁶, mientras que Ruiz-Pérez *et al.* elevaron esa prevalencia al 8,9% en 2006⁷. Recientemente, en la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019, se encontró que el 8,9% de las mujeres residentes en España de 16 o más años decía haber sufrido violencia sexual⁸ de alguna pareja o expareja en algún momento de su vida⁹, siendo la situación que se ha dado más frecuentemente la de que la pareja la haya obligado a mantener relaciones sexuales cuando la mujer entrevistada no quería (6,7% de las mujeres que han tenido pareja). Extrapolando esta cifra a la población, se estima allí que 1.535.941 mujeres residentes en España de 16 o más años han sido violadas en algún momento de sus vidas por su pareja o expareja. Y la mayoría de ellas, el 88,8%, lo ha sido más de una vez. En lo que se refiere a datos policiales, el estudio sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales del Ministerio del Interior

⁴ BASILE, L.: «Prevalence», cit., pp. 512 y 519.

⁵ OMS: *Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen*, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2002, p. 21, disponible en la página web https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf.

⁶ Cfr. MEDINA ARIZA, J./ BARBERET, R., «Intimate partner violence in Spain. Findings from a national survey», en *Violence Against Women*, 9(3), 2003, pp. 302-322, 310.

⁷ Cfr. RUIZ-PÉREZ, I., *et al.*, «Sociodemographic associations of physical, emotional, and sexual intimate partner violence in Spanish women», en *Annals of Epidemiology*, 16(5), 2006, pp. 357-363, 360.

⁸ Se considera que la mujer encuestada ha sufrido violencia sexual si responde afirmativamente a alguna de estas preguntas:

«1. La ha obligado a mantener relaciones sexuales amenazándole, sujetándola o haciéndole daño de alguna manera. Por relaciones sexuales queremos decir penetración vaginal o anal con pene u objetos, o sexo oral.

2. Le ha hecho mantener relaciones sexuales cuando era incapaz de rechazarlas debido a que usted estaba bajo la influencia del alcohol o las drogas.

3. Ha mantenido relaciones sexuales sin desearlo porque tenía miedo de lo que le podría hacer si se negaba.

4. La ha obligado a mantener relaciones sexuales cuando Ud. no quería.

5. Ha intentado obligarla a tener relaciones sexuales contra su voluntad sin conseguirlo.

6. Le ha tocado a Ud. sus partes íntimas –genitales o pecho– o le ha realizado algún otro tipo de tocamiento de tipo sexual cuando usted no quería.

7. Le ha hecho alguna vez tocarle sus partes íntimas –genitales o pecho– o la ha obligado a realizarle algún otro tipo de tocamiento de tipo sexual cuando usted no quería.

8. La ha obligado a realizar alguna otra práctica de tipo sexual que yo no le haya mencionado ya».

⁹ Disponible en la página web <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>, p. 25

indica que, en 2018, el 4,3% de las victimizaciones registradas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual proceden de la pareja o expareja, incluyendo el vínculo matrimonial¹⁰.

Por tanto, la elevada tasa de prevalencia de estos casos es innegable, incluso teniendo en cuenta que es muy posible que un alto número de supuestos no lleguen a conocimiento de los órganos encargados de la persecución penal. Se reconoce en la doctrina que las mujeres que sufren violencia dentro de sus relaciones de pareja suelen estar expuestas a más de una forma de agresión. La sexual es la más difícil de detectar, pues se combinan varios factores que contribuyen a su impunidad: por un lado, las propias víctimas no son conscientes, en ocasiones, de que no existe un débito conyugal, por lo que el marido no tiene derecho a imponer una relación sexual que ella no consiente¹¹; por otro, el ámbito íntimo en el que se comete el delito no solo dificulta su detección, por las características del lugar de comisión y sus circunstancias, sino que está acompañado de un tabú tradicional que dificulta a terceros inmiscuirse en lo que se consideran asuntos privados de la pareja, cuanto más porque se refieren a su vida sexual¹²; en tercer lugar, los mismos factores que inhiben la denuncia de los delitos de malos tratos relacionados con la violencia de género operan en estos casos, por lo que muchos de estos hechos no llegan a conocimiento de la policía¹³. Por últi-

¹⁰ AA. VV., *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España 2018*, Ministerio del Interior, 2019, p. 19, disponible en la página web <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/INFORME+DELITOS+CONTRA+LA+LIBERTAD+E+INDEMNIDAD+SEXUAL+2018.pdf/72779215-38b4-4bb3-bb45-d03029739f5c>.

¹¹ Cfr. BASILE, L., «Prevalence», cit., pp. 511-512. Sobre la mayor atribución de culpa a la víctima en los casos de violación por la pareja o expareja que en la cometida por extraños, *vid.*, KRAHÉ, B./TEMKIN, J./BIENECK, S., «Schema-driven information processing in judgements about rape», en *Applied Cognitive Psychology*, 21(5), 2007, pp. 601-619, 609-610; VIKI, G. T./ABRAMS, D./MASSER, B., «Evaluating stranger and acquaintance rape: The role of benevolent sexism in perpetrator blame and recommended sentence length», en *Law and Human Behavior*, 28(3), 2004, pp. 295-303.

¹² Desarrolla este aspecto con detalle BAURMANN, C., «Sexuelle Gewalttätigkeit in der Ehe», en Barsch, W., et al. (Hrsg.): *Gewalt an Frauen – Gewalt in der Familie*, Müller, 1990, pp. 37-47, 40-45.

¹³ Los estudios muestran una gran distancia entre los datos de prevalencia de la violencia sexual en la pareja y las denuncias interpuestas. Cfr. los números de MEDINA ARIZA, J./BARBERET, R., «Intimate partner violence», cit., pp. 302-322; FUERTES, A./RAMOS, M./MARTÍNEZ, J. L./LÓPEZ, D./TABERNEIRO, C., «Prevalencia y factores de vulnerabilidad y protección de la victimización sexual en las relaciones con los iguales en las mujeres universitarias españolas», en *Child Abuse & Neglect*, 30, 2006, pp. 799-814; RUIZ PÉREZ, I., et al., «Sociodemographic associations», cit., pp. 357-363; MUÑOZ RIVAS, M. J./GRAÑA, J. L./O'LEARY, K. D./GONZÁLEZ, M. P., «Prevalence and predictors of sexual aggression in dating relationships of adolescents and young adults», en *Psicothema*, 21(2), 2009, pp. 234-240, y los ofrecidos por el Instituto de la Mujer: *Violencia sexual y tráfico de seres humanos*, Instituto de la Mujer, 2010. Sobre las razones para no denunciar, *Vid.*, POKHAREL, B./HEGADOREN, K./PAPATHANASSOGLU, E., «Factors influencing silencing of women who experience intimate partner violence: An integrative review», en *Aggression and Violent Be-*

mo, incluso habiendo denuncia, la prueba resulta particularmente difícil cuando entre víctima y autor han existido relaciones sexuales consentidas previamente¹⁴, lo que da lugar a un alto número de sobreseimientos y sentencias absolutorias.

A esta preocupante situación se añade que todavía un porcentaje importante de la ciudadanía europea considera que forzar a la pareja a mantener relaciones sexuales no debería ser ilícito (11 %) ¹⁵. En España, el 19,3% de las personas encuestadas afirmó que esa conducta es inaceptable, pero que no siempre debería estar castigada por la ley, con un 2,3% que entiende que es aceptable en algunas circunstancias ¹⁶.

III. La violación de la propia esposa: entre la irrelevancia y el castigo

Los códigos penales españoles, a diferencia de otros de nuestro entorno¹⁷, no han hecho nunca referencia expresa a la violación de la propia esposa en los delitos sexuales. Analizando las opiniones doctri-

havior, 52(May-June), 2020, pp. 1-9. En España, *vid.*, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género: *Sobre la Inhibición a Denunciar de las Víctimas de Violencia de Género*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015, disponible en la página web http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/estudiosinvestigaciones/PDFS/Inhibicion_Denunciar_VictimasVG.pdf.

¹⁴ Aluden a ello ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 68; o POLAINO-ORTS, M., «Sobre el injusto de la violación en la pareja», en *Cuadernos de Política Criminal*, 87, 2005, pp. 93-132, 107. Algún autor, como MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21.ª ed. Tirant lo Blanch, 2017, p. 194, vincula la dificultad probatoria con las denuncias falsas.

¹⁵ Ese porcentaje llega al 31 % en Lituania, 24 % en la República Checa, 21 % en Italia, Letonia y Eslovaquia y 20 % en Rumanía. En España, se sitúa en el 11 %, en la media europea. Cfr. European Commission: *Special Eurobarometer 449. Gender-based Violence*, 2016, p. 44, disponible en la página web <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/SPECIAL/surveyKy/2115>.

¹⁶ Delegación del Gobierno para la Violencia de Género: *Percepción social de la violencia sexual*, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2018, p. 83, disponible en la página web https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/estudio/Libro25_Violencia_Sexual.htm.

¹⁷ Como el alemán, que hasta 1997 requería para la punición de la violación que la conducta se realizara «fuera del matrimonio» (§ 177). La misma conducta realizada dentro del matrimonio se castigaba como delito de coacción sexual (*sexuelle Nötigung*), con pena inferior. En una línea similar, *vid.*, los arts. 187 y 190 del Código penal suizo, en la versión anterior a la reforma de 1992, o los §§ 201.1 y 203 del austríaco, en la versión anterior a la reforma de 1989, que limitaban la violación a los hechos ocurridos fuera del matrimonio y contemplaban una atenuación en caso de ser el autor esposo o pareja de hecho de la víctima. Los países nórdicos, que también excluían de la violación los hechos realizados dentro del matrimonio, eliminaron esa distinción mucho antes. Así, Dinamarca llevó a cabo la reforma en 1960 y Suecia lo hizo en 1965. En Inglaterra y País de Gales la jurisprudencia cambió en 1991. Hasta entonces, el marido no podía ser condenado por violar a su esposa. Esta doctrina, conocida como «marital exception», también se aplicó en los

nales, se puede comprobar que el castigo, o no, de la violación de la esposa se relacionaba, por una parte, con lo que se entendió en cada momento que es el bien jurídico protegido en los delitos sexuales y, por otra, con la moral sexual de la época, en particular en lo relativo al entendimiento del llamado «débito conyugal».

Los delitos contra la libertad sexual adoptaron esa rúbrica en fechas bastante recientes. La anterior, «De los delitos contra la honestidad», se utilizó por primera vez en el Código Penal de 1848 y se mantuvo hasta 1989. La rúbrica es un elemento importante, por no decir decisivo, a la hora de determinar si corresponde castigar la violación de la propia esposa o no. Bajo la rúbrica «de los delitos contra la honestidad», la doctrina mayoritaria se manifestaba a favor de la honestidad como bien jurídico protegido, si bien en ocasiones en conjunción con una pluralidad de derechos asimismo afectados por estos delitos¹⁸. Algunas posiciones son sorprendentes por lo moderno, y al mismo tiempo, arcaico de sus propuestas. Así, defendía Groizard que lo que se ve afectado es «el derecho de la mujer a su libertad y a la posesión de su honestidad, y el derecho familiar, personificado en el marido», a los que se suma un derecho «social» cuando el delito se consuma «con escándalo y daño del pudor público», pero critica la rúbrica «Delitos contra la honestidad» por entender que más bien estamos ante delitos contra las personas¹⁹, posición que, coherentemente, le llevaba a estimar que la violación de una prostituta debe castigarse exactamente igual que la de cualquier otra mujer, dado que «no es la honestidad pública el derecho lesionado y protegido, sino el derecho personal, la libertad de elegir ó de aceptar»²⁰. Sin embargo, esa misma coherencia le llevaba a posicionarse en contra de la condena del esposo por la violación de su mujer, sobre la base de que «la mujer casada cuenta entre sus deberes, como

Estados Unidos hasta mediados de los años 70, fecha a partir de la cual se inició un movimiento de reforma que llevó a la desaparición de la exención completa veinte años después.

¹⁸ De atentado contra la honestidad y contra las personas habla PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado. Tomo III, 2.ª ed.* Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, 1856, p. 121, mientras que VIZMANOS, T. M. DE/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al Código penal.* Tomo II, Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, 1848, p. 373, hablan de atentado contra la honestidad y contra la seguridad pública.

¹⁹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado.* Tomo V, Esteban-Hermanos, Impresores, 1893, p. 64. Coincide en ello con PACHECO, J. F., *El Código Penal*, III, cit., p. 121, quien refuerza la idea de que es un atentado contra las personas con el argumento de que no se tiene en cuenta «el estado de la mujer sobre que recae; que lo mismo se pena al que viola una casada, que a una soltera, que a una virgen». Sin embargo, más adelante afirma que en el caso de la prostituta, la presunción de que no existe consentimiento cuando se yace con ella privada de sentido o aletargada decae, ya que, al contrario, la voluntad de las mujeres que reciben por oficio y por precio a los hombres es no contrariarlos, rechazándolos (p. 94).

²⁰ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870*, V, cit., pp. 85-86.

primero, el de no negarse á la realización de los fines del matrimonio»²¹. El débito conyugal, pilar esencial del concepto canónico del matrimonio, se configura como un derecho-deber a tener relaciones sexuales²² que permitía plantear la aplicación de la eximente completa o incompleta de ejercicio de un derecho²³. A este argumento se añadía, para los defensores del bien jurídico honestidad, el de que la conducta de imponer con violencia el acto sexual a la propia esposa no vulneraría su honestidad, de manera que no cabría afirmar la comisión del delito por falta de afectación del bien jurídico protegido²⁴, aunque eventualmente se pudiera castigar por otro delito, como las coacciones²⁵, las amenazas condicionales²⁶, la realización arbitraria del propio derecho²⁷ o las lesiones. Sobre esta cuestión, de hecho, había un notable acuerdo doctrinal²⁸.

La LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, cambió la rúbrica del Título IX, «delitos contra la honestidad», por

²¹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870*, V, cit., p. 85.

²² Vid., al respecto, ampliamente, POLAINO-ORTS, M.: «Sobre el injusto», cit., pp. 113-117.

²³ Así, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ en BAJO FERNÁNDEZ, M./DÍAZ MAROTO, J.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, 2.ª ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 214; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, vol. 2, 14.ª ed. Bosch, 1975, pp. 587 ss., quien puntualizaba que la violación solo existía cuando la mujer tenía derecho a rehusar realizar el coito, fuera porque el marido tenía una enfermedad venérea, fuera porque intentara llevarlo a cabo en paraje público o en presencia de otras personas; ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, Universidad de Valencia, 1981, p. 31; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed., Valladolid, 1969, p. 165; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de Derecho penal. Vol. II. Parte especial*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 229 ss. En contra, sin embargo, ya GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español*, Universidad de Granada, 1982, pp. 424 ss., para quien el débito conyugal no era sino una de las obligaciones y derechos derivados del contrato matrimonial, que no daría al cónyuge afectado por la negativa de su pareja a mantener relaciones sexuales el derecho a imponerse por la fuerza, pero sí a acudir a un proceso de separación o divorcio. También en contra, Díez RIPOLLÉS, J. L., «La reforma del Derecho Penal Sexual y la Propuesta de 1983», en *Documentación Jurídica*, Vol. 1, enero-diciembre, 1983, p. 473; OLMEDO CARDENETE, M., «Matrimonio y libertad sexual (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de enero de 1997)», en *La Ley*, 1998-1, pp. 1870-1878, 1873; ORTS BERENGUER, E.: *Delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 68; SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, 1995, p. 288.

²⁴ En esta línea, Gimbernat Ordeig, E.: «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria», en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios penales*, 3.ª ed. Tecnos, 1990, pp. 287 y ss., en especial p. 305.

²⁵ En este sentido, por ej., HIGUERA GUIMERA, J. F., *El delito de coacciones*, Bosch, 1978, p. 297.

²⁶ Así, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed. Universidad de Sevilla, 1976, p. 323.

²⁷ Así, GONZÁLEZ RUS, J. J.: *La violación*, cit., pp. 424 ss.

²⁸ Sobre debates ya superados relacionados con el alcance del denominado débito conyugal, véase Díez RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Arts. 178-183», en Díez Ripollés, J. L./Romeo Casabona, C. M. (Coords.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 257-259; del mismo autor: *La protección de la libertad sexual*, Bosch, 1985, pp. 55-57.

«delitos contra la libertad sexual»²⁹. Este cambio se consideró expresión de un cambio más profundo que afectaba al bien jurídico protegido, como indicaba el propio Preámbulo de la LO 3/1989. En la doctrina se apuntaba que «la titulación elegida resulta preferible con mucho a la desaparecida, pues da mejor cuenta de buena parte del contenido que preside, al comprender lo más importante, a la vez que suprime la carga de moralidad que portaba la antigua, absolutamente indeseable en estos parajes»³⁰, dejando claro que puede castigarse la violación entre cónyuges³¹. El reconocimiento, además, de la igualdad de derechos y deberes entre cónyuges supuso la desaparición del argumento relativo al débito conyugal.

El abandono de la honestidad como bien jurídico y su sustitución por la libertad sexual permitió iniciar el desmontaje de las interpretaciones de la violación en el matrimonio que asignaban roles sociales de género desiguales y discriminatorios para la mujer. Ahora bien, el análisis de la jurisprudencia y la doctrina demuestra que el proceso de superación de la idea de que la mujer casada está obligada a prestar servicios sexuales al marido ha sido lento y laborioso³², sin que se pueda decir que ha concluido. Un sector doctrinal y jurisprudencial ha seguido sosteniendo que la agresión sexual en el ámbito de la relación de pareja, presente o pasada, debería resolverse con una atenuación, sobre la base de que en la conducta del autor hay que apreciar un menor reproche y de que las consecuencias del delito para la víctima son, por lo general, de menor gravedad³³. Por su parte, muy pocos han defendido

²⁹ También se efectuaron cambios similares en otras rúbricas. Así, el capítulo VIII del Título VII, «De los abusos contra la honestidad», pasa a denominarse «De las limitaciones a la libertad sexual».

³⁰ BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, 1989, p. 136.

³¹ Cfr. RUIZ VADILLO, E., «Algunas consideraciones sobre el delito de violación tras la reforma de 1989, desde los aspectos sustantivo y procesal, especialmente conforme a la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo», en *Actualidad Penal*, 1990-2, margs. 439-453, 442.

³² Como señalan, entre otros, ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 27 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género», en Hurtado Pozo, J. (Ed.): *Derecho penal y discriminación de la mujer*, Pontificia Universidad Católica del Perú/ Universidad de Friburgo, 2001, pp. 83-100, 86 ss.; SAN MAERTÍN LARRINOVA, M. B., «La violación en el matrimonio», en *Cuadernos de Política Criminal*, 62, 1997, pp. 499-505, 504.

³³ En este sentido, MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., «Delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995. Planteamiento general», en AA. VV., *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. VII*, Ministerio de Justicia, 1997, p. 487. *Vid.*, también la SAP de Barcelona, Secc. 3.ª, de 31 de enero de 1997 (ARP 1997\52), con comentario de OLMEDO CARDENETE, M., «Matrimonio y libertad sexual», *cit.*, pp. 1870-1878.

que estemos ante un supuesto que merece una consideración agravada³⁴. Analizaremos estas posiciones en el siguiente apartado.

IV. Justificación de la violación de la pareja o expareja como supuesto agravado

1. ¿Es más grave la violación de la pareja o expareja que la de otra persona?

Para algunos autores, hay diferencias cualitativas entre la violación de la pareja y la de otra persona, diferencias que la hacen menos grave. Ello se pretende apoyar en que la víctima no sufre tanto como cuando es agredida por un extraño³⁵. En esta línea, señala Díez Ripollés³⁶ que «no cabe excluir que la víctima lo experimente como menos lesivo contra su libertad sexual. Pensemos en acciones sorpresivas o para las que no consta el consentimiento que sean de escasa entidad y ocasionales, como besos o tocamientos fugaces. Incluso alguna acción sexual de cierta entidad ya realizada en otras ocasiones sobre la pareja privada temporalmente de sentido sin que entonces haya manifestado su oposición al conocerla. Se podrá aceptar, desde luego, que si no hay

³⁴ En esta línea, cfr. CARMONA SALGADO, C., «Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho», en AA. VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, 1999, pp. 665-674, 672-673; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed. Bosch, 1996, p. 139.

³⁵ Se trata de una idea muy extendida, que se relaciona directamente con el apoyo a modelos tradicionales de distribución de roles y lleva a minimizar los efectos de esta forma de violación, dando lugar a un menor nivel de rechazo del que suscita la violación entre extraños. Vid., entre otros, los estudios sobre percepción social de la violación realizados por SIMONSON, K./SUBLICH, L. M., «Rape perceptions as a function of gender-role traditionality and victim-perpetrator association», en *Sex Roles*, 40(7/8), 1999, pp. 617-634; MONSON, C. M./LANGHINRICHSEN-ROHLING, J./BINDERUP, T., «Does «no» really mean «no» after you say «yes»? Attributions about date and marital rape», en *Journal of Interpersonal Violence*, 15(11), 2000, pp. 1156-1174; AUSTER, C. J./LEONE, J. M., «Late adolescents perspective on marital rape: The impact of gender and fraternity/ sorority membership», en *Adolescence*, 36(141), 2001, pp. 141-152; FRESE, B./MOYA, M./MEGIAS, J. L., «Social perception of rape: How rape myth acceptance modulates the influence of situational factors», en *Journal of Interpersonal Violence*, 19(2), 2004, pp. 143-161; BEN-DAVID, S./SCHNEIDER, O., «Rape perceptions, gender role attitudes, and victim-perpetrator acquaintance», en *Sex Roles*, 53(5), 2005, pp. 385-399. Es, además, una de las modernas justificaciones de la excepción marital. Vid., SCHWARTZ, M. D., «The Spousal Exception for Criminal Rape Prosecution», en *Vermont Law Review*, 7(1), 1982, pp. 33-57, 42-46; WEINTRAUB SIEGEL, L., «The Marital Rape Exemption», cit., pp. 358-359; WATERMAN, S. F., «For Better or For Worse: Marital Rape», en *Northern Kentucky Law Review*, 15(3), 1988, pp. 611-643, 617-619; TIERNEY, A. A., «Spousal Sexual Assault, Pennsylvania's Place on the Sliding Scale of Protection from Marital Rape», en *Dickson Law Review*, 90, 1986, pp. 777-797, 778-780.

³⁶ Díez Ripollés, J. L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019, pp. 1-29, 19-20.

consentimiento, al menos presunto, la conducta merece ser tratada igual que la realizada fuera de la pareja. Pero aquí estamos hablando de apreciar una agravación en todos estos casos, algo que parece fuera de lugar». Ahora bien, si no cabe excluir que la víctima interprete el ataque a su libertad sexual por su pareja o expareja como menos lesivo, tampoco cabe excluir que lo haga como más lesivo. Y, en cualquier caso, ¿desde cuándo una agravación depende de cómo interprete la víctima el ataque, una vez comprobado que se ha producido en contra de su voluntad? En realidad, parte Díez Ripollés, como otros autores españoles y extranjeros³⁷, de que la violación de la pareja o expareja es de menor gravedad simplemente porque entre las partes ya han existido o siguen manteniéndose relaciones sexuales habituales y consentidas, cuando precisamente la relación de pareja, actual o pasada, es el factor que agrava el trauma causado por la experiencia vivida³⁸. Sin olvidar que uno de los aspectos más perturbadores de la violación por parte de la pareja es que la víctima convive con el miedo a una reiteración de los hechos³⁹. El impacto de la violación en estos casos depende, como en los demás, de la frecuencia, gravedad y tipo de violencia o intimidación empleado, así como del tipo de acto sexual al que se fuerza a la víctima y de las circunstancias en que se produce la agresión⁴⁰. Las secuelas psicológicas están bien documentadas en la doctrina⁴¹, que señala el aumento de los niveles de depresión, síndrome de estrés postraumático, baja autoestima y rechazo hacia los hombres y el

³⁷ Cfr. WILLIAMS, G., «Rape is Rape», en *New Law Journal*, 142, 1992, pp. 11 ss.; HILF, M. G., «Marital Privacy and Spousal Rape», en *New England Law Review*, 16(1), 1980, pp. 31-44, 41; WOOD, P. L., «The Victim», en *American Criminal Law Review*, 11, 1973, pp. 335-354, 347-348. Vid., sin embargo, en contra, RUSSELL, D. E. H., *Rape in Marriage*, Macmillan, 1982, p. 198; o FINKELHOR, D./YLLO, K., *License to Rape: Sexual Abuse of Wives*, Holt, Rinehart and Winston, 1985, p. 118, citando los testimonios de víctimas de violación en el matrimonio que describen el profundo daño sufrido. En España, CARMONA SALGADO, C., «Problemática actual», cit., p. 672.

³⁸ Vid., ADAMO, S. A., «The injustice of the marital rape exemption: A survey of common law countries», en *American University International Law Review*, 4(3), 1989, pp. 555-589, 555-556.

³⁹ Como señala WEINTRAUB SIEGEL, L., «The Marital Rape Exemption», cit., p. 359.

⁴⁰ Cfr. BENNICÉ, J. A. et al., «The relative effects of intimate partner physical and sexual violence on Posttraumatic Stress Disorder symptomatology», en *Violence and Victims*, 18(1), 2003, pp. 87-94. Por ej., la violación que se produce durante la convalecencia por una operación quirúrgica o un parto impacta fuertemente en la salud e integridad física de la víctima. BENNICÉ, J. A./RESICK, P. A., «Marital rape: History, research, and practice», en *Trauma, Violence, and Abuse*, 4(3), 2003, pp. 228-246.

⁴¹ Cfr. MCFARLANE, J., et al., «Intimate partner sexual assault against women: Frequency, health consequences, and treatment outcomes», en *Obstetrics and Gynecology*, 105(1), 2005, pp. 99-108; TEMPLE, J. R./WESTON, R./RODRIGUEZ, B. F., «Differing Effects of Partner and Nonpartner Sexual Assault on Women's Mental Health», en *Violence Against Women*, 13(3), 2007, pp. 285-297.

sexo. Las secuelas físicas dependen del grado de violencia o fuerza empleado, pero hay que tener en cuenta que en buena parte de los casos las mujeres violadas por su pareja o expareja son también víctimas de malos tratos habituales. En cualquier caso, los síntomas físicos que manifiestan son más graves que los señalados por las víctimas solo de malos tratos físicos.

En la doctrina se ha justificado la mayor gravedad de la violación en el matrimonio y la pareja de hecho sobre la base de que en estos ámbitos existe una especial relación de confianza entre los cónyuges o una estrecha comunidad de vida, cuya existencia no podría obviarse a la hora de determinar el contenido material de la antijuridicidad, pues genera una situación en la que la agresión contra la libertad sexual adquiere mayor gravedad por provenir de quien ha asumido un compromiso de apoyo mutuo y de confianza con su víctima⁴². Siendo una propuesta interesante, tiene el defecto de que no puede extenderse a los supuestos de ruptura del matrimonio o de la relación de pareja. En mi opinión, el fundamento de la agravación aplicable al varón pareja o expareja de la víctima tiene que ver con el género, sí, pero ello no debe suponer la exigencia de que se compruebe «una efectiva dominación de género». Que la violación de la pareja o expareja constituye una forma de «terrorismo patriarcal», una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, no es objeto de duda en la doctrina internacional⁴³. Es aplicable, por tanto, exactamente el mismo fundamento de agravación que en los delitos relacionados con la violencia de género expresamente recogidos en el Código Penal (malos tratos, malos tratos habituales, amenazas leves, coacciones leves). En ellos, como indicó el Tribunal Constitucional, no se presume una mayor antijuridicidad de la conducta ni de la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas cometidas en el ámbito de la relación de pareja en relación con las mismas conductas fuera de ese marco. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir del significado objetivo de la conducta como reproducción de un arrai-

⁴² En esta línea, CANCIO MELIÁ, M., «Las infracciones de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en Derecho penal peruano. Algunas consideraciones de política criminal y de Derecho comparado», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 7-8, 2002, pp. 175-207, 181. *Vid.*, las objeciones que formula POLAINO-ORTS, M., «Sobre el injusto», *cit.*, pp. 123-124.

⁴³ Ya desde JOHNSON, M. P., «Patriarchal terrorism and common couple violence: Two forms of violence against women», en *Journal of Marriage and the Family*, 57(2), 1995, pp. 283-294.

gado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja, que se inserta en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.

Objeta también Díez Ripollés⁴⁴ que «el hecho ya mencionado, es decir, que el mantenimiento de relaciones sexuales es una de las interacciones en principio habitual en una pareja obliga a ser cuidadosos a la hora de graduar la gravedad del comportamiento no consentido realizado. Ante todo porque, a medida que se desciende en la gravedad del atentado a la libertad, sin olvidar tampoco la entidad del comportamiento sexual ni su carácter ocasional o reiterado, puede ser que el comportamiento pierda incluso su carácter contrario a la libertad sexual, pues se pueda contar con un consentimiento presunto». Como cabe observar, el primer argumento tiene que ver con la equivocidad derivada del hecho de que entre las partes haya habido relaciones sexuales habituales y consentidas, lo que «obliga a ser cuidadosos a la hora de graduar el comportamiento no consentido realizado». Es evidente que habrá que graduar el comportamiento de acuerdo con los tipos penales previstos en el Código Penal, que permiten recoger desde ataques muy graves contra la libertad sexual (penetración) a otros más leves (tocamientos, besos). Cuestión distinta es que, en determinadas situaciones (fundamentalmente, actos sexuales realizados sin dar a la pareja la oportunidad de manifestar su opinión, por ej., estando privada de sentido o tomándola por sorpresa), se pueda pensar que hay consentimiento de la víctima o, como mínimo, que el autor incurre en un error sobre dicho consentimiento. En esta línea, entiende Díez Ripollés que, dado que en la pareja es habitual mantener relaciones sexuales, puede haber casos de consentimiento presunto⁴⁵, aproximándose así a la tradicional justificación de la excepción marital sobre la base del consentimiento implícito a las relaciones sexuales dentro del matrimonio, una vez prestado el consentimiento para casarse⁴⁶. Ahora bien, el concepto de consentimiento

⁴⁴ Díez RIPOLLÉS, J. L., «Alegato», cit., pp. 19-20.

⁴⁵ También se plantean el consentimiento presunto como causa de un posible error de tipo o de prohibición del varón, entre otros, CARMONA SALGADO, C.: «Problemática actual», cit., p. 670; OLMEDO CARDENETE, M., «Matrimonio y libertad sexual», cit., pp. 1872-1874; RUIZ VADILLO, E.: «Algunas consideraciones», cit., marg. 442.

⁴⁶ De acuerdo con HALE, M., *Historia Placitorum Coronae. The History of the Pleas of the Crown*. Volume 2, E. and R. Nutt and R. Gosling editors, 1736 (reimpr. 1971), p. 635, quien puntualizaba que el consentimiento prestado ya no se podía retirar. Para una discusión sobre esta justificación de la excepción marital, *vid.*, WEINTRAUB SIEGEL, L., «The Marital Rape Exception»,

presunto no tiene encaje en los delitos sexuales. El concepto se empezó a utilizar en Alemania para solucionar los casos en que, no siendo posible recabar el consentimiento del titular del bien jurídico en peligro, un sujeto realiza una acción salvadora en el entendimiento de que habría sido consentida por el titular de haber podido expresar su voluntad. Es, pues, una interpretación de la dirección de la voluntad de la persona afectada por la acción *cuando sea imposible obtener su consentimiento* o bien no pueda esperarse a que sea emitido sin peligro para sus intereses. Actuar antes de conocer la verdadera decisión de la víctima por temor a que el consentimiento sea denegado en caso de solicitarse o a sabiendas de que lo será es actuar sin consentimiento. En el Anteproyecto no cabe un consentimiento presunto: la víctima consiente o no consiente, entendiéndose «que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto». Por tanto, si no hay esa manifestación libre de la voluntad, el acto no ha sido consentido y es típico y antijurídico. Cuestión distinta es que no se pueda perseguir si la víctima no denuncia⁴⁷ o sancionar si no coopera con la acusación.

En cuanto al problema probatorio, tiene que ver con el hecho de que entre las partes ha habido relaciones sexuales habituales y consentidas. Ahora bien, es posible, pese a ello, probar la falta de consentimiento de acuerdo con las reglas generales, sin olvidar que puede haber testigos o indicios que corroboren la declaración de la víctima. Piénsese en situaciones en que ya han existido actuaciones previas, judiciales o no, dirigidas a la separación de las partes, siquiera de forma provisional⁴⁸, o el comportamiento del agresor fue claramente violento y vejatorio para la víctima, lo que hace inverosímil cualquier alegación de haber actuado en la creencia de que la víctima consentía⁴⁹. En cualquier caso, el problema probatorio no reduce en modo alguno la gravedad de los hechos.

cit., pp. 354-356; ADAMO, S. A., «The injustice», cit., pp. 557-560; WATERMAN, S. F., «For Better or For Worse», cit., pp. 613-614; TIERNEY, A. A., «Spousal Sexual Assault», cit., p. 781.

⁴⁷ La falta de denuncia puede responder, como apunta DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII», cit., p. 259, a que se trate, en efecto, de conductas de menor gravedad (piénsese en un beso robado). No obstante, también habría que tener en cuenta que las razones que llevan a no denunciar en estos casos coinciden, en buena medida, con las que dificultan la denuncia de la violencia de género, que nada tienen que ver con la gravedad de la conducta.

⁴⁸ En esta línea, la STS 1254/1995 de 8 de febrero (RJ 1996\829).

⁴⁹ Así lo apuntó la STS 584/1997 de 29 de abril (RJ 1997\3380).

2. ¿Es suficiente la circunstancia mixta de parentesco?

En contra de la automaticidad de la aplicación de una circunstancia agravante como la que propone el Anteproyecto también se ha manifestado un sector doctrinal⁵⁰, que prefiere la flexibilidad que ofrece la circunstancia mixta de parentesco. La violación de la pareja o expareja puede ser considerada ya, en efecto, un supuesto agravado en la actualidad, gracias a la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco como agravante de la responsabilidad criminal. Dada la existencia de esta circunstancia, ¿es inútil la previsión de una circunstancia específica en los delitos contra la libertad sexual, como sostiene algún autor⁵¹?

En primer lugar, hay que destacar que, pese al entendimiento tradicional de la circunstancia de parentesco, según el cual el parentesco operaría como agravante en los delitos contra las personas y, en particular, en los delitos contra la libertad sexual⁵², un sector de opinión ha defendido sea su aplicación como atenuante en este ámbito de la delincuencia⁵³, sea su irrelevancia⁵⁴. Además, durante mucho tiempo se consideró necesario para que se aplicara con efecto agravante, además de la relación objetiva de parentesco o análoga, la relación de afecto personal, llegando a decirse que «no puede aplicarse la circunstancia mixta de parentesco cuando la relación matrimonial haya cesado por resolución judicial de separación, o simplemente de hecho, sin resolución judicial alguna, o incluso, cuando persistiendo la convivencia, exista un distanciamiento afectivo debidamente acreditado»⁵⁵. Ello se debía a que en el Código Penal de 1944 la circunstancia solo se aplica-

⁵⁰ POLAINO-ORTS, M., «Sobre el injusto», cit., pp. 123, 126-127.

⁵¹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato», cit., pp. 6-7.

⁵² Es posición mayoritaria. Vid., entre otros, ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discursos jurídicos», en AA. VV., *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, 1998, pp. 45-101, 90-92; CARMONA SALGADO, C.: «Problemática actual», cit., pp. 672-673; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El homicidio en la pareja*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 537-538; MESTRE DELGADO, E., *La atenuante y agravante de parentesco*, Tecnos, 1995, p. 37.

⁵³ Vid., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección*, cit., pp. 56-57; del mismo autor: «Título VIII», cit., p. 259; ORTS BERENGUER,, E./SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos*, cit., pp. 29-30; SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales*, cit., pp. 289-291. Incluso como atenuante muy calificada. En esta línea, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La reforma», cit., p. 474.

⁵⁴ Vid., VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código Penal comentado*, Edersa, 1996, p. 269, y las SSTs, Sala de lo Penal, 1980/1992 de 21 de septiembre (RJ 1992\7197), 697/1995 de 23 de mayo (RJ 1995\3909), 584/1997 de 29 de abril (RJ 1997\3380), 1399/2009 de 8 de enero (RJ 2010\3496), o la SAP de Toledo, Secc. 2.ª, 27/2002 de 20 de junio (JUR 2002\202775).

⁵⁵ STS, Sala de lo Penal, de 7 de diciembre de 1991. Vid., por ej., las SSAP de las Islas Baleares, Secc. 1.ª, 45/1996 de 26 de abril (ARP 1996\220), de Castellón, Secc. 1.ª, 95/1999 de 9 de diciembre (ARP 1999\4190), de Madrid, Secc. 2.ª, 62/2000 de 10 de febrero (ARP 2000\1465), o la STS, Sala de lo Penal, 711/2000 de 19 de abril (RJ 2000\3714).

ba al «cónyuge» (además de otros parientes que ahora no interesan), sin incluir supuestos de ruptura del matrimonio. El Código Penal de 1995 la extendió a los casos en que el agraviado fuera el «cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad», lo que permitió el mantenimiento de la exigencia de permanencia del vínculo matrimonial o afectivo. Hubo que esperar a la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, para que la circunstancia se pudiera aplicar al agraviado que sea o haya sido «cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad». La jurisprudencia ha acompañado los cambios legislativos, pero se nota el lastre de la interpretación consolidada con la anterior redacción del precepto. Así, en algunas sentencias se ha denegado su aplicación como agravante en los casos en que se entiende que la pareja lleva muy escaso tiempo de convivencia, lo que provoca incertidumbre sobre los requisitos de estabilidad y afectividad⁵⁶, cuando esa convivencia se debe únicamente a que están esperando vender la vivienda⁵⁷ o cuando mantuvo una relación sentimental de forma intermitente y con una duración aproximada de cinco meses, sin convivencia, pese a la existencia de una hija en común⁵⁸. Actualmente ya no se encuentran negativas rotundas a aplicar la circunstancia de parentesco cuando se ha producido la extinción de la afectividad propia de la relación conyugal o de análoga significación, que es propia de la jurisprudencia anterior a 2003⁵⁹. De hecho, hoy se insiste en que no puede excluirse la aplicación de la agravante por la existencia de desavenencias graves o de encontrarse la pareja en trámites de separación⁶⁰. Por tanto, la afectividad ya no puede ser el

⁵⁶ Cfr. STS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, 67/2009 de 3 febrero (RJ 2009\1395).

⁵⁷ Cfr. STS, Sala de lo Penal, Secc. 2.ª, 48/2009 de 30 de enero (RJ 2009\1392).

⁵⁸ Cfr. SAP de Valencia, Secc. 1.ª, 433/2014 de 13 de noviembre (ARP 2015\29).

⁵⁹ Vid., por ej., la STS, Sala de lo Penal, 2253/1993 de 13 octubre (RJ 1993\7379), o las SSAP de Islas Baleares, Secc. 1.ª, 45/1996 de 26 de abril (ARP 1996\220), de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2.ª, 1106/1995 de 21 de diciembre (ARP 1995\1431), de Segovia, Sección Única 9/2003 de 27 de junio (ARP 2003\672). Sin embargo, ya había resoluciones en otro sentido. Vid., las SSTS, Sala de lo Penal, 1429/2000 de 22 de septiembre (RJ 2000\8082) y 115/2000 de 10 de febrero (RJ 2000\55), y la SAP de Girona, Secc. 3.ª, 100/1999 de 13 de julio (ARP 1999\3039).

⁶⁰ SSTS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, 749/2010 de 23 de junio (RJ 2010\7164), 216/2007 de 20 de marzo (RJ 2007\1836), 159/2007 de 21 de febrero (RJ 2007\3182), 15 de diciembre de 2004 (RJ 2004\7921) y SAP de Lleida, Secc. 1.ª, 187/2007 de 17 de mayo (ARP 2007\590). La SAP de Albacete, Secc. 2.ª, 487/2016 de 9 de noviembre (ARP 2016\1372) puntualiza, en un caso en que la pareja había convivido con anterioridad a los hechos, que la circunstancia es apreciable aunque haya una ruptura de facto o legal siempre que los actos delictivos tengan conexión o se cometan teniendo en consideración la relación de pareja.

fundamento de agravación de la circunstancia de parentesco, señalándose que el carácter de agravante de la circunstancia «no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley dirigido a evitar esas conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales»⁶¹, pues el mayor desvalor de la conducta es consecuencia de la falta de respeto especial demostrada por el autor en relación con una persona con la que estuvo estrechamente ligado por vínculos afectivos o de sangre⁶². En cualquier caso, a raíz de la citada reforma, el Tribunal Supremo «solo» descarta la apreciación de la circunstancia mixta en aquellos supuestos en los que haya «una ruptura prolongada de la relación», «una situación irreversible en el deterioro de la misma», en fin, «una ruptura total e irreversible en las relaciones»⁶³. Esta postura es contraria al tenor literal del art. 23 CP, por cuanto la circunstancia se basa en la existencia de vínculos familiares o de afectividad presentes o *pasados* en el caso de cónyuges o parejas de hecho. A esta importante laguna creada por la interpretación judicial se suma que hay sentencias en las que no se aprecia parentesco en la relación de noviazgo sin convivencia, al no considerarlo equiparable a la de «cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad»⁶⁴. En otras, no se aprecia la agravación por entender el tribunal que «nunca el desvalor de esa acción, agresión sexual cometida por el propio esposo de la víctima, por grave que obviamente resulta y así viene ya sancionada con una pena elevada, puede considerarse superior al que, por ejemplo, concurriría en la misma acción llevada a cabo por una persona completamente ajena a la víctima, a la que ésta no conociera o con la que, aun conociéndola, no han existido relaciones sexuales consentidas previas»⁶⁵. Ello deja también sin agravar un importante número de casos.

Por tanto, la exigencia del Convenio de Estambul no se ve satisfecha con la mera existencia de la circunstancia mixta de parentesco.

⁶¹ STS, Sala de lo Penal, 1421/2005 de 30 de noviembre (RJ 2006\322).

⁶² STS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, 225/2014 de 5 de marzo (RJ 2014\2860).

⁶³ SSTS, Sala de lo Penal, 1421/2005 de 30 de noviembre (RJ 2006\322) y Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, 1153/2006 de 10 de noviembre (RJ 2007\226).

⁶⁴ Cfr. SAP de Valencia, Secc. 1.ª, 251/2018 de 7 de mayo (JUR 2018\126330). *Vid.*, también la STS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, 225/2017 de 30 de marzo (RJ 2017\1652).

⁶⁵ Cfr. STS 1399/2009 de 8 de enero, duramente criticada, con razón, por ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*, Reus, 2019, pp. 352-354.

Cabe plantearse si lo hace la circunstancia agravante genérica de discriminación por razón de género.

3. ¿Y la circunstancia agravante de discriminación por razón de género?

El art. 22.4 CP, modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, recoge una circunstancia agravante de discriminación por razones de género. El Preámbulo de la LO 1/2015 justifica su introducción citando el Convenio de Estambul y afirmando que el género «puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo» y, cabría añadir, diferente del que abarca el parentesco.

Tras algunas dudas sobre su compatibilidad con la circunstancia de parentesco⁶⁶ y su inherencia en los delitos sexuales⁶⁷, el principal problema que suscita la circunstancia agravante de discriminación por ra-

⁶⁶ Algunas resoluciones consideran que la discriminación por razones de género absorbe el parentesco. Así, las SSAP de Asturias 2/2018 de 26 de enero (JUR 2018\61415), y de Castellón, Secc. 2.ª, 232/2016 de 11 de octubre (JUR 2017\13208). En la doctrina, afirman que son circunstancias incompatibles OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de sexo*, iustel, Madrid, 2019, p. 218; SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., «Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género», *Estudios Penales y Criminológicos* Vol. XXXIX, 2019, pp. 304-351 (339-345). Mayoritariamente se entiende, no obstante, que son circunstancias compatibles. Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., «La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm. 20-27, 2019, pp. 1-20, 16; RUEDA MARTÍN, M. A., «Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm. 21-04, 2019, pp. 1-37, 23; SEOANE MARÍN, M. J./OLAIZOLA NOGALES, I., «Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4.ª CP)», *Estudios Penales y Criminológicos* Vol. XXXIX, 2019, pp. 455-490, 482; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco», *Revista Penal* núm. 44, 2019, pp. 199-213, 203 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 51. *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, 565/2018 de 19 de noviembre (JUR 2018\4957) y 420/2018 de 25 de septiembre (RJ 2018\4156); la STSJ de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1.ª, 7/2017 de 26 de junio (JUR 2017\224299), confirmando la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 5.ª, 64/2017 de 23 de febrero (ARP 2017\117); y las SSAP de Valladolid, Secc. 2.ª, 175/2017 de 29 de mayo (ARP 2017\806), y Secc. 4.ª, 144/2017 de 2 de mayo (ARP 2017\829).

⁶⁷ Ya se ha aplicado en los delitos contra la libertad sexual. *Vid.*, las SSAP de Cuenca, Secc. 1.ª, 4/2018 de 6 de febrero (ARP 2018\213), y de Valladolid 175/2017 de 29 de mayo (ARP 2017\806), además de la STS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, 99/2019 de 26 de febrero (RJ 2019\826). A favor, OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: *La circunstancia*, cit., pp. 243-246; RUEDA MARTÍN, M. A.: «Cometer un delito», cit., p. 24; SEOANE MARÍN, M. J./OLAIZOLA NOGALES, I., «Análisis», cit., p. 488. Sin embargo, no faltan resoluciones que consideran que la discriminación por razón de género es inherente a las agresiones sexuales, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el art. 67 CP, no debería ser aplicada. En este sentido, *Vid.*, la SAP de Castellón, Secc. 2.ª, 96/2018 de 15 de marzo (ARP 2018\189).

zonas de género es que se entienda que su fundamento es de naturaleza subjetiva, la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa la acción delictiva, lo que obligaría a probar en el juicio que la motivación de actuar por razones de género es la determinante para cometer el delito, es decir, que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia la mujer por el hecho de ser o haber sido esposa o compañera sentimental. Así ocurrió inicialmente, al interpretarse la circunstancia poniendo el énfasis en el móvil discriminatorio que movía al autor⁶⁸. Ahora bien, la jurisprudencia más reciente tiende a su objetivación. La STS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, 99/2019 de 26 de febrero (RJ 2019\826) afirma que «la identidad de fundamento que alumbró los tipos penales de los artículos 153.1, 171.4, 172-2 y 148.4 del Código Penal nos permite predicar para la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4 el mismo presupuesto objetivo de una relación específica entre el varón-autor y la mujer-víctima». Partiendo de esa base, el Tribunal Supremo afirma que «basta para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de la relación típica prevista en los tipos penales antes citados de tal suerte que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica de la misma. Y, en lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito de que se trate diversos de aquéllos». Para que podamos calificar la conducta delictiva como discriminatoria por razón de género es suficiente, de un lado, que se realice en un contexto que refleje dicha discriminación, es decir, que refleje estereotipos patriarcales de subordinación de la conducta de la mujer, y, de otro, que la conducta tenga carácter instrumental respecto de dicha discriminación. No se necesita un móvil específico.

En fin, a mi juicio, podría entenderse suficiente la circunstancia agravante genérica de discriminación por razón de género, siempre que se interpretase objetivamente, lo cual, a la vista de la jurisprudencia, no

⁶⁸ Exigen la prueba del ánimo discriminatorio las SSTS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, 565/2019 de 19 de noviembre (RJ 2019\4836) y 420/2018 de 25 de septiembre (RJ 2018\4156); y las SSAP de Madrid, Secc. 27.ª, 559/2017 de 18 de septiembre (JUR 2017\268675); de Valladolid, Secc. 2.ª, 175/2017 de 29 de mayo (ARP 2017\806); de A Coruña, Secc. 1.ª, 198/2017 de 2 de mayo (ARP 2017\779); de Lleida, Secc. 1.ª, 56/2017 de 7 de febrero (JUR 2017\129486); de Valencia 167/2018 de 21 de marzo, corregida en apelación por la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1.ª, 72/2018 de 29 de junio (JUR 2018\185316), y de Valencia, Secc. 2.ª, 145/2017 de 3 de marzo (JUR 2017\142631), así como la STSJ de Castilla y León 16/2019 de 26 de marzo (JUR 2019\100699).

es ni mucho menos seguro⁶⁹. Pero, aunque lo fuera, eso no significa que la circunstancia agravante específica de los delitos sexuales prevista en el Anteproyecto sea inútil, por reiterativa. Su mantenimiento se justifica por su mayor potencial agravatorio: frente a la mera imposición de la pena en su mitad superior, que es el efecto propio de las agravantes genéricas, en el Anteproyecto se supera el límite superior de la pena del tipo básico de agresión sexual y del tipo agravado por el acceso carnal, 1 a 4 años y 4 a 10 respectivamente, llegando a penas de 2 a 6 años y de 7 a 12, en lugar de imponer simplemente la pena en su mitad superior, lo que resultaría en prisión de dos años y 6 meses a 5 años y de 7 a 10 años. El fundamento de ambas circunstancias es, eso sí, similar, lo que impide su aplicación conjunta. Ello explica, además, que la circunstancia se configure de manera objetiva, sin exigir un prevalimiento de la condición de pareja o expareja ni una situación de dominación⁷⁰. Se sigue el mismo modelo que en los delitos relacionados con la violencia de género.

V. Conclusiones

A diferencia de los países del *common law*, en España no ha existido como tal la excepción marital, ni completa ni parcial, en la legislación penal. Sin embargo, sí ha existido en la aplicación práctica de esa legislación. Los resabios de esa interpretación sexista de los delitos que nos ocupan se perciben hoy en aquellos que ven la violación de la pareja o expareja como un fenómeno más leve que la violación por cualquier otro conocido o por un extraño. Frente a esa posición, hay que recordar que la violencia sexual por parte de la pareja o expareja es un problema

⁶⁹ El Tribunal Supremo sigue aludiendo, en algunas resoluciones, a los motivos del autor (STS 223/2019 de 29 de abril y 351/2019 de 19 de julio), a la intención, actitud o situación de dominación y desprecio de la mujer (STS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, 420/2018 de 25 de septiembre, RJ 2018\4156), una situación de dominación, subordinación o sumisión por parte de la víctima como móvil determinante de la acción del autor (STS 584/2018 de 23 de noviembre) o una relación de dominación (STS 707/2018 de 15 de enero de 2019). En otras, sin embargo, considera suficiente que el delito evidencie una relación machista (STS 452/2019 de 8 de octubre).???

⁷⁰ Críticamente, Díez RIPOLLÉS, J. L., «Alegato», cit., p. 20, para quien «la agravación de las conductas sexuales en la pareja, a salvo de que concurren otras circunstancias agravantes ya previstas, estará justificada solo cuando ese intercambio sexual se realice en un claro contexto de dominación de un miembro de la pareja, por lo general el hombre, sobre el otro, generalmente la mujer. Ese dato transforma por completo el significado de las relaciones sexuales dentro de la pareja, que dejan de ser un componente esencial de una relación interpersonal con un significativo potencial autorrealizador, para convertirse en un instrumento privilegiado de humillación, degradación y negación de la dignidad personal. La agravación debería, por consiguiente, exigir expresamente la concurrencia de una efectiva dominación de género».

importante en España, dada sus tasas de prevalencia y su elevado nivel de impunidad. Es, además, una forma de violencia de género, no solo porque afecta a las mujeres de manera desproporcionada⁷¹, sino porque los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos y considerados propios de la mujer en el ámbito de la pareja han propiciado su justificación y su correlativa impunidad⁷². Es, en fin, una manifestación de la discriminación patriarcal de la mujer, que niega su dignidad y autonomía, su libertad e igualdad, y expresa la asignación de un rol subordinado a la mujer en las relaciones de pareja. Y lo hace siempre y en todo caso, sin necesidad de mayor comprobación de las circunstancias particulares de cada supuesto.

⁷¹ Lo que explica que la circunstancia agravante específica solo se aplique cuando la víctima es mujer. Lo ha criticado, desde la perspectiva de que «parece sesgada en términos de respeto al principio de igualdad, no solo en parejas heterosexuales sino igualmente en parejas homosexuales masculinas», DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato», cit., p. 20.

⁷² Ampliamente, ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género*, cit. Todavía en el siglo XXI se sigue alegando el débito conyugal para intentar justificar la existencia de un error de prohibición en el autor. *Vid.*, la STS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, 254/2019 de 21 de mayo (RJ 2019\1954).

VERSO UN NUOVO DIRITTO PENALE ECONOMICO INTERNAZIONALE? L'ESEMPIO DELL'ECOCIDIO

EMANUELA FRONZA

I. Introduzione

Urgenza climatica, crisi climatica, aumento delle temperature medie, CO₂ e gas serra, depauperamento delle risorse ecologiche, estensione dell'urbanizzazione a danno di aree naturali. Le espressioni si moltiplicano, ma tutte esprimono quanto comunica la scienza sullo stato del pianeta¹: occorre intervenire immediatamente altrimenti il *presente* porterà un guasto irreversibile per il *futuro*, rendendo la Terra inabitabile. Non c'è un se, ma solo un quando. Nonostante le grandi scoperte dell'astrofisica degli ultimi 20 anni, i viaggi spaziali generalizzati sono di là da venire e non abbiamo un pianeta B dove l'*homo sapiens* possa migrare in massa. Su tale *dichiarazione* di urgenza non vi sono dubbi e non può esservi dibattito. Aperta e molto complessa è invece la discussione sulle misure da prendere e sulla loro efficacia.

Se i rischi ecologici sono sempre esistiti è negli ultimi decenni che la modificazione radicale dell'ambiente e della biosfera da parte della specie umana e la sua estensione nello spazio (su tutto il pianeta) e nel tempo (anche le generazioni future ne sono significativamente minacciate) sono sensibilmente aumentate.

Dinanzi a tale contesto di urgenza globale, reso più evidente dalla crisi sanitaria e dalla pandemia², fioriscono le iniziative per individuare risposte adeguate. Tra queste, di recente ha trovato rinnovato supporto

¹ Cfr. <https://storymaps.arcgis.com/stories/6942683c7ed54e51b433bbc0c50fbdea>.

² Sul legame tra antropizzazione violenta, come invasione di ecosistemi, e pandemie, per tutti cfr. D. Quammen, *Spillover: Animal Infections and the Next Human Pandemic*, New York 2013.

la proposta di introdurre un nuovo ed autonomo crimine internazionale di ecicidio³.

Ecicidio deriva dalla parola greca *oikos*, casa⁴, e dal verbo latino *caedere*, distruggere, uccidere. Letteralmente esso indica, quindi, la distruzione della casa comune agli abitanti umani e non umani: la Terra. Termine dalla forte potenza comunicativa, che rievoca il «crime of crimes»⁵, il *genocidio*⁶.

A tale nucleo semantico, non corrisponde, allo stato attuale, un nucleo definitorio sul piano normativo⁷. Anticipare questo profilo è essenziale: da un lato, molte sono le condotte –anche lecite– che impattano sull’ambiente, danneggiando e depauperando risorse disponibili⁸, e alcune di esse sono già punibili in base a disposizioni vigenti. Dall’altro, l’istanza di introdurre un nuovo crimine internazionale richiede non solo di individuare le condotte penalmente rilevanti, ma

³ Questo sarebbe altresì una fomma «ragionevole ed effettiva» di dare attuazione all’obbligo del «diritto internazionale dei diritti umani». Ciò in definitiva sarebbe un modo per ridurre i livelli di molteplice vittimizzazione nelle tragedie socioambientali: «(...) En no pocos casos las víctimas se ven sometidas a procesos largos y complejos, auténticos calvarios judiciales, que les producen una nueva victimización. A poco que uno tenga algo desarrollados los sentidos ante la injusticia, esta circunstancia resulta especialmente deplorable cuando las víctimas son los más desfavorecidos, y los victimarios, las grandes multinacionales», A. NIETO MARTÍN, J. DOPICO, L. ARROYO ZAPATERO, *Ecicidio: es necesaria una convención internacional que defina uno de los peores delitos de nuestro tiempo*, in *El País*, 12.12.2019. En más detalles sobre las implicaciones jurídico-penales de la derecho internacional de los derechos humanos, hacienda hincapié en la responsabilidad de las multinacionales, A. NIETO MARTÍN, «Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos Humanos», in *Dret*, 3/2020, p. 137-172.

⁴ Divenuto per antonomasia l’«eco» di ecologia: la casa comune pianeta terra, la biosfera terrestre che ci sostiene tutti con i cicli naturali della vita.

⁵ W. Schabas, *National Courts Finally Begin to Prosecute the “Crime of Crimes”*, in *JICJ* 2003, 39 ss.

⁶ Sul collegamento tra l’ecicidio e il genocidio e, in particolare, il genocidio culturale, non espressamente punibile dalla Convenzione del 1948, cfr. R. Lemkin, *Totally Unofficial Man*, in *Pioneers of Genocide Studies*, a cura di S. L. Jacobs, S. Totten, Londra 2017, 393; cfr. anche P. Higgins, D. Short, N. South, *Protecting the Planet: A Proposal for a Law of Ecocide*, in *Crime L Soc Change* 59, 2013, 258.

⁷ Su tale figura cfr. R. Pereira, *After the ICC Office of the Prosecutor’s 2016 Policy Paper on Case Selection and Prioritisation: towards an International Crime of Ecocide?*, in *Crim L Forum* 31(2), 2020, 217; R. Mwanza, *Enhancing Accountability for Environmental Damage Under International Law: Ecocide as a Legal Fulfillment of Ecological Integrity*, in *MJIL* 19, 2018; si vedano i contributi nel volume L. Neyret (dir.), *Des écocrimmes à l’écocide*, Bruxelles 2015, in particolare 87-263; M. Colacurci, *The Draft Convention Ecocide and the Role for Corporate Remediation: some Insights from the International Monsanto Tribunal and a Recent Research Proposal*, in *ICLR* 2021; R. De Vicente Martínez, *Hacia un Derecho penal internacional medioambiental: catástrofes naturales y ecicidio*, in *Derecho penal económico y Derechos humanos*, D. Crespo, A. N. Martín, Valencia 2018; A. N. Martín, *Hacia un Derecho penal internacional del medio ambiente*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 16, 2012, 137 ss; P. Higgins, *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Prevent the Destruction of our Planet*, London 2010, 458; M. A. Gray, *The International Crime of Ecocide*, in *Cal W Int’l LJ* 26, 1996, 218 ss.; R. A. Falk, *Environmental Warfare and Ecocide – Facts, Appraisal, and Proposals*, in *Bull. Peace Propos.* 4, 1973.

⁸ Cfr. il sito della *Ecological Footprint* <https://www.footprintnetwork.org/our-work/ecological-footprint/>.

quali tra queste sono di una gravità tale da raggiungere la soglia di disvalore adeguata per questa tipologia delittuosa⁹.

Il concetto di ecocidio, come noto, fa la sua apparizione in un contesto diverso, quello del '900, a metà degli anni '70 in relazione ai danni ambientali causati dall'agente arancio durante la guerra del Vietnam¹⁰. Oggi, la richiesta di criminalizzazione dell'ecocidio è nuovamente al centro di un interesse, in un contesto differente da quello originario, e che si traduce in iniziative istituzionali¹¹ e movimenti di opinione¹².

II. Le carenze del diritto penale internazionale

Va segnalato che lo Statuto della Corte penale internazionale prende in considerazione ipotesi di attacchi all'ambiente, ma unicamente nell'ambito dei crimini di guerra. All'interno della lunga disposizione riguardante tale categoria si dichiara punibile: «il lanciare *intenzionalmente* un attacco con la consapevolezza che esso causerà [...] un

⁹ L'inserimento di fattispecie autonome a tutela del bene ambiente non è tema nuovo per il diritto penale internazionale, così come la previsione di una fattispecie specifica, tramite l'ampliamento di una categoria di crimini già esistenti. La questione si era posta ad esempio in relazione alla Convenzione del 1948, poi ripresa dallo Statuto di Roma, che non include né il genocidio culturale, né l'etnocidio, né l'ecocidio. Tuttavia, sia al momento dei *Travaux préparatoires*, sia nelle proposte di emendamento della Convenzione è stato affrontato il tema se allargare la fattispecie di genocidio. O ancora rispetto ai crimini contro l'umanità.

¹⁰ Il primo ad impiegare il termine fu nel 1970 il biologo Arthur Galston durante la *Conference on War and National Responsibility* a Washington. Nel 1972 fu ripreso dal ministro Olaf Palme per riferirsi, appunto, ai danni causati dalla guerra in Vietnam, cfr. Björk TORD, «The emergence of popular participation in world politics: United Nations Conference on Human Environment 1972» (Department of Political Science, University of Stockholm, 2016); «Report of the United Nations Conference on the Human Environment» (Stockholm, 5-16 June 1972) UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1. Per un *excursus* sul concetto di ecocidio, cfr. D. ZIERLER, *The Invention of Ecocide: Agent Orange, Vietnam, and the Scientists Who Changed the Way We Think About the Environment*, Georgia 2011; G. P. Fletcher, *Tort Liability for Human Rights Abuses*, Oxford 2008.

¹¹ Si segnalano in particolare, in Francia la *Convention Citoyenne pour le Climat*; in seno al Parlamento il gruppo di Marie Toussaint da cui la Risoluzione del 20 gennaio 2021 in cui al p. 12 incoraggia «l'Union et les États membres à promouvoir la reconnaissance de l'écocide en tant que crime international au titre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale» (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0014_FR.htm).

Ha riconosciuto la necessità di «una adeguata tutela giuridica della casa comune» anche Papa Francesco durante il convegno dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale, tenutosi a Roma il 15 novembre 2019.

¹² Le ONG hanno avuto sin dalle origini un ruolo cruciale nel movimento di *advocacy* alla criminalizzazione dell'ecocidio. Si pensi, in particolare, alla attività di Polly Higgins, fondatrice di *Earth Law Alliance*, sulle cui definizioni di ecocidio si vedano Polly Higgins, *Eradicating ecocide: laws and governance to prevent the destruction of our planet* Shepheard-Walwyn 2010; *id.*, *Ecocide Law*, Mission Liferforce, <https://www.missionliferforce.org/ecocide-law>; e ancora, a *End Ecocide on Earth*; *End Ecocide Sweden*; *Global Alliance for the Rights of Nature*. Fa pendant a queste iniziative lo sviluppo della cd. *global climate justice*, cf. il *Global Climate Litigation Report*, UNEP 2020: <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review>.

danno esteso, duraturo e grave all'ambiente naturale manifestamente *sproporzionato* rispetto ai concreti e diretti vantaggi militari previsti» (art. 8(2)(b)(iv) dello Statuto)¹³. La tutela dell'ambiente è dunque condizionata all'accertamento della sussistenza del conflitto armato e degli altri requisiti indicati dall'art. 8 (2)(b)(iv)¹⁴ e, infine, funziona esclusivamente rispetto alle sole persone fisiche in coerenza con la competenza *ratione personae* della Corte Penale Internazionale.

Tuttavia, nonostante l'assenza di una previsione autonoma e i limiti della disposizione succitata e nonostante sul piano pratico oggi non si possano registrare mutamenti significativi in atto¹⁵, qualcosa si muove anche nel sistema della Corte Penale Internazionale: va innanzitutto menzionato il *Policy Paper* dell'Ufficio del Procuratore del 15

¹³ Il corsivo è nostro. Per un commento a questa disposizione, cfr. H. BRADY, D. RE, *Environmental and Cultural Heritage Crimes: The Possibilities Under the Rome Statute, in Justice Without Borders: Essays in Honour of Wolfgang Schomburg*, M. Bohlander, M. Böse, A. Klip, O. Lagodny, Leiden 2018, 129; F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, Parigi 2018, 200 ss.; R. ARNOLD and S. WEHRENBURG, *Article 8*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*³, K. Ambos, O. Triffterer, München, 2016, 376; K. J. HELLER, J. C. LAWRENCE, *The limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute: «The First Ecocentric Environmental War Crime»*, in *Geo Intl Envtl L Rev.* 20, 2007; M. BOTHE, «Jurisdiction Ratione Materiae», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, a cura di A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES, Oxford 2002, 397; H. von HEBEL, D. ROBINSON, «Crimes within the jurisdiction of the Court», in *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, a cura di R. Lee, L'Aia 1999, 111; P. SHARP, «Prospects for environmental liability in the International Criminal Court», in *Va Envtl LJ* 18(2), 1999; M. A. DRUMBL, «Waging War Against the World: The Need to Move from War Crimes to Environmental Crimes», in *Fordham Int Law J* 22(1), 1998.

¹⁴ Si richiede oltre alla sussistenza del conflitto armato di carattere internazionale, che il danno sia manifestamente sproporzionato rispetto ai concreti e diretti vantaggi militari previsti e, infine, in relazione alla soglia di gravità del danno, che esso sia esteso, duraturo e grave. Sui limiti di tale disposizione cfr.: R. ARNOLD, S. WEHRENBURG, «Article 8», in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, a cura di K. AMBOS, O. TRIFFTERER, Beck –Hart–Nomos 2016, at 254; F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, PUF 2018, 201 ss.; H. BRADY, D. RE, «Environmental and Cultural Heritage Crimes: The Possibilities Under the Rome Statute», in *Justice Without Borders: Essays in Honour of Wolfgang Schomburg*, Martin Böse et al., Leiden 2018, 130; K. DÖRMANN, «Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a special focus on the negotiations on the Elements of Crimes», in *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 7, 2003, 346, https://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_dormann_7.pdf; S. FREELAND, *Addressing the intentional destruction of the environment during warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Intersentia 2015, 213: «very considerable – perhaps insurmountable – legal hurdles that, for all practical purposes, will serve to curtail any effective prosecution»; M. GILLET, *Eco-Struggles. Using International Criminal Law to Protect the Environment During and After Non-International Armed Conflict*, in *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace*, a cura di Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday and Jens Iverson (eds.), Oxford 2017, 234-237, 253; K. J. HELLER, J. C. LAWRENCE, *op.cit.*

¹⁵ A 5 anni da questo documento davanti alla Corte penale internazionale non vi sono indagini né processi in corso. Due comunicazioni riguardanti rispettivamente all'accaparramento di terre (o *land grabbing*) in Cambogia e lo sfruttamento delle risorse naturali del Lago Agrio della Amazonia ecuadoriana non hanno portato a indagini preliminari. E ancora, anche nel caso *Ntaganda* il capo d'accusa avente a che vedere con lo sfruttamento illegale di risorse naturali è stato stralciato. Cfr. *Prosecutor v. Ntaganda* (Judgement) ICC-02/04-01/06 (8 July 2019)

settembre 2016 sulla selezione dei casi e priorità che apre all'ambiente come possibile ambito delle attività della Corte stessa¹⁶. Più recentemente, poi, i gravissimi crimini ambientali sono stati oggetto di attenzione durante l'Assemblea degli Stati parte¹⁷, nonché di una richiesta di indagini preliminari per crimini contro l'umanità¹⁸.

L'istanza di introdurre un nuovo crimine internazionale si basa sulla crisi e sull'insufficienza degli strumenti esistenti rispetto alle sfide imposte dall'urgenza climatica¹⁹. Seppur numerosi, infatti, questi ultimi risultano poco coordinati tra loro e disposti in modo non razionale tra livello internazionale e livello interno²⁰. La codificazione di una

¹⁶ Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 15.9.2016, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. In particolare, cfr. il par. 7, pp. 40 e 41. A tale riguardo cfr. J. Durney, *Crafting a Standard: Environmental Crimes as Crimes Against Humanity under the International Criminal Court*, in *Hastings Envtl LJ* 24(2), 2018, 413, 415; A. GREENE, «The Campaign to make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative», in *Fordham Envtl. L. Rev.* 30, 2018, 24; J. KYRIAKAKIS, «Developments in international criminal law and the case of business involvement in international crimes», in *Int'l Rev Red Cross* 94 (887), 2012, 981; A. MISTURA, «Is There Space for Environmental Crimes under International Criminal Law: The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the Current Legal Framework», in *Colum. J. Envtl. L.* 43, 2018, 181; P. PATEL, «Expanding Past Genocide, Crimes against Humanity, and War Crimes: Can an ICC Policy Paper Expand the Court's Mandate to Prosecuting Environmental Crimes», in *Loy U Chi Intl L Rev* 14(2), 2016, 181; R. Pereira, *op.cit.*; P. SHARP, «Prospects for environmental liability in the International Criminal Court», in *Va Envtl L J* 18(2), 1999, 217; T. WEINSTEIN, «Prosecuting Attacks that Destroy the Environment: Environmental Crimes or Humanitarian Atrocities?», in *Geo Intl Envtl L Rev.* 17, 2005, 697.

¹⁷ Government of the Republic of Vanuatu, *Statement by The Honourable Minister of Justice and Community Services, Ronald K Warsal (MP) at the 15th Session of the Assembly of States Parties to the Rome Statute*, 17.11.2016, in: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/GenDeba/ICC-ASP15-GenDeba-Vanuatu-ENG.pdf. Durante l'Assemblea annuale degli Stati Parte della Corte Penale Internazionale tenutasi nel dicembre 2019, Vanuatu e le Maldive hanno invitato a tenere in «seria considerazione» la criminalizzazione dei danni di massa e la distruzione degli ecosistemi attraverso la creazione di una figura criminosa autonoma.

¹⁸ Cfr. la richiesta di indagini preliminari contro Bolsonaro per crimini contro l'umanità, presentata da William Bourdon, avvocato francese in rappresentanza del leader indigeno Raoni Metuktire, il 22.1.2021. Cfr. F. MILHORANCE, «Jair Bolsonaro could face charges in The Hague over Amazon rainforest», *The Guardian*, 23.1.2021 <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/23/jair-bolsonaro-could-face-charges-in-the-hague-over-amazon-rainforest>. Si veda, anche, S. MAUPAS, «Brésil: le chef indigène Raoni porte plainte contre Jair Bolsonaro pour crimes contre l'humanité», *Le Monde*, 23.1.2021, https://www.lemonde.fr/international/article/2021/01/23/le-chef-raoni-porte-plainte-contre-bolsonaro-pour-crimes-contre-l-humanite_6067349_3210.html; D. PHILLIPS, «Indict Jair Bolsonaro over indigenous rights, international court is urged», *The Guardian*, 28.11.2019, <https://www.theguardian.com/world/2019/nov/27/jair-bolsonaro-international-criminal-court-indigenous-rights>; Observatório do Clima, *Passando a Boiada. O segundo ano de desmonte ambiental sob Jair Bolsonaro*, 1.2021, 8,14 <http://www.oc.eco.br/wp-content/uploads/2021/01/Passando-a-boiada-1.pdf>.

¹⁹ Si tratterebbe secondo Mireille Delmas Marty di «élargir le champ pénal au nom de notre appartenance à la communauté mondiale».

²⁰ Sulle insufficienze degli strumenti internazionali e nazionali cfr. F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *op.cit.*, 200-206; M. DELMAS MARTY, *Ambiguities and Lacunae: The International Criminal Court Ten Years on*, JICJ 11 (3), 2013, 553 ss

fattispecie autonoma consentirebbe, quindi, di mettere ordine nel sistema vigente grazie all'introduzione di uno strumento di tutela a vocazione universale, suscettibile poi di consolidarsi– anche con differenziazioni– a livello nazionale o internazionale²¹.

Non è nostro obiettivo in questa sede proporre soluzioni specifiche, né tanto meno assumere una posizione netta a favore o contro la scelta ipotizzata. Tenendo presente l'importanza di reagire alla crisi climatica e la complessità della discussione sulla criminalizzazione dell'ecocidio, vorremmo invece contribuire in questa fase a far emergere alcuni problemi di metodo e di contenuto, alcune insidie ma anche opportunità, connesse alla costruzione di una fattispecie incriminatrice²².

III. Il paradigma Norimberga come lente di osservazione

«75 years after Crimes Against Humanity and Genocide coined at Nuremberg». Così il sottotitolo dei lavori del comitato di esperti, guidato da Philippe Sands e Dior Fall Sow, incaricato di formulare una definizione del crimine di ecocidio²³. La premessa di Norimberga e della sua eredità è resa esplicita.

Riteniamo utile riprendere questo spunto per assumere il momento di cesura costituito da Norimberga²⁴, come paradigma di questa riflessione. Ciò servirà ad individuare alcuni elementi di continuità e altri di discontinuità col diritto penale internazionale vigente.

1. Continuità

Le continuità con il paradigma Norimberga sono molteplici. Ci limiteremo qui ad evocarne solo alcune: lo “spirito” di Norimberga, l'elemento di contesto e, quindi, la macchina penale internazionale, da intendersi come l'insieme di meccanismi di giustizia penale elaborati a

²¹ M. D. MARTY, «Préface», in *Des écocrimes à l'écocide*, a cura di L. Neyret, Bruxelles 2015, XI ss. Sulla necessità di una codificazione coerente per la protezione dell'ambiente a livello internazionale cfr. F. MEGRET, «The Challenge of an International Environmental Criminal Law», in SSRN 2010, <https://ssrn.com/abstract=1583610> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1583610>.

²² M. D. MARTY «Préface», cit., XI ss.

²³ Questo gruppo di esperti è stato creato nel novembre 2020 dalla Stop Ecocide Foundation ed è stato incaricato di redigere una definizione di ecocidio, sulla definizione formulata dal Panel cfr. <https://www.stopecocide.earth/press-releases-summary/top-international-lawyers-to-draft-definition-of-ecocide>.

²⁴ Definiscono questo momento come «birth certificate» del diritto penale internazionale, F. JESSBERGER, G. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, Oxford 2020, 6.

livello internazionale e nazionale, e organizzato secondo un approccio retributivo e/o restaurativo.

i) *Lo spirito*. Con *spirito* di Norimberga si intende la scelta di individuare nel diritto penale la tecnica *per sancire*²⁵ un consenso attorno ad un valore che si assume come universale. Ovvero, la qualificazione penale *come logos* capace di fissare torti e ragioni, di sancire il senso degli eventi storici con la forza della pena irrogata e del giudicato.

A Norimberga è sorto un nuovo ordine internazionale, fondato sul rispetto dei diritti umani e sulla universalità dei valori umanisti (in tensione con la specificità della Shoah). Si tratterebbe, ora come allora, di avviare un processo per consolidare valori condivisi o da condividere? Allora c'era la consapevolezza della necessità di superare lo stato nazione e l'evidenza dell'enormità di quel che era accaduto: oggi l'evidenza dell'enormità non è affatto così condivisa, né così fortemente percepita, in modo trasversale nello spazio e tra le generazioni. Attualmente occorre prendere coscienza *dell'interdipendenza* tra gli esseri viventi, e cristallizzare questa sensibilità, anche se al contempo si registrano dinamiche di rigetto della globalizzazione da parte dei sovranismi di ogni sorta.

La *ratio* di una nuova fattispecie incriminatrice sarebbe anzitutto quella di codificare un nuovo sacro²⁶, un patto etico che universalizzi la tutela della «biosfera», della casa comune dell'umanità? Cosa si vorrebbe comunicare ricorrendo al crimine di ecocidio? Ci si appella allo strumento penale chiedendo di fissare (e *imporre*) la presa di coscienza della crisi climatica, il consenso attorno ad essa e l'assunzione di un dovere di intervenire per arrestare ed evitare le minacce per le generazioni future? Da coscienza di alcuni a consapevolezza di tutti. Si è alla ricerca di un nuovo macrosimbolo²⁷ che *sancisca* la «comunità di destino»²⁸? In tal senso la nuova fattispecie di ecocidio potrebbe svolgere più che una funzione simbolica una importante funzione *promozionale*.

²⁵ Dal latino sancire: stabilire autoritativamente. È un lemma che ha la stessa radice di sacer.

²⁶ In questo senso il codificare apre una dimensione duplice: sanzionare che diventa sancire.

²⁷ Ci si riferisce qui al diritto penale simbolico-espressivo, che è tale proprio in quanto, in certa misura, *prescinde* da una valutazione della necessità di tutela, sia in termini di bisogno, sia in termini di proporzionalità e di adeguatezza. Per tutti, anche per ulteriori riferimenti, cfr. C. E. PALIERO, «Diritto penale e consenso sociale», in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 849 ss.; DIEZ RIPOLLÉS, «El derecho penal simbolico y los efectos de la pena. Si veda anche, più recentemente, la riflessione di Sergio Seminarà, *Consenso sociale, populismo e diritto penale*», *Giustizia Insieme*, 10 giugno 2020 (<https://www.giustiziainsieme.it/it/giustizia-pene/1147-consenso-sociale-populismo-e-diritto-penale>).

²⁸ Espressione di Mireille Delmas Marty utilizzata per riferirsi alle sorti degli uomini e dei popoli legate tra di loro dinanzi, per esempio, ai mutamenti climatici, alle pandemie, alle scoperte

La scelta di un termine potente e la forza del racconto prescelto (il crimine internazionale)²⁹ sembrerebbero confermare l'esigenza di consolidare e promuovere il consenso (che presuppone la stessa coscienza e l'appartenenza alla stessa comunità) attorno ad un valore.

Vi è infatti da chiedersi se la funzione primaria di tale incriminazione sia non tanto *sanzionare* dei comportamenti criminosi, quanto *dichiarare* lo stato di urgenza climatica e *sancire* la presa di coscienza dell'interdipendenza tra esseri umani e Natura. L'essere umano non è che una componente della natura e deve rispettare l'equilibrio dell'ecosistema, che è esso stesso parte della sicurezza, messa in discussione da una mancanza di equilibrio. In altri termini, la protezione della natura è necessaria per la protezione dell'essere umano.

Oggi, tuttavia, la strada è più ripida che a Norimberga: il consenso è meno solido, la sensibilità meno esplicita, i fenomeni sono in corso e già da molto tempo (con accumulazioni significative) e per vederne alcuni effetti bisognerà attendere.

ii) *L'elemento contestuale*. Ciascun crimine internazionale non si limita a reprimere una singola condotta criminosa, ma ricomprende una moltitudine di possibili condotte, accomunate da un elemento di contesto, che distingue queste figure dai delitti comuni.

Tale peculiarità si riflette anche nella tecnica di costruzione dei crimini internazionali: accanto alle singole condotte criminose viene previsto un elemento comune (il c.d. elemento di contesto, *Gesamtat* o *Chapeau*). Per i crimini contro l'umanità, ad esempio, è necessario provare che i singoli comportamenti criminosi (deportazione, tortura, ecc.) siano stati commessi nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile, con la consapevolezza dell'attacco. Ancora: i crimini di guerra devono essere stati posti in essere nell'ambito di un conflitto armato. Per il crimine di genocidio, invece l'elemento di contesto è connesso all'elemento soggettivo e richiede l'intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto. L'elemento di contesto svolge dunque una funzione selettiva in un duplice senso, permettendo da un lato di distinguere i crimini internazionali dai delitti comuni e, dall'altro, di differenziare le varie ipotesi di crimine internazionale. Per quanto riguarda l'ecocidio dovrà essere ripreso tra quelli già esistenti

della scienza, al mercato planetario. Cfr. M. D. MARTY, *Une boussole des possibles: Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Parigi, 2011, 56.

²⁹ Ogni norma penale è un racconto, così C. SOTIS, «Fantastic voyage. Attraverso le specialità del diritto penale: la recensione al recente volume di Michele», in <https://www.questionegiustizia.it>, 25.7.2020.

(in particolare tra i crimini di guerra, crimini contro l'umanità o genocidio) o se ne dovrà congegnare uno nuovo? E se sì, prendendo in considerazione quali elementi?³⁰

iii) *L'elemento intenzionale*. Occorre a questo punto menzionare, anche se brevemente, la discussione attorno all'elemento soggettivo del crimine di ecocidio. Il diritto penale internazionale, come noto, contempla esclusivamente crimini dolosi, anche per la natura di tali illeciti, quali crimini a concorso tendenzialmente necessario³¹. Ora, si discute se i fenomeni in oggetto, ammetterebbero una concezione più ampia di dolo, con un'apertura al dolo eventuale³². E ancora ci si chiede, se, data la rilevanza del bene tutelato, ci si dovrebbe spingere oltre il dolo, con una estensione ad una imputazione a carattere colposo³³ o persino a forme di *strict liability*³⁴. In realtà, se si vuole introdurre un nuovo crimine internazionale, il carattere intenzionale appare come elemento non negoziabile e che si porrebbe in linea di continuità, appunto, col diritto penale internazionale classico.

iv) *La macchina*. La definizione di ecocidio richiederà la messa a punto di un sistema sanzionatorio e l'elaborazione di meccanismi di *enforcement* (a livello nazionale e/o internazionale; secondo un approccio retributivo e/o restaurativo). Questo passaggio sarà cruciale per evitare che la penalizzazione in tale ipotesi rivesta una funzione meramente simbolico-espressiva.

La giustizia penale internazionale, come evolutasi in particolare dagli anni '90 in poi, cosa può offrire dinanzi ad una criminalità globalizzata, già all'opera e con portata distruttiva sul futuro, e che ha come attori

³⁰ Cfr., ad esempio, quanto proposto dal gruppo di ricerca Neyret nell'art. 2 del progetto di Convenzione, contenente la definizione di ecocidio, individua l'elemento di contesto in un «attacco esteso o sistematico alla sicurezza del pianeta», cfr. il testo della Convenzione in L. Neyret (dir.), *op. cit.*, 26.

³¹ Sul principio di colpevolezza nel diritto penale internazionale e nel sistema dello Statuto di Roma cfr, per tutti, anche per ulteriori riferimenti, A. VALLINI, *La mens rea*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan. Torino 2020, 143 ss.

³² Sul dolo eventuale, come criterio di imputazione nel diritto e nella giurisprudenza penale internazionale, anche per ulteriori riferimenti, cfr. A. VALLINI, *op. cit.*, 145 ss.

³³ Sui confini tra *recklessness* e *negligence* e per una attenta e approfondita analisi della giurisprudenza penale internazionale a tale riguardo cfr. A. VALLINI, *op. cit.*, 143 ss. È qui opportuno segnalare il recente progetto di Legge Francese, presentato il 10 febbraio 2021, «portant la lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets» che propone l'introduzione di un *délit* (e non di un *crime*) di ecocidio a carattere doloso.

³⁴ La *strict liability* è abbastanza diffusa nella legislazione penale ambientale in ordinamenti di common law.

principali macroagenti economico e una vittima collettiva, non sempre facilmente identificabile (umana, non umana, presente, futura)?³⁵.

Oltre alla riflessione sulla istituzione di una Corte penale internazionale dell'ambiente³⁶ o sulla estensione della competenza della Corte Penale Internazionale³⁷ potrebbe essere utile raccogliere quell'eredità di Norimberga che consiste nell'aver messo a fuoco i limiti di un sistema puramente retributivo (sia esso istituito a livello nazionale e/o internazionale). Ciò tenendo conto delle specificità della criminalità che coinvolge la biosfera, qui macroscopiche, già rese evidenti dalla legislazione e giurisprudenza. In particolare, si tratterebbe di approfondire (e innovare) la riflessione sulle forme di giustizia restaurativa, quanto meno concorrenti con la giustizia penale.

Mireille Delmas Marty scrive che «chissà se in un domani i monumenti nelle nostre piazze dedicati ai caduti cederanno il posto a monu-

³⁵ Emblematiche di tale complessità le pronunce che hanno riconosciuto all'elemento naturale la soggettività giuridica, tra cui la sentenza emessa dalla Corte Suprema di Uttarakhand (30.3.2017) nell'ambito del caso *Lalit Miglani vs Stato di Uttarakhand* e Altri, 64 ss. che riconosce alle entità naturali nello Stato di Uttarakhand soggettività giuridica e diritti equivalenti a quelli degli esseri viventi; cfr. la legge neozelandese *Te Awarā Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017*, Public Act 2017 No. 7 in cui si legiferato in favore delle richieste del gruppo indigeno Maori nei confronti del fiume Whanganui e del suo ecosistema, assegnando personalità giuridica al sistema fluviale, <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html#DLM6830854>. È altresì interessante segnalare che l'Ecuador nella Costituzione del 2008 ha dedicato un intero capo ai Diritti della Madre Terra (Pachamama); la Bolivia, ha adottato la *Law of the Rights of Mother Earth* nel 2010 e, infine, il New Mexico nel 2013 ha promosso un *Bill of Rights* locale in cui include anche i Diritti della Natura e con cui si proibiscono le attività che in contrasto con tali diritti. Sulla discussione in corso in Francia sull'inserimento in Costituzione cfr. https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/11/22/pas-de-crime-d-ecocide-mais-un-delit-pour-punir-les-atteintes-a-l-environnement_6060716_3244.html e l'intervista rilasciata dal ministro della Giustizia e dalla ministra della Transizione Ecologica a Le Dimanche <https://www.lejdd.fr/Politique/barbara-pompili-et-eric-dupond-moretti-nous-creons-un-delit-decocide-4007210>.

³⁶ Per una simile soluzione, in dottrina, cfr. L. Neyret (dir.), *op. cit.*; A. LEHMEN, «The Case for the Creation of an International Environmental Court: Non-State actors and international environmental dispute resolution», in *Colo Nat Resources Energy and Envtl L Rev* 26(2), 2015; M. A. DRUMBL, «International human rights, international humanitarian law, and environmental security: can the International Criminal Court bridge the gaps?», in *ILSA J Intl & Comp L* 6(305), 2001, 329; M. A. DRUMBL, *Waging War Against the World: The Need to Move from War Crimes to Environmental Crimes*, cit. Si veda, anche, quanto espresso da *International Academy of Environmental Sciences (IAES)* <http://www.iaes.info/contenuto-45-progetto-corte-penale.html>, da *The Biodiversity Alliance* (<https://biodiversity-alliance.org/what-we-do/campaigns/environmental-criminal-court/>) e, infine, da *International Rights of Nature Tribunal* (<https://www.rightsofnaturetribunal.org>).

³⁷ Cfr., ad esempio, le proposte della *Stop Ecocide Foundation* (<https://www.stopecocide.earth>) e del Governo della Repubblica di Vanuatu, cfr. Government of the Republic of Vanuatu, *Statement by The Honourable Minister of Justice and Community Services, Ronald K Warsal (MP) at the 15th Session of the Assembly of States Parties to the Rome Statute*, 17.11.2016; e la risoluzione finale della *la Convention Citoyenne pour le Climate*. In dottrina, cfr. A. GREENE, *op. cit.*; P. HIGGINS, D. SHORT and N. SOUTH, *op. cit.*; A. GAUGER et al., *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, London, 2012; M. A. GRAY, *op. cit.*

menti dedicati alle generazioni future»³⁸. La funzione del diritto di una comunità mondiale affonderebbe le sue radici tanto nella costruzione della memoria quanto in un futuro condiviso. Perché il futuro diventa il collante di una nuova comunità tanto quanto la memoria, se non di più. Si tratta di arrestare ed evitare fenomeni *già in corso* e un futuro che potrebbe “uccidere” la casa comune. L’obiettivo di *(ri)costruzione del futuro* è lo scopo primario e prevalente nelle forme di giustizia restaurativa³⁹. Quest’ultima può essere contemporaneamente *backwards looking* e *forward looking*.⁴⁰

Nella giustizia restaurativa il rapporto fra passato e futuro è sintetizzato nella formula «verità e riconciliazione», l’obiettivo nel futuro (riconciliazione) non può prescindere da un accertamento sul fatto (verità). Passato, presente e futuro sono intrinsecamente legati⁴¹. La sistematicità, la temporalità, il tipo di vittime dei fenomeni che un crimine di ecocidio dovrebbe contrastare non metteranno in maggiore evidenza i limiti di meccanismi strettamente retributivi? La giustizia retributiva, infatti, è pensata e costruita attorno alla persona umana e alla temporalità dell’essere umano non della Terra. Essa è molto al presente e rivolta al passato coerentemente con la sua dipendenza pena-sanzione, e invece la necessità di futuro chiederebbe un “luogo” di verità e riconciliazione. Riconciliazione, rigenerazione con la natura, in un certo senso.

L’opposizione passato-futuro è dunque rilevante rispetto alle strade da intraprendere. Più si sancisce attraverso un meccanismo di giustizia

³⁸ M. D. MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper: Ou comment humaniser la mondialisation*, Parigi 2013, 165 «Nul ne sait si les monuments aux morts seront un jour remplacés par des monuments aux générations futures, mais on observe déjà que la représentation traditionnelle du droit, identifié à l’État et conjugué au présent, ne rend pas compte de la mondialisation actuelle caractérisée non seulement par l’extension du champ juridique dans l’espace mais aussi par une dilatation des effets dans le temps».

³⁹ Cfr. A. N. MARTIN, *Justicia empresarial restaurativa y víctimas restaurativas*, in *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*, a cura di P. Galain, E. Saad-Diniz, Santiago 2021; C. TOMUSCHAT, *Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations*, J. Int’l & Comp. L. 157, 2002. Per un approccio, secondo la *green criminology*, cfr. A. NURSE, «Contemporary Perspectives on Environmental Enforcement», in *Int. J. Offender Ther. Comp. Criminol* 2020; G. VARONA, «Restorative Pathways after Mass Environmental Victimization: Walking in the Landscapes of past Ecocides», in *Oñati Socio-legal Series* 2019; M. VORMBAUM, J. WERLE, *Transitional Justice: Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlino 2018. En España, es posible observar nuevos esfuerzos científicos para introducir prácticas restaurativas en el ámbito de la criminalidad económica, cfr., por todos, M. GARCÍA ARÁN, «Algunas bases para la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica», in J. Vicente Remesal et al. (org), *Libro Homenaje al Prof. Diego Manuel Luzón Peña*. Madrid: Reus, p. 1597-1610.

⁴⁰ Cfr. M. VORMBAUM, J. WERLE, *op. cit.*, 33.

⁴¹ See J. SARKIN, «Refocusing Transitional Justice to Focus Not Only on the Past, But Also to Concentrate on Ongoing Conflicts and Enduring Human Rights Crises», in *JIHLS* 7, 2016, 294.

retributiva, più si è ancorati al presente e rivolti al passato. Più ci si muove verso il futuro, dato che i fenomeni sono in corso e ancora da venire in larga parte, più le modalità potrebbero forse essere quelle (anche) della giustizia riparativa. Emerge dunque un ulteriore livello di complessità del fenomeno che il diritto penale internazionale dovrebbe tradurre: l'essere dilaniato fra passato e futuro, fra fare chiarezza sanzionatoria/sanzionatoria.

2. *Discontinuità*

Il paradigma Norimberga consente di vedere alcune discontinuità della proposta di tipizzazione dell'ecocidio, in particolare in relazione al contesto e alle caratteristiche degli eventi che sono al centro di questo processo in corso, al bene tutelato, ai destinatari della fattispecie, all'elemento soggettivo e, infine, alla tecnica di costruzione della fattispecie.

i) *Dal never again al never*. Il processo di traduzione giuridica avviatosi con e dopo Norimberga aveva come riferimento macro-fatti storici. Il contesto di genesi del crimine di ecocidio è differente: non ci sono vincitori e vinti, non c'è un fattore evenemenziale quale la Shoah. Si tratta di fenomeni in corso, comprovati da dati scientifici.

Qui cambia il rapporto con la linea del tempo: dobbiamo considerare e anticipare il futuro, ma abitiamo già la catastrofe. I fatti che la scienza ci descrive stanno e cadono insieme alla qualificazione. Non sono il punto di partenza, ma il risultato.

A Norimberga, inoltre, fu avviato un processo relativamente rapido di cristallizzazione in testi giuridici di norme di parte speciale, ma anche di parte generale in nome della tutela dell'umanità. Il contesto e i fenomeni dinanzi a cui ci pone la crisi climatica globale sono oggettivamente molto diversi. Vi è un processo in corso, ma con effetti meno dirompendi nell'immediato, più lento, ma alla lunga potenzialmente micidiale per l'intero pianeta.

Tra i molti documenti riguardanti l'urgenza climatica, si trova traccia delle sfide e anche delle trasformazioni che questa richiede (anche) al diritto. In particolare, è significativo il passaggio della Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'ambiente e lo sviluppo, adottata nel 1992 durante

il primo summit sulla Terra ⁴², in cui nel Preambolo si riconosce «the integral and *interdependent* nature of the Earth, our *home*» ⁴³. Questa indicazione potrebbe costituire la base per una svolta verso nuove frontiere per il diritto penale internazionale per la tutela del pianeta, come “casa comune” ai suoi abitanti, umani e non umani? In gioco, infatti, non c’è più la tutela dei connotati dell’umanità (declinata come uguaglianza e dignità), come a Norimberga, ma la tutela del genere umano, in quanto interdipendente con la biosfera, come sfera della vita, capace di mettere a rischio, se compromessa, la sopravvivenza della nostra specie ⁴⁴. Questa diversa visione dell’Umanesimo è stata magistralmente descritta da Mireille Delmas Marty come il passaggio dall’Umanesimo illuminista all’Umanesimo interdipendente ⁴⁵. Su tale scia si potrebbe individuare nella Dichiarazione di Rio il testo che *annuncia* il consenso che il nuovo «cidio» vorrebbe costruire. Non per dire no, come a Norimberga, a qualcosa che già si era verificato e si ripeta ancora, affermando un *never again*, ma per arrestare ed evitare che ciò che è già in corso realizzi una catastrofe annunciata e corroborata da dati scientifici, un *never*, in un certo senso?

Se l’obbiettivo è ragionevole e corretto, più complesso è il metodo indicato. Il diritto penale internazionale è strumento adeguato per accogliere una prospettiva che ha il proprio fuoco di interesse sul futuro (e non sul passato)?

ii) *Dalla tutela dell’umanità alla tutela della casa comune dell’umanità*. Il male che il genocidio e i crimini contro l’umanità codificavano per la prima volta nel diritto penale internazionale di Norimberga, era male compiuto dall’essere umano *direttamente* sull’essere umano. Ecocidio, invece, è male fatto dall’essere umano *indirettamente* sull’essere

⁴² Cfr. ONU, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development: Rio Declaration –Preamble*, 12.8.1992, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF151_26_Vol. I_Declaratio n.pdf

⁴³ Il corsivo è nostro.

⁴⁴ Oltre ad una serie di ricadute molto rilevanti della crisi climatica sul fenomeno delle migrazioni e, di conseguenza, sull’ulteriore onere di gestione dei flussi dovuti alla migrazione climatica che spetta ai governi «occidentali» quale conseguenza di un problema cui hanno dato causa in termini massicci.

⁴⁵ L’Umanesimo dell’Illuminismo, o dell’Emancipazione, si fondava sul dominio dell’essere umano sulla Natura. La crisi ecologica –e quella sanitaria– rivelano una nuova visione dell’Umanesimo, che l’Autrice chiama Umanesimo delle Interdipendenze. Un Umanesimo, questo, che rifiuta di collocare gli esseri umani in una posizione di dominio, collegandoli orizzontalmente con altri esseri viventi (solidarietà sociale) e con altri esseri non viventi (solidarietà ecologica). Cfr. M. D. MARTY, *Dans la spirale des humanismes*, in <https://legrandcontinent.eu/fr/>, 16.1.2021 (che individua nella spirale delle diverse visioni dell’Umanità la bussola dinanzi agli sconvolgimenti attuali, indicando l’Umanesimo in relazione, l’Umanesimo emancipato-illuminista, l’Umanesimo interdipendente (a livello sociale ed ecologico) sino, al prossimo, l’Umanesimo in gestazione.

umano. Compromettendo la bilancia ecologica, si innescano dinamiche che mettono a rischio la sopravvivenza di persone e di popolazioni.

La nuova fattispecie incriminatrice dovrebbe, quindi, punire fenomeni che indirettamente compromettono l'umanità. Il genocidio, infatti, era male fatto dall'essere umano *direttamente* sull'essere umano. Ecocidio, invece, è male fatto dall'essere umano *indirettamente* sull'essere umano. Compromettendo la bilancia ecologica, si innescano dinamiche che conducono a compromettere la sopravvivenza di persone e di popolazioni.

Se un tempo la minaccia era diretta, ora è indiretta, ma le conseguenze dell'alterare i cicli vitali maggiori –innalzamento del mare, acidificazione, riscaldamento globale– potrebbero essere catastrofiche.

Una ulteriore discontinuità, connessa alle precedenti, può quindi essere rinvenuta nel *bene* da proteggere. Il diritto penale internazionale, come già osservato, in linea con l'Umanesimo illuminista, affermava i diritti umani e le libertà dei cittadini, tutelando l'umanità, intesa come eguaglianza e dignità della persona «senza distinzione alcuna», secondo la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

In questo caso specifico, la rottura è solo apparentemente non radicale: ciò che è in gioco è la tutela della casa comune, che è condizione necessaria della vita dell'umanità stessa. Proteggendo la biosfera, come ramo su cui stiamo seduti, si riconosce la presa di coscienza della interdipendenza tra essere umano e natura e del legame di sussistenza essere umano e ambiente. I diversi cicli vitali sono i diversi rami dell'albero della vita a cui siamo appesi e in cui abbiamo la nostra casa. Ogni volta che ne comprometti uno, comprometti le condizioni di vita di milioni di persone. La rivoluzione è profonda, sia sul piano antropologico, politico e giuridico.

Mettere bene a fuoco il bene giuridico da tutelare sarà pre-condizione per arrivare a tipizzare, ed eventualmente scomporre, le singole condotte punibili⁴⁶.

iii) *Dal singolo agli enti collettivi*. Il diritto penale internazionale ha fatto della responsabilità penale individuale il proprio pilastro. Anzi, si è strutturato, sin dalla sua nascita, per personalizzare la responsabilità penale per crimini internazionali, secondo un approccio rivoluzionario⁴⁷.

⁴⁶ In tale percorso sarà opportuno individuare e scomporre la fattispecie penale in un elemento di contesto e individuare singoli –anche se ampi– settori: inquinamento dei mari e degli oceani, dell'atmosfera, la distruzione foreste ecc.

⁴⁷ F. JESSBERGER, G. WERLE, *op. cit.*, 6.

Tuttavia, la responsabilizzazione delle persone giuridiche non è stata ignorata⁴⁸ e, a più riprese, è una questione che si ripresenta nell'evoluzione del diritto e della giustizia penale internazionale, come rivelano le discussioni che vi sono state a tale riguardo durante la Conferenza di Roma, istitutiva della Corte penale internazionale con funzioni permanenti⁴⁹.

Qui torna ad essere questione centrale⁵⁰. Se è vero che anche a Norimberga si trattava di giudicare il *potere*, la sovranità che può essere distruttrice⁵¹, rimediando alle insufficienze della legislazione nazionale, anche il "bisogno" di un crimine di ecocidio si basa sulla constatazione che non esistono strumenti adeguati per punire i veri sovrani di oggi, le grandi *corporations*, che si pongono come gli autori archetipici delle gravissime violazioni ambientali (spesso anche con la complicità degli Stati)⁵². Il rapporto con la responsabilità personale diviene quindi più complesso. Il postulato di effettività dovrebbe orientare l'introduzione di un nuovo crimine internazionale di ecocidio, evitando la creazione

⁴⁸ W. KALECK, M. SAAGE-MAASS, «Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: The Status Quo and its Challenges», in *JICJ* 8(3), 2010, 699 ss.; J. A. BUSH, «The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said», in *Colum. L. Rev.* 109 (5), 2009, 1094 ss. In una prospettiva storica, ancorché incentrato sulle responsabilità individuali, si veda F. JESSBERGER, *On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial*, in *JICJ* 8(3), 2010, 783 ss.; cfr. C. KAEB, «The Shifting Sands of Corporate Liability under International Criminal Law», in *Geo Wash Int'l L Rev.* 49, 2016; H. VAN DER WILT, «Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities», in *Chinese J Int'l L* 12, 2013; K. FAUCHALD, J. STIGEN, «Corporate Responsibility before International Institutions», in *Geo Wash Int'l L Rev.* 40, 2009.

⁴⁹ F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *op. cit.*, 256 ss.; A. CLAPHAM, «The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court», in *Liability of Multinational Corporations under International Law*, a cura di M. T. Kamminga, S. Zia-Zarifi, L'Aia 2000, 139 ss.; M. DELMAS MARTY, *Ambiguities and Lacunae: The International Criminal Court Ten Years on*, *cit.*, 553 ss.

⁵⁰ Alcuni spunti significativi potranno ricavarsi anche dal cd. diritto penale internazionale economico, oggetto di interesse crescente da parte della dottrina. Tra i tanti contributi cfr. K. AMBOS, «International Economic Criminal Law: the Foundations of Companies Criminal Responsibility under International Law», in *Crim. Law Forum* 2018, 499 ss.; si veda anche la *special issue* F. JESSBERGER, J. GENEUSS, «Transnational Business and International Criminal Law», in *JICJ* 8(3), 2010; A. N. MARTIN, «Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos», in <https://indret.com/presentacion/>, 3.2020; Report dell'Expert Panel of the International Commission of Jurists (ICJ), *Corporate Complicity and Legal Accountability*, Vol. I: Facing the Facts and Charting a Legal Path, Ginevra 2008.

⁵¹ In tal senso Norimberga ha costituito un momento di cristallizzazione giuridica fondativa.

⁵² L'importanza di tenere conto delle caratteristiche dell'autore in relazione ai fenomeni in oggetto è evidenziata anche da A. Nieto secondo cui: «Si en Nüremberg el modelo era la criminalidad estatal, aquí se trataría de la criminalidad protagonizada por empresas multinacionales», cfr. A. N. MARTIN, «Cambio climático y Derecho Penal Internacional del medio ambiente», in <http://www.juecesdemocracia.es>, 7.2020, 64. Per questo, l'ecocidio sarebbe l'esempio secondo l'Autore, «de un nuevo paradigma» rispetto alle figure classiche del diritto penale internazionale «que siguen respondiendo al paradigma de la criminalidad de estado instaurado en Nüremberg».

di una fattispecie che svolga solo una funzione di soddisfazione –usando le sue parole– della domanda di punizione. A tal fine la previsione della responsabilità degli enti diviene aspetto essenziale. Questo profilo è strettamente collegato ad una questione più generale: sul piano strutturale, una fattispecie di ecocidio per quali soggetti dovrebbe funzionare? Si rivolge al singolo industriale, alla grande impresa, al capo dello Stato? Chi è il *Potere* che mettiamo sul banco degli imputati, che condanniamo e verso cui dovrebbe essere eseguita la pena? Andrebbe prevista sia una responsabilità individuale che una responsabilità collettiva (delle imprese e dello Stato)?

iv) *Da reati di evento a reati di pericolo?* A tale notazione se ne accompagna un'altra che annuncia una ulteriore possibile discontinuità. Nel diritto penale internazionale è consolidata la costruzione delle fattispecie come reati di evento. Occorre chiedersi se un'altra rivoluzione di parte generale con cui bisognerebbe fare i conti non sia l'ingresso di reati di pericolo concreto o addirittura di pericolo astratto, dato che non conosciamo, o conosciamo molto poco, le concatenazioni causali tra i fenomeni che si vorrebbero contrastare con gli eventi che si vorrebbero prevenire.

IV. Nuove frontiere per il diritto penale internazionale?

«This offence still does not exist and in order for that to happen, it first has to be *precisely defined*»⁵³. Così affermava la penalista belga Françoise Tulkens, presidente del Tribunale Monsanto⁵⁴. E allo stesso modo la “*pasión que se reblea contra la inequidad*” nel diritto penale, come ci insegna Luis Arroyo Zapatero nel suo testo “*Las tres pasiones de las ciencias penales*”, richiede soluzioni contro l'impunità dei crimini contro i beni giuridici comuni globali⁵⁵. Le passioni –per l'umanità e contro la sua distruzione– devono trovare espressione in forme giuridiche. Il percorso di costruzione della fattispecie incriminatrice (e il suo

⁵³ Il corsivo è nostro.

⁵⁴ Così nell'intervista pubblicata nel quotidiano *Le Monde*, «*Quel est le contexte juridique du vrai-faux “procès” de Monsanto?*», 16.10.2016. Sul Tribunale di Monsanto, cfr. Monsanto Tribunal and People's Assembly, *Report by Navdanya International*, L'Aia, 14-16.10.2016, https://peoplesassembly.net/wp-content/uploads/2016/12/MonsantoTribunalPeoplesAssembly_Report_24.12..pdf; International Monsanto Tribunal, *Advisory Opinion* (18 April 2017); M. COLACURCI, *Il “Tribunale Monsanto”: le imprese transnazionali dinanzi alla responsabilità per ecocidio?*, in *Jus*, 1, 2018, 145-166.

⁵⁵ L. ARROYO ZAPATERO, *Las tres pasiones de las ciencias penales*, p. 4 (dal manoscritto).

recepimento⁵⁶) richiede di stabilire con precisione i diversi elementi dell'ecocidio.

Accanto a tale aspetto specifico rimane un interrogativo più generale sul bisogno di un crimine di ecocidio e sul ruolo e sulle funzioni che può avere lo strumento penale internazionale.

Se la funzione poetica è indubbiamente un elemento a favore dell'introduzione di questa fattispecie incriminatrice, essa non può, da sola, essere sufficiente.

Dinanzi a questo processo giuridico *in fieri*, di diritto «in gestazione», l'esito è incerto. Le sfide presenti in parte sono inedite e la complessità deve essere ancora ben decifrata. Le continuità e discontinuità, alcune delle quali abbiamo individuato in questa riflessione, rivelano un altro fondamentale interrogativo, ovvero se il fulcro della codificazione debba essere il diritto penale internazionale o il diritto penale economico. Vi è da chiedersi se l'ecocidio è «figlio» del diritto penale internazionale o se, invece, si colloca nel mezzo, per così dire, tra diritto penale internazionale e diritto penale economico, richiedendo dunque non solo una evoluzione del diritto penale internazionale, ma anche una integrazione con questo specifico settore del diritto penale, inaugurando un nuovo paradigma. Bisogna peraltro notare, in riferimento ai modelli sanzionatori, come proprio nell'ambito del diritto penale economico, in particolare di quello rivolto agli enti, tendano a svilupparsi strategie di reazione agli illeciti che guardano al *futuro*, piuttosto che al passato⁵⁷; ciò che consente di presagire la possibilità e proficuità di integrazione tra i modelli.

Ma se dunque si trattasse di integrazione del paradigma di Norimberga e non di mero adeguamento alle esigenze maggiormente sentite oggi, quale dovrebbe essere il centro e quale la periferia della nuova fattispecie: il diritto penale internazionale o il diritto penale economico⁵⁸?

Un approfondimento di questo profilo e degli elementi di continuità e discontinuità dovrebbe aiutare a comprendere la maggiore o maggiore prossimità al paradigma di Norimberga. Se le discontinuità dovessero risultassero prevalenti, la conseguenza sarebbe quella, una volta

⁵⁶ Dal livello universale al livello nazionale; dal nazionale, poi, l'incriminazione potrebbe essere codificata a livello internazionale.

⁵⁷ Cfr., ad esempio, M. GALLI, «Giudicare l'avvenire: uno studio a partire dalla Convention judiciaire d'interet public», in *Riv. it. dir. proc. Pen.* 3, 2018, 1285 ss.

⁵⁸ Si riprende qui lo schema sviluppato da Carlo Enrico Paliero ne *La fabbrica del Golem*, RIDPP, Aprile–Giugno, 2000, 466 ss.

individuata la *ratio* a fondamento di un nuovo crimine internazionale, di dover fare i conti nell'elaborazione della fattispecie di ecocidio con un paradigma nuovo di diritto penale internazionale.

In tale scenario solo una spinta politica e il rigore, coniugato all'immaginazione, dei giuristi possono far evolvere la riflessione sulle risposte alla crisi climatica, strappando il cantiere aperto sull'ecocidio al solo spazio della domanda di punizione, espressa dall'opinione pubblica.

L'epilogo potrebbe anche essere quello di valutare come non opportuna, non utile e non necessaria l'introduzione di un nuovo crimine internazionale. Oppure di ritenere bastevole l'insieme di strumenti già esistenti, anche fuori dal penale, nel diritto amministrativo e nelle misure sanzionatorie che esso prevede.

Se, invece, si continuerà nel percorso di una criminalizzazione autonoma dell'ecocidio occorrerà non farsi guidare da una logica binaria, ma, anzi, accettare un processo per *steps* progressivi, sapendo che l'armonizzazione, il dialogo tra i giudici nazionali e la cooperazione tra istituzioni possono accompagnare i percorsi di universalizzazione.

Infine, se verrà introdotto un nuovo ed autonomo crimine di ecocidio, sancendo così sul piano simbolico la presa di coscienza e l'impegno dinanzi alla crisi climatica e sanitaria, dovrà essere formulato in maniera precisa, in conformità con la specialità del diritto penale. Il rischio, altrimenti, è che la figura criminosa assuma come funzione primaria, se non esclusiva, il *sancire*⁵⁹, col risultato di assecondare quella dinamica di giuridicizzazione della nostra società e delle relazioni sociali, per cui l'intervento giuridico diviene suppletivo dell'agire politico.

⁵⁹ È interessante nuovamente citare il progetto di Legge francese presentato il 10 febbraio 2021, «portant la lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets» che dispone l'introduzione di un *délit* (e non di un *crime*) di *ecocidio* nel codice penale dell'ambiente. Tale scelta soddisfa una esigenza simbolico-espressiva (si mantiene il nome), senza preoccupazioni di effettività (è classificato come *délit*, intenzionale e inserito nel codice dell'ambiente e non in quello penale). Cfr. «A crime called «ecocide»: how Macron in France, and the Danish Parliament, are willing to use laws (and referenda) to hit climate targets», *The Alternative UK* (10 August 2020) [https://propositions.convention-citoyennepourleclimat.fr/pdf/pr/ccc-senourrir-legiferer-sur-le-crime-d-ecocide.pdf](https://www.thealternative.org.uk/dailyalternative/2020/8/10/ecocide-denmark-macron; Stop Ecocide, «President Macron «shares ambition» to establish international crime of ecocide» (29 June 2020) https://www.stopecocide.earth/press-releases-summary/president-macron-shares-ambition-to-establish-international-crime-of-ecocide; Convention Citoyenne pour le Climat, «Légiférer sur le crime d'écocide», <a href=); Projet de Loi (11 February 2021); Audrey Garric and Rémi Barroux, «La reconnaissance au rabais de l'écocide dans le projet de loi climat», *Le Monde* (10 February 2021); Audrey GARRIC and Rémi BARROUX, «Projet de loi climat: des mesures nombreuses, mais pas à la hauteur des ambitions», *Le Monde* (10 February 2021).

LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES INTERNACIONALES DE NÚREMBERG Y TOKIO

ANA M. GARROCHO SALCEDO

Profesora de Derecho penal. Universidad Carlos III de Madrid

I. Introducción

A diferencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, que enjuició a 21 altos cargos militares y autoridades del nacionalsocialismo por la ordenación y planificación *activa* de ciertos crímenes¹, la responsabilidad del mando por omisión fue una herramienta alternativa de imputación de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial por parte de los vencidos². Los Tribunales Militares de Ocupación Aliada y el Tribunal Militar Internacional de Tokio inauguraron y desarrollaron esta forma de responsabilidad por omisión de los superiores militares y civiles a los que enjuiciaron. Ello da buena cuenta del Derecho internacional consuetudinario que después cristalizó en el art. 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que regula expresamente la responsabilidad de los mandos civiles y militares por los crímenes de sus inferiores, y que hoy sirve de marco normativo de esta forma de responsabilidad omisiva. Sirva esta contribución de mi más

¹ Por todos, BANTEKAS, I., *Principles of direct and superior responsibility in international humanitarian law*, Manchester University Press, 2002, p. 70. No obstante, debe advertirse que la delegación de EEUU propuso la inclusión en el Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, una previsión específica sobre responsabilidad de los superiores por omisión, que, finalmente, no fue incorporada. Vid., PARKS, W. H., «Command responsibility for war crimes», en *Military Law Review*, 62, 1973, p. 17.

² Report of International Law Commission on the work of its 48.º session, 6 May-July, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 10, (A/51/10), p. 25.

sincero homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero, en agradecimiento a su dedicación a la Universidad Pública en España y a su proyección internacional.

La importancia de estos precedentes históricos –más allá de la consolidación de la responsabilidad del mando en el Derecho internacional consuetudinario– radica en la presentación de los principales grupos de casos a los que esta forma de responsabilidad por omisión puede hacer frente en el futuro; con ello se sistematizan ciertos rasgos que tendrán importancia en la fundamentación dogmática de la responsabilidad omisiva del superior y se ordenarán ciertos extremos que desempeñan una importancia fundamental en la determinación de la imputación de los crímenes ante el omiso impedimento de los mandos. Por razones de espacio, en esta contribución solo pueden plantearse de forma sumaria.

Los principales grupos de casos que abarcan la responsabilidad del superior son los siguientes. El primer grupo de casos presenta la problemática de la imputación de los crímenes de los subordinados al mando militar que ostenta la autoridad sobre los ejecutores (caso Yamashita). El segundo grupo de casos abarca la responsabilidad de los mandos de ocupación por conductas delictivas cometidas contra población civil de territorios ocupados (caso *High Command* y caso *Hostages*); en estos contextos la acción lesiva puede provenir directamente de las fuerzas bajo el mando de ocupación, o puede proceder de fuerzas *ajenas* a la cadena de mando de dicha fuerza ocupante. En estos contextos concurre una suerte de deber de garantía de protección de civiles *erga omnes*. El tercer grupo de casos –similar al anterior– plantea responsabilidad del mando por omisión con respecto al bienestar y trato humano de internos y prisioneros de guerra en poder de fuerzas combatientes enemigas, que afecta indistintamente a civiles y militares (caso Röchling). El cuarto y último grupo de casos presenta la responsabilidad por pertenencia a una organización (en estos casos, al Gobierno) por la no evitación de crímenes cometidos o auspiciados desde dentro de esa organización. En los juicios de Tokio se hizo responsable a ciertos ministros del gabinete de los malos tratos a prisioneros de guerra, a pesar de que dichas personas no eran los encargados de gestionar los campos de prisioneros. Ello –así planteado– comporta no pocos problemas. El mero conocimiento de los crímenes por parte de ciertos miembros del Gobierno no les convierte en responsables por no impedir los mismos, dado que existe un reparto de competencias que debe ser tenido en cuenta para depurar las eventuales responsabilidades penales. El buen

trato de los prisioneros de guerra no compete por igual a todos los miembros del gabinete y, en función de la distribución del trabajo, cabe asignar a ciertas personas unos deberes determinados, que –en caso de incumplimiento– puede generar responsabilidades por la no evitación de delitos cometidos por terceros dentro de ese segmento de competencias. Como se comprobará *infra*, resulta criticable la forma en que el Tribunal Militar Internacional de Tokio fundamentó las condenas de ciertos ministros japoneses por omisión sobre la base de su conocimiento de la comisión de crímenes contra los prisioneros de guerra.

II. El caso Yamashita

El caso más paradigmático sobre la responsabilidad del mando por omisión en la segunda posguerra mundial fue el caso del General japonés, Tomoyuki Yamashita³. El juicio se desarrolló en el seno de una Comisión Militar estadounidense, instituida por el General Douglas MACARTHUR y el General Wilhelm STYER a través de la «*Pacific Rules and regulations governing trial of war criminals*», de 24 de septiembre de 1945⁴. El juicio comenzó el 8 de octubre de 1945 en Manila y concluyó el 7 de diciembre de 1945, condenando a Yamashita a morir en la horca. La pena de muerte fue ejecutada el 23 de febrero de 1946⁵. Los cargos imputados estaban circunscritos a los acontecimientos durante la ocupación en Filipinas, donde Yamashita desempeñó su cargo como Comandante General de la 14.^a División del Ejército Imperial Japonés en las Islas Filipinas, entre el 9 de octubre de 1944 hasta el 2 de septiembre de 1945⁶.

Yamashita fue enjuiciado por una violación de las Leyes de la Guerra, que consistía en haber «omitido ilícitamente y haber faltado a su deber como comandante de controlar las operaciones de las tropas bajo su mando, permitiéndoles cometer brutales atrocidades y graves crímenes contra personas de EEUU, sus aliados y dependencias» en Filipinas⁷. La acusación sostuvo que individuos, unidades y organiza-

³ Véase *in extenso* sobre este caso, STRYSZAK, M., «Command Responsibility: how much should a commander be expected to know», en *Journal of Legal Studies (United States Air Force Academy)*, 27, 2002, pp. 35-44.

⁴ Law Reports of Trials of War Criminals (en adelante, LRTWC). Selected and prepared by United Nations War Crimes Commission. Volume IV, London, 1948, pp. 2-3.

⁵ LRTWC, vol. IV, p. 2.

⁶ LRTWC, vol. IV, p. 3.

⁷ Sobre el cargo dirigido contra Yamashita, *vid.*, LRTWC, vol. IV, 1948, pp. 3-4.

ciones, bajo el mando de Yamashita habían cometido de forma generalizada, notoria y repetidamente un gran número de delitos a lo largo del territorio filipino. La notoriedad y la extensión de los crímenes debían haber sido conocidos (*they must have been known*) por Yamashita, si este hubiera hecho esfuerzos para ejercer su mando y las obligaciones de su cargo de forma responsable, de modo que, si no los conoció, fue porque tomó parte activa en no saber (*affirmative action not to know*)⁸. La acusación llegó a sostener que los crímenes fueron *planeados* por Yamashita⁹.

Las conclusiones alcanzadas por la acusación fueron las siguientes: 1) desde el momento que Yamashita fue designado como Gobernador militar en Filipinas, el 17 de noviembre de 1944, tenía el deber de proteger a la población civil de este territorio, pues asumió el mando militar de más alto rango en ese territorio¹⁰. 2) En relación con el presunto desconocimiento de Yamashita de la comisión de atrocidades cometidas contra la población civil o contra los internos de los campos de prisioneros, la acusación sostuvo que Yamashita no hizo esfuerzos para conocer los actos de sus tropas, a pesar de su deber de conocer dichos actos como superior militar¹¹. Su ignorancia se debió a una elección personal asumida por Yamashita¹². 3) La acusación reconoció que, conforme al Derecho Internacional, los mandos militares tienen el deber de controlar a sus tropas de tal modo que estas no cometan flagrantes y notorias violaciones de las Leyes de la Guerra¹³. Así, pues, la comisión de graves atrocidades de forma generalizada y notoria en Filipinas se produjo por la ausencia de control de Yamashita de sus fuerzas para impedir tales actos¹⁴.

En relación con la fuente de esos deberes de los mandos, la acusación aludió al art. 1 del Reglamento de la IV Convención de La Haya

⁸ LRTWC, vol. IV, pp. 17.

⁹ LRTWC, vol. IV, p.19, *passim*, p. 30.

¹⁰ LRTWC, vol. IV, p.30, «After the 17th November, 1944, the military governor of the Philippine Islands. He was the highest military commander in this area. It was his duty, in addition to his duty as a military commander, to protect the civilian population».

¹¹ LRTWC, vol. IV, p.30, «It was his duty to know what was being done by his troops under his orders».

¹² LRTWC, vol. IV, p.30, «If he chose to ignore one and devote all of his attention to the other he did so at his own risk».

¹³ LRTWC, vol. IV, p.32, «It was well recognized in International Law, even under the international conventions, that a commanding officer did have a duty to control his troops in such a way that they did not commit widespread, flagrant, notorious violations of the laws of war».

¹⁴ LRTWC, vol. IV, p.32, «Since there had existed in the Philippines a widespread pattern of atrocities over a period of time, necessarily notorious and committed by organized military units led by officers, there must have been a failure on the part of the ultimate commander of those troops to perform his duty so to control those troops that they would not commit such acts».

de 1907 en la que se disponía que los ejércitos «deben estar comandados por una persona responsable de sus subordinados». Por otro lado, la acusación consideró que «las leyes penales, las costumbres y las leyes de las naciones civilizadas pueden aplicarse en el ámbito internacional como parte de las Leyes de la Guerra siempre que estas mantengan relación con el supuesto a enjuiciar¹⁵. En ese sentido, la acusación afirmó que «conforme a las leyes internas, cualquier persona que tenga el control de una operación donde se haga uso de instrumentos peligrosos, y no ejerza el grado de cuidado que, bajo esas circunstancias, deba ser ejercido para proteger a terceros, será responsable de las consecuencias de su infracción de deber (*dereliction of duty*)¹⁶. De ese modo, la responsabilidad de Yamashita por los crímenes cometidos por sus subordinados se fundamentaba en el incumplimiento de las obligaciones de los mandos que las normas nacionales e internacionales le imponían.

Por su parte, la defensa articuló su pretensión de acuerdo a tres argumentos principales: 1.º) la *ausencia de control efectivo de iure y de facto* de Yamashita sobre sus tropas, teniendo en cuenta las pésimas condiciones en las que se estaba desarrollando el conflicto bélico, provocadas por la guerrilla filipina y el asedio del ejército estadounidense¹⁷; 2.º) la *falta de conocimiento* de Yamashita de la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados e imposibilidad de haberlos conocido dadas las condiciones concurrentes¹⁸; 3.º) la *falta de pruebas* que indicasen que Yamashita había ordenado, excusado, o permitido la comisión de los crímenes mencionados, así como la ausencia de pruebas que acreditasen que Yamashita había recibido informe alguno donde se le alertase de la comisión de los crímenes¹⁹.

La Comisión Militar, adhiriéndose en gran parte a las alegaciones presentadas por la acusación, dictaminó finalmente que los crímenes habían sido cometidos de forma generalizada, por lo que bien fueron permitidos intencionalmente, bien ordenados de manera secreta²⁰. La Comisión afirmó que cuando los crímenes tienen cierta extensión y los superiores militares no intentan descubrir y controlar (*discover and control*) esos actos, el mando es responsable penalmente por los crímenes de sus tropas en función de su naturaleza y las circunstancias del caso²¹.

¹⁵ LRTWC, vol. IV, p.32.

¹⁶ LRTWC, vol. IV, p.32

¹⁷ LRTWC, vol. IV, pp. 23-24.

¹⁸ LRTWC, vol. IV, p. 27.

¹⁹ LRTWC, vol. IV, pp. 25 y 29.

²⁰ LRTWC, vol. IV, p.34.

²¹ LRTWC, vol. IV, p.35.

La Comisión Militar condenó a Yamashita y le impuso una condena a muerte en la horca. Los argumentos que fundamentaron dicha condena subrayaban la participación de las fuerzas armadas japonesas en una serie de crímenes contra ciudadanos y dependencias de EEUU y de sus aliados en las Islas Filipinas. Asimismo, quedó acreditado que la comisión de los crímenes no fue esporádica, sino que, en muchos casos, habían sido supervisados metódicamente por oficiales japoneses, y que, durante el periodo en cuestión, Yamashita no había provisto el control efectivo sobre sus tropas que las circunstancias requerían²².

Yamashita presentó un recurso ante la Corte Suprema de Filipinas que fue desestimado, y dos recursos ante la *Supreme Court* de EEUU, que finalmente convalidó el fallo condenatorio de la Comisión Militar contra el General japonés. No obstante, dos magistrados de la Corte Suprema de EEUU –MURPHY y RUTDLEGDE– manifestaron su oposición a las conclusiones de la mayoría²³.

Entre otros extremos, es especialmente relevante mencionar la crítica expresada por el juez MURPHY en relación con el modo en que fue construida la responsabilidad penal de Yamashita. En esta ocasión, MURPHY subrayó acertadamente la importancia que tiene en este ámbito la prueba de la *capacidad de actuar* para evitar los crímenes por parte del superior jerárquico. A su juicio, no podía atribuirse responsabilidad penal a Yamashita por los crímenes de los subordinados, dada su *incapacidad* fáctica para controlar a sus tropas²⁴. De ese modo, MURPHY no negó la existencia de la responsabilidad de los superiores por omisión en el Derecho internacional de la época (y así lo refleja cuando invoca otros precedentes en la materia²⁵, y recuerda que, conforme al *Common Law* y a su doctrina, se admite que alguien cometa un delito por omisión²⁶), sino que se opuso a la concreta forma en la que la comi-

²² LRTWC, vol. IV, p.35.

²³ Por todos, CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2.ºed., Oxford University Press, 2008, pp. 238-239.

²⁴ *In re Yamashita*, en *American Journal of International Law*, 1946, p. 454, «No one denies that the inaction or negligence may give arise to liability, civil or criminal. But it is quite another thing to say that the *inability to control* troops under highly competitive and disastrous battle conditions renders one guilty of a war crime in the absence of personal culpability». *Cursiva añadida*.

²⁵ *In re Yamashita*, p. 453, «In other cases officers have been held liable where they knew that a crime was to be committed, had the power to prevent it and failed to exercise that power. Pedro Abad Santos, G. O 130, une 19, 1901, Hq. Div. Phil. Cf. Pedro Cruz, G. O., 264, sept. 9, 1901, hq. Div. Phil.».

²⁶ *In re Yamashita*, p. 454, «Common law and statutory doctrine... applies that one who is under a legal duty to take protective or preventive action is guilty of criminal homicide if he wilfully or negligently omits to act and the death is proximately caused. *State v. Harrison*, 107, N. J. L 213; *State v. Irving*, 126 La. 434, *The Common law*, p. 278».

sión militar condenó al General japonés, sin considerar las condiciones en las que se libró el combate, donde el asedio de EEUU y de la guerrilla filipina impidieron todo control de Yamashita sobre sus fuerzas²⁷.

El 23 de febrero de 1946 Yamashita fue ahorcado.

III. Los juicios menores de Núremberg en virtud de la Ley núm. 10 del Consejo de Control Aliado

Al margen del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, los países aliados de ocupación crearon tribunales militares nacionales sobre la base de la Ley núm. 10 del Consejo de Control Aliado (en adelante, CCA), de 20 de diciembre de 1945, para enjuiciar la comisión de crímenes de guerra, contra la paz y crímenes contra la humanidad, definidos en el art. 2.1 de la mencionada ley.

El art. 2.2 de la Ley núm. 10 del CCA disponía que:

«Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he was (a) a principal or (b) was an accessory to the commission of any such crime or ordered or abetted the same or (c) took a consenting part therein or (d) was connected with plans or enterprises involving its commission or (e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime or (I) with reference to paragraph 1 (a), if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, cobelligerents or satellites or held high position in the financial, industrial or economic life of any such country.»

De la norma precedente, se desprende que, dentro de las formas de intervención punible, se contemplaba la responsabilidad de aquellos que *consintieron* la comisión de cualquiera de los crímenes de la competencia del tribunal (crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad). El término «consentir» evoca en buena medida una responsabilidad omisiva de quien, estando obligado a actuar, tolera que se cometan crímenes que él debía tratar de evitar. En cierto sentido, el art. 2.2.c) ya vislumbraba una «especialidad» en la condición de los sujetos a los que se refería²⁸, puesto que no cualquiera podía consentir

²⁷ *In re Yamashita*, pp. 450, 454.

²⁸ No obstante, la literalidad del art. 2.2.c) no aludía expresamente a la condición de jefe o superior, a diferencia de otras normas de Derecho penal internacional como el art. 86 PAII de

en la realización de los crímenes, sino aquellos a quienes se les atribuía un *deber* de interceder en un curso lesivo, y a quienes se les presuponía la *capacidad* de interponer una acción eficaz encaminada a tratar de evitar un resultado lesivo.

EEUU juzgó a numerosos altos cargos del ejército alemán, y en dos casos se aludió a la responsabilidad del superior militar por omisión en relación a delitos cometidos en ciertos territorios ocupados por la Alemania nazi. A continuación, se expondrán brevemente los hechos que motivaron la imputación de la comisión de crímenes contra la paz, de guerra y crímenes contra la humanidad a numerosos altos cargos de la *Wehrmacht* sobre la base de comportamientos omisivos.

1. *El caso del Alto Mando de la «Wehrmacht» (High Command case)*

El caso *High Command* es conocido oficialmente como *United States of America vs. Wilhelm von Leeb, et al. (Case No. 12)* y se desarrolló entre el 30 de diciembre de 1947 y el 28 de octubre de 1948. Los acusados ocupaban puestos militares de alto rango en las fuerzas armadas alemanas. Fueron encausados por haber cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y de haber participado en el plan común para cometer crímenes contra la paz (actual crimen de agresión)²⁹.

En lo que afecta a la *command responsibility*, este juicio cobra relevancia con respecto a la responsabilidad de los mandos militares por hechos delictivos cometidos en los territorios ocupados³⁰, y presenta el segundo grupo de casos al que antes se hizo alusión. En este juicio se dilucidó si los altos mandos militares al frente de los territorios ocupados podían responder por las conductas delictivas cometidas por las agencias económicas y de policía del Reich que operaban en los territorios ocupados dentro de la jurisdicción de estos mandos³¹, a quienes no solo se les había otorgado el control militar de la zona, sino también delegado poderes ejecutivos (de gobierno) sobre estos territorios. En

los CG, art. 7.3 ETPY, art. 6.3 ETPR y el art. 28 ECPI, que circunscriben esta forma de responsabilidad a superiores militares y no militares (civiles).

²⁹ *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10 (= Trials)* vol. XI, Washington, 1951, pp. 463 y ss.

³⁰ *Trials*, vol. XI, Washington, 1951, pp. 542– 549.

³¹ *Trials*, vol. XI, p. 542.

concreto el problema se planteaba en relación con los delitos cometidos por los *Einsatzgruppen* (pertenecientes a las SS) en los territorios ocupados³².

La defensa planteó que las fuerzas de ocupación tenían limitados sus poderes ejecutivos, y que en ningún caso los *Einsatzgruppen* estaban bajo el control de los mandos de ocupación³³. No obstante, el tribunal consideró probado que las fuerzas de ocupación de la *Wehrmacht* tenían transferidos por el Reich todos los poderes de gobierno con respecto a los territorios ocupados mediante normas militares internas, a pesar de que las autoridades supremas del Reich, las autoridades supremas de Prusia y la *Reichsleitung* del Partido Nazi podían dictar órdenes, aplicables a los territorios ocupados, cuyo poder ejecutivo había sido transferido³⁴. Asimismo, quedó igualmente acreditado que: 1) las autoridades antedichas no habían dictado ninguna norma que restringiera los poderes ejecutivos de los mandos de ocupación, por lo que tenían plenos poderes de gobierno en los territorios ocupados; y 2) que el Reich no había emitido orden alguna que autorizase las actividades ilegales de los grupos paramilitares que operaban en los territorios ocupados³⁵.

Con respecto a la falta de vinculación entre los mandos de la *Wehrmacht* y los grupos paramilitares *Einsatzgruppen*, el tribunal no se pronunció de manera expresa. En todo caso se hizo hincapié en que una de las funciones de los mandos de ocupación era la de «mantener el orden y de proteger a la población civil» frente a la comisión de delitos³⁶. Los mandos de ocupación no podían ignorar los crímenes cometidos en el territorio ocupado, aunque fuesen auspiciados por el Estado ocupante que delegaba sus funciones de gobierno en esos mandos³⁷. En ese sentido, el tribunal estableció una analogía con la captura de prisioneros de guerra para determinar los deberes de los mandos de ocupación, por la que el ejército captor –en este caso, el ejército ocupante– se comprometía a cuidar y dar un trato adecuado a la población civil del territorio ocupado³⁸. Así, pues, el fenómeno de la ocupación de un territorio –que despojaba de sus funciones al Estado originario– instauraba ciertos deberes de protección de la población civil al Estado ocupante y, por

³² *Trials*, vol. XI, p. 546.

³³ *Trials*, vol. XI, p. 542.

³⁴ *Trials*, vol. XI, p. 545.

³⁵ *Trials*, vol. XI, pp. 546-547.

³⁶ *Trials*, vol. XI, pp. 546, 547.

³⁷ *Trials*, vol. XI, p. 544.

³⁸ *Trials*, vol. XI, pp. 544-545.

ende, a los mandos que ostentaban el poder de gobierno en esos territorios por derivación o transferencia.

En relación con el aspecto subjetivo, el tribunal insistió en la importancia de acreditar el *conocimiento* de los mandos de ocupación de la comisión de delitos en sus territorios, así como de determinar el momento en el que los crímenes fueron conocidos por los acusados³⁹. Las dos fuentes de información de los mandos militares a las que el tribunal hizo referencia eran: las órdenes de los superiores y los informes que se les reportaban⁴⁰. El caso *High Command* aplicó un estándar subjetivo más estricto que en el caso Yamashita, y requirió la prueba del conocimiento efectivo de los mandos para fundamentar su responsabilidad por omisión⁴¹, extremo que logró acreditarse con respecto a los altos mandos enjuiciados.

2. El «caso de los rehenes» (*Hostages case*)

El caso *Hostages* fue conocido oficialmente como *United States of America vs. Wilhelm List, et al.* (Case No.7.). El nombre que designa este caso, *Hostages*, proviene de que la mayoría de los crímenes enjuiciados se cometieron contra rehenes en el sureste de Europa, fundamentalmente, en Grecia, Yugoslavia y Albania⁴². El fallo del tribunal fue emitido el 19 de febrero de 1948.

En el caso de los rehenes se trató, de nuevo, la responsabilidad penal de los mandos de ocupación. Como ya ocurriese en el caso *High command*, el tribunal insistió en que los altos mandos encargados de la ocupación (lícita o no) de un territorio deben asegurar el orden y la seguridad de la población civil⁴³. El tribunal afirmó que la responsabilidad de los superiores jerárquicos de ocupación era más extensa que la de aquellos mandos que solo ostentaban un poder táctico u operativo sobre un segmento territorial. En este último supuesto, se consideró que los mandos responden por los hechos cometidos por tropas *bajo su con-*

³⁹ *Trials*, vol. XI, p. 549.

⁴⁰ *Trials*, vol. XI, p. 548.

⁴¹ Véase, entre otros, AMBOS, K. «La responsabilidad del superior en Derecho penal internacional», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, pp. 535 y ss; STRYSZAK, M., «Command Responsibility», p. 50.

⁴² *Trials*, vol. XI, p. 759.

⁴³ *Trials*, vol. XI, p. 1260 «the commanding general of occupied territory who is charged with maintaining peace and order, punishing crime, and protecting lives and property, subordination are relatively unimportant».

trol efectivo, mientras que en los casos de los superiores de la ocupación su responsabilidad se amplía conforme a los poderes ejecutivos delegados⁴⁴. De ese modo, la responsabilidad de los superiores encargados de la ocupación difiere cuantitativamente de la responsabilidad de los superiores militares o civiles con poder operativo (*operational commanders*), puesto que los primeros son responsables de todo aquello que ocurre en el territorio de ocupación, mientras que los segundos responden, exclusivamente, de aquellos daños generados por sus subordinados dentro de su esfera de control o mando⁴⁵. Ambos responden por un ámbito de organización determinado, pero los primeros (los mandos de ocupación) tienen un ámbito de organización notablemente mayor que los segundos (mandos con poder operativo).

En relación con el aspecto subjetivo, el tribunal aseveró que los mandos militares no podían alegar desconocimiento de unos hechos en su propio beneficio ante la recepción de determinados informes⁴⁶ (debe entenderse que se trata de informes que contenían información sobre esos hechos delictivos, o que, de otro modo, les permitiesen inferir de las circunstancias la realización de los crímenes). El tribunal dispuso también que no podía alegarse desconocimiento de hechos acontecidos en su ámbito de competencias cuando el mando estaba presente⁴⁷. Conforme a la opinión del tribunal, en ausencia del mando del Ejército, caben dos posibilidades: si los hechos delictivos ocurridos en ausencia del superior provienen o son deducibles de sus órdenes, directivas o de su programación general, el mando militar responderá por regla general; si los hechos, por el contrario, provienen de otras causas, el mando no será responsable a menos que este aprobase esas conductas cuando estas llegaron a su conocimiento⁴⁸.

Más concretamente, y en relación con uno de los acusados, el General Kuntze, el tribunal consideró que este, bien conoció (*knew*) la existencia de los crímenes, bien debería haberlos conocido (*ought have*

⁴⁴ *Trials*, vol. XI, p. 1260, «subordinate commanders in occupied territory are similarly responsible to the extent that executive authority has been delegated to them...».

⁴⁵ Así, BANTEKAS, *Principles*, p. 103; igualmente, LIPPMANN, M., «Humanitarian law the uncertain contours of command responsibility» en *Tulsa Journal of comparative and International Law*, 2000-2001, p. 25, «in contrast to tactical commanders whose responsibility was premised on a unit's subordination within the chain of command, the liability of a territorial commander was based on the scope of his or her geographic authority».

⁴⁶ *Trials*, vol. XI, p. 1260, «An army commander will not ordinarily be permitted to deny knowledge of reports received at his headquarters, they being sent there for his special benefit».

⁴⁷ *Trials*, vol. XI, p. 1260.

⁴⁸ *Trials*, vol. XI, p. 1260.

known)⁴⁹ en función de los informes que se hallaban en su poder⁵⁰. Estas reflexiones han llevado a parte de la doctrina a considerar que el aspecto subjetivo en el caso *Hostages* difiere del parámetro subjetivo utilizado en el caso *High Command*. En este sentido, se afirma que, mientras que en el *High Command* el tribunal exigió la prueba del conocimiento efectivo de los hechos delictivos por parte del superior, en el caso de los *Hostages* se flexibilizó este extremo, y bastó para fundamentar la responsabilidad de los superiores con que estos debieron haber sabido (*should have known*)⁵¹ la comisión de los crímenes, teniendo en cuenta los informes en su poder y las circunstancias concurrentes. En el caso *Hostages*, el tribunal estableció que el mando estaba obligado a exigir informes complementarios que le permitiese conocer todos los hechos pertinentes. Si no exigía ni obtenía información completa, el incumplimiento del deber recae sobre él y no podrá alegar su propio incumplimiento como defensa⁵². La implementación de un estándar subjetivo, menos exigente que el conocimiento (dolo), es precisamente lo que ha cristalizado en el art. 28 ECPI, que regula la responsabilidad del superior militar (letra a), y la del superior no militar (letra b)⁵³.

Con todo, el anterior relato vislumbra un tercer grupo de casos, cuya especificidad radica en la existencia de la *ocupación* de un territorio por parte de un tercer Estado. En estos supuestos los mandos militares que llevan a cabo dicha ocupación están encargados de mantener el orden y la seguridad de la población civil y están investidos de facultades de gobierno con respecto al territorio ocupado. Ello parece evocar,

⁴⁹ *Trials*, vol. XI, pp. 1281.

⁵⁰ *Trials*, vol. XI, p. 1281 «The reports in the record which were sent to him in his capacity as Armed Forces Commander Southeast charge him with knowledge of these acts. He cannot close his eyes to what is going on around him and claim immunity from punishment because he did not know that which he is obliged to know».

⁵¹ Así, por ejemplo, CROWE, Ch. N., «Command responsibility in the former Yugoslavia: the chances of successful prosecution», en *University of Richmond Law Review*, 29, 1994-1995, p. 209; AMBOS, K. «La responsabilidad del superior », p. 535; STRYSZAK, «Command Responsibility», pp. 51-54; LEVINE, J., «The doctrine of command responsibility and its application to superior civilian leadership: does the international criminal court have the correct standard?», en *Military Law Review*, vol. 193, 2007, p. 62; MARTÍNEZ, J., «Understanding *mens rea* in command responsibility. From Yamashita to Blaškić and Beyond», en *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 650-651.

⁵² *Trials*, vol. XI, p. 1271; STRYSZAK, «Command Responsibility», p. 50.

⁵³ Sobre la responsabilidad del superior por imprudencia en Derecho penal internacional, cfr. *in extenso*, GARROCHO SALCEDO, A. M., «Imprudencia y Derecho pena internacional: algunas consideraciones sobre su previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 19, 2017; asimismo, ROBINSON, D. «A justification of command responsibility», en *Criminal Law Forum*, tomo 28, núm. 24, 2017, pp. 638 y ss., defendiendo la pertinencia de la inclusión de la imprudencia como estándar subjetivo en la figura de la *command responsibility*.

ciertamente, una responsabilidad derivada de *injerencia*, a través de la cual los mandos de ocupación se encargan, a partir de la ocupación, de gestionar el territorio ocupado, debiendo procurar seguridad a los civiles de dichos territorios⁵⁴. La usurpación de las funciones originarias del Estado ocupado sirve de fundamento para considerar que los mandos de las fuerzas de ocupación no pueden eximirse de su responsabilidad penal, a pesar de que los crímenes no hayan sido llevados a cabo por sus tropas. Ello es así en razón de la usurpación o injerencia que supone la ocupación, por lo que estos mandos de ocupación se colocan en una posición especial, que les obliga a mantener el orden y la seguridad dentro de los territorios, con independencia de dónde provengan los peligros o las amenazas para los bienes jurídicos protegidos.

En conclusión, los mandos militares –al asumir sus respectivos cargos como fuerzas de ocupación– deben procurar ciertas condiciones de salvaguarda y protección de la población civil. En caso de que la población civil sea objeto de delitos por parte de individuos no controlados por ellos, las fuerzas de ocupación deberán tratar de impedir la ejecución de esos delitos por todos los medios a su alcance. Para poder construir la responsabilidad por omisión de los mandos de ocupación es fundamental la prueba del conocimiento, o, al menos, la existencia de indicios que permitan afirmar que, dada la extensión de los crímenes en el territorio ocupado, los mandos debían haber tenido conocimiento de los mismos, cuyo desconocimiento se basa en su comportamiento descuidado o negligente. Asimismo, es preciso analizar en toda su extensión la *capacidad* de estos mandos para poder impedir los crímenes, pues sin ella no cabría construirse ninguna responsabilidad por omisión de los superiores que detentan la ocupación.

3. *El caso Röchling: la responsabilidad de los superiores civiles*

Entre otros casos, y actuando sobre la base de la Ley núm. 10 del Consejo de Control Aliado, un tribunal militar francés aplicó la doctrina de la *command responsibility* a un industrial alemán, no militar⁵⁵. El

⁵⁴ Así lo afirma el Tribunal cuando establece que «one of the functions of an occupational commander endowed with executive power was to maintain order and protect the civilian population against illegal acts...», *Trials*, vol. XI, p. 547.

⁵⁵ Este no fue el único precedente en el que se dilucidó la responsabilidad de un superior civil sobre la base de un comportamiento omisivo; véase, por ejemplo, CASSESE, *International Criminal Law*, p. 239 en relación con el caso de los médicos y otros importantes precedentes.

caso Röchling, conocido como *France vs. Hermann Röchling et al.*, trató la conexión entre los planes del Reich y un grupo de importantes industriales alemanes, directores de la empresa Röchling, sin los cuales la guerra no pudo haberse realizado. Los medios tecnológicos, las investigaciones y la producción masiva de armas fueron aportes decisivos para emprender la guerra mundial.

Desde 1850 la familia Röchling producía carbón y metal en la región del Sarre y Lorena. A partir de 1933 los contactos de los Röchling con Hitler y el partido nazi se intensificaron, a pesar de la escasa presencia del Partido Nacionalsocialista en esa zona geográfica⁵⁶. Años más tarde, gracias a los contactos con el Gobierno Nazi, Hermann Röchling fue nombrado *Military Economy Leader*, consejero del *Deutsche Bank* y del *Wehrwirtschaftsrat*⁵⁷. Tras la ocupación de Francia, Bélgica y Luxemburgo, las actividades de los Röchling se expandieron a las zonas de ocupación. No solo se aprovechó la economía de terceros países en su propio beneficio, fundamentalmente a través de la expoliación de los recursos en terceros países⁵⁸, sino que Röchling asesoró al Reich para maximizar los beneficios cuando la economía empezaba a debilitarse en el desarrollo de la guerra⁵⁹.

Por otro lado, los malos tratos y las deficientes condiciones de trabajo y condiciones de vida de los trabajadores de las empresas Röchling –la gran mayoría prisioneros de guerra y civiles deportados– eran generalizadas, llegando incluso a ser internados en campos de concentración⁶⁰. El tribunal militar francés acusó a Hermann Röchling de haber tolerado los malos tratos y las pésimas condiciones de vida (*v. gr.* ausencia de comida, y vestimenta, condiciones sanitarias, etc.) hacia los «trabajadores» de sus empresas⁶¹. Como resultado de dicha situación, muchos prisioneros se infectaron de tuberculosis y otras enfermedades, provocándose en algunos casos la muerte de algunos de ellos⁶². Ante ello, el acusado alegó que desconocía las condiciones en las que sus trabajadores se encontraban, debido a su intenso trabajo como presidente de la *Reichsvereinigung Eisen*, que le impedía conocer el estado en

⁵⁶ *Trials*, vol. XIV, Appendix B, p. 1065.

⁵⁷ *Trials*, vol. XIV, Appendix B, p. 1066.

⁵⁸ *Trials*, vol. XIV, Appendix B, p. 1066.

⁵⁹ *Trials*, vol. XIV, Appendix B, p. 1068.

⁶⁰ *Trials*, vol. XIV, Appendix B, p. 1069.

⁶¹ *Trials*, vol. XIV, Appendix B, p. 1088, «Whereas Röchling is not accused of having ordered this abominable treatment but of having tolerated it and of not having done anything in order to have it modified».

⁶² *Trials*, vol. XIV, Appendix B, p. 1087.

el que se encontraban los trabajadores⁶³. Para fundamentar los deberes de actuar del acusado, el tribunal hizo mención de una serie de disposiciones de las Convenciones de Ginebra de 1929, relativa al trato de los prisioneros de guerra y la IV Convención de La Haya de 1907, que limitaban el trabajo que podían realizar los prisioneros de guerra, garantizándose en todo caso la recepción de un trato humano, y que su trabajo no estaría involucrado con la confección de armas o municiones⁶⁴.

En relación con el elemento subjetivo, el tribunal insistió en que como superior (*head*) de estas empresas tenía el deber de indagar o investigar (*inquiry*) el trato que recibían los prisioneros de guerra en sus empresas. El tribunal consideró que, dada la notoriedad de los malos tratos recibidos a los trabajadores, H. Röchling debió haber conocido (*must have been aware*) esas circunstancias y actuar para mejorar las condiciones de esos prisioneros, cosa que, sin embargo, no hizo⁶⁵. Finalmente, Hermann Röchling fue condenado a una pena de prisión de 10 años.

IV. Los juicios de Tokio

Al margen de los juicios celebrados en Alemania, el 19 de enero de 1946 se creó un Tribunal Militar Internacional (TMI) en Tokio para enjuiciar a los principales criminales de guerra japoneses, por orden del General estadounidense y Comandante en Jefe de las Fuerzas Aliadas en el Extremo Oriente, Douglas MacArthur⁶⁶. El tribunal enjuició a 28 altos cargos militares y ministros japoneses por la comisión de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, realizados entre el 1 de enero de 1928 y el día 2 de septiembre de 1945, momento en el que Japón firmó la rendición incondicional de la guerra⁶⁷.

⁶³ *Trials*, vol. XIV, Appendix B, p. 1088.

⁶⁴ Véanse las disposiciones concretas en *Trials*, vol. XIV, Appendix B, pp. 1001-1002.

⁶⁵ *Trials*, vol. XIV, Appendix B, pp. 1088-1089, «it was his duty as the head to inquire into the treatment accorded to the foreign workers and to the prisoners of war whose employment in his war plants was, moreover, forbidden by the rules of warfare, of which fact he must have been aware; (...) witnesses have stated that several times he had the opportunity to ascertain what the condition of his personnel was during his visits to the plants; that he himself states that he came in contact with these men from Voelklingen, particularly with the internees from Etzenhofen, who were recognizable by the prison garb, but that he had never considered the condition of their existence, although their miserable situation was apparent to all those who passed them on the street».

⁶⁶ *Vid.*, por todos, AHLBRECHT, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, Nomos, 1999, p. 105.

⁶⁷ Por todos, FRIEDMAN, L., *The law of war. A Documentary History*, Randon House, 1972, vol. II, p. 1031.

Los cargos que versaban sobre la eventual responsabilidad por omisión fueron los cargos 53, 54 y 55. Los cargos 53 y 54 acusaban a los imputados (a excepción de Okawa y Shiratori) de haber conspirado para ordenar, autorizar o permitir que militares japoneses, funcionarios del Ministerio de Guerra y oficiales de campos de trabajo, cometiesen violaciones contra las Leyes y Costumbres de la Guerra contra las fuerzas armadas, prisioneros de guerra e internos civiles de las potencias aliadas, habiéndose *abstenido* el Gobierno de Japón, de tomar las medidas adecuadas para impedir (*prevent*) tales atrocidades⁶⁸. El cargo 55 acusaba a las mismas personas de haber descuidado de manera temeraria (*recklessly*) la obligación legal (*legal duty*) que, en virtud del cargo, tenían de tomar las medidas adecuadas para *asegurar* la observancia de las Leyes y Costumbres de la Guerra y *evitar* su violación⁶⁹.

En relación con la responsabilidad por crímenes de guerra cometidos contra los prisioneros de guerra y civiles internos, el tribunal manifestó que el Gobierno captor no solo tenía un deber de encargarse de la manutención (*maintenance*) de los prisioneros, sino que también debía evitar los malos tratos contra ellos (*prevention of mistreatment*), conforme a las disposiciones de la IV Convención de La Haya de 1907, y la Convención de Ginebra sobre prisioneros de guerra de 1929⁷⁰.

El tribunal afirmó que los miembros del gabinete de Gobierno tienen la responsabilidad de velar por la integridad de los prisioneros en su poder, a pesar de que deleguen dichos deberes en otras personas⁷¹. De hecho, se afirmó que la responsabilidad de proteger a los prisioneros de guerra la ostentaban: 1) los miembros del Gobierno; 2) los oficiales militares y navales que tengan prisioneros en su poder; 3) los oficiales de aquellos departamentos que se encarguen del bienestar (*well-being*) de los prisioneros; y 4) los oficiales (civiles o militares) que tengan el control directo e inmediato sobre los prisioneros. Todas estas personas –a juicio del tribunal– tenían el deber de asegurar un trato adecuado a los prisioneros y el deber de evitar las conductas lesivas a través del establecimiento de un sistema adecuado al efecto⁷².

⁶⁸ RÖLING/RÜTER (eds.) *The Tokyo Judgment: The International Military Tribunal for the far East (IMTFE)*, 29 April 1946-12 November 1948, vol. I, APA-University Press Amsterdam, 1977, p. 21.

⁶⁹ RÖLING/RÜTER (eds.), *The Tokyo Judgment*, vol. I, p. 21. Sobre ello véase asimismo, BOIS-TER, N./CRYER R., *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, Oxford University Press, 2008, pp. 227-236.

⁷⁰ RÖLING/RÜTER (eds.) *The Tokyo Judgment*, vol. I, p. 21.

⁷¹ RÖLING/RÜTER (eds.), *The Tokyo Judgment*, vol. I, pp.29-30.

⁷² RÖLING/RÜTER (eds.). *The Tokyo Judgment*, vol. I, p. 30.

Asimismo, el tribunal afirmó que estas personas tenían el deber de establecer un sistema de control sobre la situación de los prisioneros de guerra y de asegurar igualmente que ese sistema funcionase de forma continuada y eficaz⁷³. En el caso de que estas personas hayan cumplido con sus deberes de control y aseguramiento, solo podrán responder si tenían *conocimiento* de la comisión de crímenes contra los prisioneros y no evitaron su comisión futura, o cuando, de forma contraria a deber, no se hubiese adquirido el conocimiento debido⁷⁴. En todo caso, afirmó el tribunal que el conocimiento podía inferirse de las circunstancias, especialmente si los crímenes tenían una extensión y notoriedad considerable⁷⁵. Por otro lado, el tribunal aseveró que la delegación de funciones de control y protección sobre prisioneros de guerra no podrá exculpar al delegante si, con posterioridad a la delegación, no comprobó que el delegado llevaba a cabo su labor de forma adecuada⁷⁶.

El problema más notable de algunas condenas del TMI de Tokio proviene de que se empleó en la fundamentación de la responsabilidad por omisión de ciertos ministros, una suerte de responsabilidad colectiva, o, si se prefiere de «pertenencia» al gabinete de Gobierno⁷⁷. De hecho, se afirmó que un miembro del gabinete es responsable de forma colectiva por el trato de los prisioneros, si teniendo conocimiento de la comisión de los crímenes, no evita su comisión en el futuro y continúa formando parte del gabinete, incluso en aquellos supuestos en los que el sujeto no está encargado directamente del cuidado de prisioneros⁷⁸. En esos casos, en opinión del tribunal, si un miembro del gabinete tiene conocimiento de la comisión de malos tratos a los prisioneros, aunque no tenga posibilidad (*powerless*) de evitarlos, debe dimitir, pues de otro modo continuará participando en su responsabilidad colectiva por los malos tratos a los prisioneros en el futuro⁷⁹. El TMI de Tokio fundamen-

⁷³ RÖLING/RÜTER (eds.), *The Tokyo Judgment*, vol. I, p. 30.

⁷⁴ RÖLING/RÜTER (eds.), *The Tokyo Judgment*, vol. I, p. 30.

⁷⁵ RÖLING/RÜTER (eds.), *The Tokyo Judgment*, vol. I, p. 30. Igualmente, LIPPANN, «Humanitarian Law: the uncertain», p. 18.

⁷⁶ RÖLING/RÜTER (eds.), *The Tokyo Judgment*, vol. I, p. 30.

⁷⁷ Así también AMBOS, «La responsabilidad del superior», p. 237; VAN SLIEDREGT, E., *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, T. M. C. Asser Press, 2003, p. 129; BOISTER/CRYER, *The Tokyo International Military Tribunal*, pp. 231 y ss.

⁷⁸ RÖLING/RÜTER (eds.), *The Tokyo Judgment*, vol. I, p. 30, «a member of Cabinet...is responsible for the care of prisoners is not absolved from responsibility if, having knowledge of the commission of the crimes..., and omitting or failing to secure the taking of measures to prevent the commission of such crimes in the future, he elects to continue as a member of cabinet. This is the position even though the Department of which he has the charge is not directed concerned with the care of prisoners»; cursiva añadida.

⁷⁹ RÖLING/RÜTER (eds.), *The Tokyo Judgment*, vol. I, p. 30, «A cabinet member may resign. If he has knowledge of the treatment of prisoners, is powerless to prevent future ill-treatment, but

tó la responsabilidad por omisión de ciertos ministros a través de una suerte de pertenencia al gabinete de Gobierno, a pesar de que estos no ostentaban la competencia directa sobre ciertos cursos lesivos o sobre la protección de las víctimas. Ello –sin duda alguna– parece excesivo⁸⁰. Los deberes de protección de los prisioneros de guerra y civiles internos en manos del mando enemigo no se pueden predicar con respecto a *todos* los miembros del gobierno, sino solo con respecto a aquellos a los que se les había encomendado su protección a través de las estructuras ministeriales oportunas. En sentido diverso, la pertenencia a un gabinete de Gobierno puede generar una responsabilidad criminal de sus miembros, allí donde pueda acreditarse la implementación (acción) de un plan criminal determinado, pero no por el omiso control al respecto.

V. Consideraciones conclusivas

Los estatutos del TMI de Núremberg y de Tokio no contemplaron expresamente la responsabilidad por comportamientos omisivos, ni ninguna responsabilidad específica de los superiores por no haber evitado las conductas delictivas de sus subordinados. Tan solo el art. 2.2.d) de la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado aludía genéricamente a una responsabilidad por «tomar parte consintiendo» la realización de los crímenes. No obstante, en los llamados «juicios menores de Núremberg» y en el juicio celebrado por el TMI de Tokio, se procesaron y condenaron a ciertas personas situadas en la cúspide de la cadena de mando por comportamientos omisivos, que consistían en no haber evitado la comisión de ciertos delitos ejecutados por otras personas.

Los precedentes esbozados en este trabajo distinguen cuatro grupos de casos sobre responsabilidad de los superiores, que representan los escenarios paradigmáticos sobre los que construir una eventual responsabilidad por omisión de los jefes y superiores de ciertas organizaciones. Los tres primeros grupos de casos aluden a comportamientos omisivos de los superiores referidos a un resultado lesivo concreto. El comportamiento censurable penalmente consiste en *no evitar* la lesión de un bien

elects to remain in the cabinet thereby continuing to participate in the collective responsibility for protection of prisoners he willingly assumes responsibility for any ill-treatment in the future».

⁸⁰ Véase el respecto la acertada crítica del magistrado disidente holandés RÖLING, RÖLING/RÜTER (eds.), *The Tokyo Judgment*, vol. II, pp. 1064 y ss.; asimismo, cfr. las críticas de WATT, D., «Stepping forward or stumbling back? Command responsibility for failure to act, civilian superiors and the international criminal court», en *Dalhousie Journal of Legal Studies*, 2008, pp. 163-164.

jurídico que amenaza con producirse. El cuarto grupo de casos –referido a las condenas del TMI de Tokio– resulta excesivamente amplio tal y como fue determinado, y no se circunscribe a las labores y competencias que cada ministerio o sector tenía asignadas. Por ello, habría sido preferible que el título de imputación de estas personas hubiese sido efectuado sobre la base de comportamientos activos, en el caso de que se hubiese acreditado una determinada política estatal de maltrato a los prisioneros de guerra y civiles internos.

Por regla general, en los casos examinados, y dejando al margen el último grupo de casos referido, la responsabilidad por omisión se traza con respecto a determinadas personas que están en una posición de control respecto a los ejecutores materiales de los crímenes, aunque hay dos excepciones: los supuestos en los que el superior está encargado de proteger a prisioneros o a civiles detenidos en un campo de internamiento, y cuando las fuerzas de ocupación no impiden que terceras personas –ajenas a su mando– cometan crímenes contra la población civil del territorio ocupado. En esos dos casos, los superiores deben conjurar *todos* los eventuales peligros y lesiones contra las personas sometidas a su protección, y en ambos supuestos concurre una posición de garante que consiste en la protección de determinadas personas. En los demás supuestos, el superior responde por no evitar los sucesos lesivos que ejecutan personas bajo su mando en el ámbito de organización que les vincula intersubjetivamente.

La forma en que fue deducida la responsabilidad por omisión de los acusados traía causa del incumplimiento de un deber especial de actuar, contenido o deducido de lo dispuesto en normas internacionales (*legal duty*). La infracción de un deber legal comportaba la responsabilidad por omisión en los casos en los que no se cumplía con el deber de actuar que se haya asignado. En muchos casos, el deber de actuar de los superiores fue deducido de lo dispuesto en el Derecho Internacional Humanitario convencional. A tal efecto, se enunciaron las disposiciones de la IV Convención de La Haya de 1907, relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, y las disposiciones de la Convención de Ginebra de 27 de julio de 1929, relativa al trato debido a los prisioneros de guerra.

Con respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior por omisión, la jurisprudencia de los tribunales internacionales que se acaba de analizar no aclaró este extremo, generándose cierta confusión al respecto. Esta cuestión es, sin embargo, prioritaria puesto que de ella dependen los límites y la propia fundamentación de la imputación

de los crímenes. Es de destacar que el actual art. 28 de la ECPI –que regula esta figura– aclara decididamente que los jefes y superiores serán responsables por los «crímenes cometidos por sus subordinados», cuando no hubieren adoptado las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento, cumplidos –por lo demás– los requisitos requeridos. Con ello, el propio precepto incorpora una *comisión por omisión especialmente regulada*, que afecta a los jefes militares y a los civiles en relación con las conductas delictivas de sus inferiores. El desarrollo dogmático de la responsabilidad del superior está todavía hoy necesitado de clarificación, como lo evidencia el intenso debate generado en la doctrina, sobre todo, anglosajona, y en la jurisprudencia incipiente en la Corte Penal Internacional, donde, quizás, algunas de estas reflexiones puedan servir de punto de partida.

BLANQUEO DE DINERO Y CORRUPCIÓN PÚBLICA

DIEGO J. GÓMEZ INIESTA
Universidad de Castilla-La Mancha

I. Introducción

Las causas que favorecen la existencia del blanqueo de dinero son múltiples; la primera de ellas es la globalización del sistema económico y financiero, así como las nuevas tecnologías e Internet, como paradigma de la globalización¹, porque todavía se está muy lejos de que el blanqueo esté controlado, ya que sus efectos han crecido al mismo ritmo de aquella, y, por supuesto, la propia existencia de delitos que son la fuente del dinero que luego se blanquea². Es por ello que una decidida política criminal no puede perder de vista que para una eficaz intervención deben perseguirse a su vez, y con la misma insistencia, los delitos que son su causa, dada la especial conexión del blanqueo con algunos delitos, especialmente la corrupción, también la urbanística³.

Y es que la corrupción no conoce límites, debido a que no es exclusiva de los países en desarrollo⁴, y con las nuevas tecnologías y métodos

¹ Vid., QUINTERO OLIVARES, G., «El Derecho Penal ante la globalización», en AA.VV., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, MÉNDEZ RODRÍGUEZ Y DÍAZ-SANTOS, *El Derecho Penal ante la Globalización*, Colex, Madrid, 2002, pp. 11 ss.; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M., «Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional», en Ferré Olivé (edit.), *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. II, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2002, p. 195.

² Por todos, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 3.^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 92; GÓMEZ INIESTA, D., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 21.

³ Así lo pone de relieve el Informe sobre Medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (Informe de evaluación mutua, diciembre 2014, pp. 194 ss., disponible en: https://www.tesoro.es/sites/default/files/informe_eval_mutua_esp2014.pdf).

⁴ Por lo que se refiere a los vínculos entre el crimen organizado y la corrupción en el sector público y su problemática en países vulnerables, Vid., BUSCAGLIA, E. y VAN DIJK, J., «Controlling organized crime and corruption in the public sector», en *Forum on Crime and Society*, vol. 3, núm. 1/2, diciembre 2003, pp. 3 ss. (disponible en: <https://ssrn.com/abstract=931046>); y,

de blanqueo, las organizaciones criminales han aumentado su capacidad para influir en gobiernos y empresas privadas⁵. En el caso español, la corrupción ocupa la primera línea de hechos que preocupan a la sociedad en los últimos tiempos, a la luz de los numerosos casos de corrupción en los que en la mayoría de los supuestos se trataba de corrupción política, más que administrativa, en el ámbito local y de la construcción, por lo que no es de extrañar la proverbial percepción de considerar en exclusiva aquellas conductas abusivas del poder público dentro de un Estado⁶.

No está demás subrayar que el blanqueo y la corrupción son fenómenos que se implican, ya que hay una dependencia significativa entre ambos⁷. En este sentido, Chaikin, cuando analiza el blanqueo como forma para ocultar la fuente ilícita del dinero, examinó que ayuda a esconder la fuente de grandes sumas de dinero ilegal obtenidas por la corrupción y, a su vez, la corrupción contribuye al blanqueo, porque es posible el soborno de instituciones públicas y particulares⁸; en consecuencia, las conexiones criminológicas se observan cuando la corrupción produce un efecto contagio en el resto de personas que se aprovecharán de las mismas deficiencias del sistema para llevar a cabo sus acciones, produciendo un efecto multiplicador, tanto en los supuestos en los que las actividades corruptas sirven para blanquear el dinero procedente de un

HEZTER, W., «Finanzmärkte und Torte. Globalisierung und Geldwäsche», en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtreform*, 2003(5), pp. 352 ss.

⁵ Sobre la delincuencia en un mundo global con capacidad para desestabilizar mercados y corromper, Vid., MCINTOCH, M., *La organización del crimen*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, pp. 67 ss.; FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Corrupción, crimen organizado y «blanqueo» de capitales en el mercado financiero», en *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, cit., p. 20; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 64 ss.

⁶ SUNGYOUNG, K., «Rethinking the global anti-money laundering regulations to deter corruption», en *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67, núm. 3, 2018, pp. 695-720.

⁷ Sobre la relación simbiótica entre blanqueo y corrupción, vid., ZALI, M. y MAULIDI, A., «Fighting against money laundering», en *Brics Law Journal*, vol. V, núm. 3, (2018), pp. 50 ss.; GUIMARAY MORI, E., «Sobre la relación existente entre los delitos de corrupción y el lavado de activos», en *Revista Foro Jurídico*, núm. 14 (2015), pp. 133-143, en especial p. 137; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Relaciones entre el blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la Convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)», en *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, cit., p. 104; AHMAD, S., *Corruption and money laundering: the nexus and the way forward*, en *International Journal of Government Auditing*, Washington, tomo 46, núm. 2, 2019, pp. 29 ss. RICCARDI, M., ZOPPEI, V., ANDREATTA, D., BOSISIO, A., MUSAT, G. y VILLANYI, B., «Oltre le mafie imprenditrici, oltre l'Italia: una mappatura dei fattori di rischio di infiltrazione della criminalità organizzata nelle imprese in Europa», en *Rivista di studi e ricerca sulla criminalità organizzata*, núm. 1 (2019), pp. 1 ss.; y, ROSE, K. J., «The benefits by including anti-money laundering», en *Copenhagen Business School Law Research Paper Series*, núm. 19-29, pp. 1 ss.

⁸ CHAIKIN, D., «Commercial corruption and money laundering: a preliminary analysis», en *Journal of Financial Crime*, vol. 15, núm. 3, 2008, pp. 269-281.

delito antecedente, como en los casos en que se acude a métodos de blanqueo para lavar el dinero procedente de la corrupción⁹. En este supuesto, parece una obviedad, la corrupción genera dinero que está orientado al blanqueo, porque el autor de delitos, tales como el cohecho o las negociaciones prohibidas, etc., si quiere disfrutar del dinero de procedencia ilícita necesita blanquearlo, siendo muy probable que para ello utilice el sistema financiero internacional, que es uno de los métodos más característicos destinados a transparentar los ingentes beneficios económicos obtenidos de las prácticas corruptas¹⁰.

Hay que echar la vista atrás para comprobar que la persecución del blanqueo de dinero se inició en el ámbito de los delitos relacionados con el tráfico de drogas y la criminalidad organizada, para extenderse con posterioridad a todas aquellas actividades delictivas que son idóneas para obtener grandes cantidades de dinero¹¹. Más allá de ello, en la actualidad se asume que este delito es un instrumento eficaz para luchar contra la criminalidad, y fundamentalmente, contra la corrupción, tal y como se desprende de los diferentes convenios internacionales en los que la corrupción aparece como un delito conexo al blanqueo¹². En efecto, es a finales de los años 90 cuando la corrupción comenzó a ser considerada como un problema, y a partir de ahí, la normativa internacional y europea ha sido consciente de la relación entre el blanqueo y el crimen organizado, y, por supuesto, de estos con la corrupción, poniendo el punto de mira de la lucha contra la corrupción

⁹ FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Relaciones...», ob. cit., p. 105.

¹⁰ HUNAU, M., *La lutte contre la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale... : L'exigence d'éthique dans les mouvements financiers*, Les Presses de Sciences Po, 2017, pp. 47-51.

¹¹ Vid., GÓMEZ INIESTA, ob. cit., pp. 45 ss.; e, *id.*, «Algunas consideraciones críticas sobre el blanqueo de capitales», en Baigún/García Rivas (dir.), *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 398.

¹² No faltan en la doctrina estudios sobre los vínculos entre las medidas internacionales para luchar contra la corrupción; en particular, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE, disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2003/10/31/\(1\)/dof/spa/pdf](https://www.boe.es/eli/es/ai/2003/10/31/(1)/dof/spa/pdf)), y otras medidas internacionales contra el blanqueo; *vid.*, CARR, I. y GOLDBY, M., Working Paper, 2009, pp. 1 ss. (disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1409628>); HUBER, B., La lucha contra la corrupción desde una perspectiva internacional, en *Revista Penal* núm. 1, enero 2003, pp. 41-52; ARGANDOÑA, A., «La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales», *Documentación de Investigación* núm. 656, octubre de 2006, Universidad de Navarra, pp. 2 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Iniciativas internacionales contra la corrupción», *Eguzquilo*, núm. 17, 2003, p. 14; NIETO MARTÍN, A., «La lucha contra la corrupción en la Constitución europea (art. III-274 de la Constitución europea)», en Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: euodelitos de corrupción y fraude*, ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 79 ss.; y TEICHMANN, F., «Recent trends in money laundering», en *Crime, Law and Social Change*, 2020, pp. 237-247 (disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10611-019-09859-0>).

en el decomiso del producto del delito y bienes vinculados a este tipo de actividad delictiva, pero también en el castigo del blanqueo¹³. Ahora la inquietud se extiende también a conductas de corrupción de funcionarios y políticos extranjeros, cuando, como consecuencia de la globalización, se ha producido el crecimiento del comercio transfronterizo, con lo que el problema ya no solo es interno, sino que, al igual que ocurre con la prolífica actividad legislativa en lo que respecta a otras conductas como el blanqueo, el narcotráfico o el terrorismo, en materia de corrupción también ha venido dictada por los instrumentos internacionales y europeos, debido a su carácter internacional, que reclama la intervención conjunta de los Estados¹⁴.

En las páginas que siguen nos centraremos en la modificación del delito de blanqueo, llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, que vino realizar cambios sustanciales en el tipo penal, al introducir por primera vez su propia denominación, ubicándolo en el Capítulo XIV, «De la receptación y del blanqueo de capitales», e incluir en el tipo penal las ganancias o bienes sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, así como las modalidades de mera posesión y utilización de bienes¹⁵. Junto a ello, y por lo que aquí interesa, la reforma añadió dos nuevos tipos agravados, modificando la responsabilidad al agravar la pena asignada, ampliando lo punible y el mar-

¹³ Para un análisis de los principios internacionales, legales, políticos e institucionales para hacer frente al blanqueo de dinero y la corrupción, *vid.*, ampliamente SHEHU, A. Y., «International initiatives against corruption and money laundering: an overview», en *Journal of Financial Crime*, vol. 12, núm. 3, 2005, pp. 221-245; CANTIANO, M., *Estudio material y formal del blanqueo de capitales*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2013, pp. 3 ss.; y, *vid.*, MONGILLO, V., «Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive», en *Rivista trimestrale de Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2019, pp. 162 ss.

¹⁴ A cerca de la internacionalización de la corrupción, entre otros, MUELLER, G. O. W., «Transnational Crime: Definitions and Concepts», en Williams/Vlassis, *Combating Transnational Crime: Concepts, Activities, and Responses*, Routledge, 2001, p. 15; COTLER, I., «Globalization, Human Security, and the Role of International Criminal Law», en AA.VV., *The Changing Face of International Criminal Law*. Selected Papers, Canadian Department of Justice, 2002, p. 24; HUBER, B., «La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional», en *Revista Penal*, 2003, vol. II, pp. 41 ss.; FENDO, J., «Attacking the Tools of Corruption: The foreign money laundering deterrence and anticorruption Act of 1999», en *Fordham International Law Journal*, vol. 23, num. 5, 1999; y, TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Corrupción, globalización y Derecho Penal Europeo», en Demetrio Crespo y González-Cuellar (dir.), *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 15 ss.

¹⁵ Sobre la reforma 5/2010, por todos, *Vid.*, POZUELO PÉREZ, L., «Los delitos contra la Administración Pública», en Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), Rodríguez Mourullo (pr.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, pp. 581-606.

gen de sanción¹⁶: el referido al blanqueo de dinero procedente de la corrupción y el concerniente a los bienes procedentes de delitos urbanísticos, de tal manera que se centra en general en aquellos delitos cometidos por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, de los que obtienen un beneficio económico ilícito. De alguna forma, el delito de blanqueo vuelve a poner el foco de atención en la actividad delictiva original (corrupción), subrayando la correspondencia entre ambos¹⁷.

II. El tipo agravado de blanqueo de dinero cuando las ganancias procedan de un delito de corrupción pública

1. La corrupción pública vinculada al blanqueo

Por todos es conocido que el Derecho penal interviene en la represión de la corrupción en el sector público o en la política, y aunque hasta fechas muy recientes no se conocía dicha categoría jurídica, solo con la lectura del título dedicado a los delitos contra la Administración pública se pueden encontrar supuestos típicos íntimamente ligados a dicha corrupción¹⁸. Y es que, fiel a la tradición, la corrupción se ha identificado con la de carácter público y, cuando se define, se entiende como abuso de poder público para obtener una decisión favorable que deriva en una ventaja ilegítima en beneficio privado¹⁹; con todo, la corrupción se resiste al concepto, es ambiguo, porque al presentar una gran variedad de formas, es muy complicado que comprenda todas ellas

¹⁶ Al respecto, BLANCO CORDERO, I., «Estrategia penal contra las ganancias de la corrupción: blanqueo de capitales, delito fiscal y enriquecimiento ilícito», en Jiménez García/Roperó Carrasco (dir.), Pastor Palomar (coord.), *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*, Aranzadi, 2017, p. 29.

¹⁷ Cfr. GONZÁLEZ BARNADAS, O., «El delito subyacente al blanqueo de capitales», artículos jurídicos, (disponible en: https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-subyacente-al-blanqueo-de-capitales/#_ftn3).

¹⁸ Vid., DEMETRIO CRESPO, E., «Corrupción y delitos contra la Administración Pública», en Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Arango-Servicios de Artes Gráficas, 2000, pp. 67-72.

¹⁹ Sobre la corrupción como desviación del fin de realización de los intereses generales, vid., CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedes, Barcelona, 1997, pp. 36 ss.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Corrupción urbanística y blanqueo de capitales», ponencia presentada en CGPJ, 2014 (disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial); BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes Internacionales y Reformas del Código Penal», en *Halcones y Palomas*, ob. cit., pp. 53 ss.

y que, a su vez, sea precisa²⁰. Es el caso del Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003, que es el único completo instrumento vinculante para combatir la corrupción, tanto pública como privada, que tampoco da una definición, sino que se refiere a comportamientos ilícitos consistentes en «la desviación de un poder de actuación en interés particular para la consecución de una ventaja indebida, patrimonial o de otro tipo, en su favor o en la de otro»²¹, estableciendo medidas preventivas, penalización y aplicación de la ley, cooperación internacional, recuperación de activos y asistencia técnica e intercambio de información.

Pues bien, si acudimos al Diccionario de la Lengua de la Real Academia española, define la «corrupción» en su cuarta acepción como una «práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de una serie de organizaciones» –especialmente en las públicas– «en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores». No faltan en la doctrina definiciones que se caracterizan por ser aplicables tanto al sector público como privado, como aquella que trata los actos de corrupción como «aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera que sea su naturaleza»²²; por tanto, en esencia, el término corrupción comprende diferentes actividades que van desde el pequeño soborno hasta la gran corrupción, pasando por el comercio interno del sector privado y la malversación de fondos del sector público²³, cayendo dentro de su radio de acción cualquier irregu-

²⁰ Para una revisión sobre la evolución de los estudios de corrupción a lo largo del tiempo, *vid.*, FARRALES, M. M., «What is Corruption?: A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate», *SSRN Electronic Journal*, 2011 (disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1739962> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1739962>).

²¹ RASILLO LÓPEZ, P., «Los delitos de corrupción tras la reforma del Código penal por LO 1/2015», en *El Derecho*, oct. 2016 (disponible en: <https://elderecho.com/los-delitos-de-corrupcion-tras-la-reforma-del-codigo-penal-por-lo-12015>). Ni este ni el Convenio Penal sobre la Corrupción (número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, que forman parte de nuestro Derecho interno al haber sido ratificados por España, contienen una definición de la corrupción como tal, limitándose a describir las conductas que son manifestaciones de la misma. France Diplomatie, «Blanqueo de capitales, financiación del terrorismo y corrupción», Ministerio para Europa y de Asuntos exteriores, 2014 (disponible en: <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/politica-exterior/defensa-y-seguridad/blanqueo-de-capitales-financiacion-del-terrorismo-y-corrupcion/>).

²² Por todos, MALEM SEÑA, J., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, ed. Gedisa, 2002, pp. 23 ss.

²³ *Vid.*, CHAIKIN, D. y SHARMAN, J. C., *Corruption and money laundering: a symbiotic relationship*, en Springer, junio, 2009, pp. 7 ss.; y, SHARMAN, J. C. y CHAIKIN, D., «Corruption and anti-money laundering systems: putting a luxury good to work», en *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 22, núm. 1, 2009, pp. 27-45.

laridad cometida en el contexto de toma de decisiones a cambio de una ventaja o abuso, ligado a una ventaja o ganancia ilícitas, que puede referirse tanto al espacio público como en el ámbito de las relaciones comerciales²⁴.

En realidad, se trata de fenómenos diferentes, por lo que su tratamiento normativo también ha de ser diferente²⁵, y eso es lo que hizo el legislador penal de 2015 cuando dentro del capítulo XI del título XIII del libro II crea una nueva sección referida a los «Delitos de corrupción en los negocios», en el que, como se declara en su preámbulo, se incluyeron los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas, sea de corrupción en el sector privado o de corrupción de un agente público extranjero²⁶, y con la reforma de 2010, cuando a través de la previsión del tipo agravado en el párrafo tercero del artículo 301.1 CP apareció una persecución directa de la corrupción pública, porque con él se vino a agravar el castigo no solo cuando los bienes procedan del narcotráfico, sino también a los mencionados de manera explícita en dicho párrafo, destinado a agravar la pena hasta la mitad superior «cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX»²⁷, que

²⁴ LÓPEZ ROJAS, D., MARTINEZ MONTENEGRO, I. y BERTOT YERO, M. C., «Lavado de activos y corrupción pública. Criterios de interpretación del art. 346.3 del Código penal cubano», en *Política criminal*, versión online, vol. 14, núm. 28, dic. 2019 (disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v14n28/0718-3399-politcrim-14-28-00385.pdf>).

²⁵ Por todos, DE LA MATA BARRANCO, N., *La respuesta a la corrupción pública*, ed. Comares, Granada, 2004, pp. 9 ss. Respecto al carácter omnicomprendivo del término «corrupción», *vid.*, Díez RIPOLLÉS, J. L. y GÓMEZ CÉSPEDES, A., «La corrupción urbanística. Estrategias de análisis», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 5, número 6, 2008, pp. 5 y 6; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización de la corrupción en el sector privado: asignatura pendiente del derecho penal español», en Díez Ripollés (dir.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002, pp.226 y 227; y, OLAIZOLA NOGALES, I., «Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística», en Olaizola Nogales (coord.), *Corrupción y urbanismo*, Deusto, 2008, p. 123 y bibliografía allí citada.

²⁶ *Vid.*, PRIETO GONZÁLEZ, H., «Comentario al arts. 286 bis, ter y quáter CP», en Moral García (dir.), Escobar Jiménez (coord.), *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia. Adenda a la edición de octubre de 2018*, ed. Comares, 2018, pp. 50 ss.

²⁷ Como dice Abel Souto, «una redacción coherente con el otro tipo agravado y fácilmente inteligible podría haber rezado: «delitos contra la Administración pública descritos en los artículos 419 a 445 o relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo», sin necesidad de mencionar los artículos 319 y 320, pues en este último capítulo no existen más delitos», en «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, Estados Unidos, Méjico y Perú», en AIDP, 2018, pp. 41 ss. (disponible en: <https://aidpee.org/wp-content/uploads/2018/03/Abel-Expansi%C3%B3n-mundial-del-blanqueo-2018.pdf>). *Vid.*, igualmente, *id.*, «Blanqueo de dinero y reforma penal, en *Cuestiones penales. A propósito de la Reforma penal de 2015*, AA.VV., pp. 117-125; FERRÉ OLIVÉ, J. C., «El nuevo tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en delitos relativos a la corrupción», en *Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (3.º Santiago de Compostela. 2012): (ponencias y conclusiones del congreso sobre las reformas*

supone castigar con pena de tres años y tres meses a seis años, además de una multa del duplo al triplo del valor de los bienes y la posibilidad de imponer una inhabilitación especial y consecuencias accesorias. Por tanto, el meollo de la reforma, en lo que nos concierne, es la agravación del delito de blanqueo cuando el delito previo sea alguno de los que se incluyen en el siguiente listado: los delitos de cohecho (arts. 419 a 427 bis CP), tráfico de influencias (arts. 428 a 431 CP), la malversación de fondos (arts. 432 a 435 bis), los fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438 CP), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función (arts. 439 a 445 CP) o delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320 CP)²⁸. Estos son, por tanto, los delitos previos que, junto al tráfico de drogas, constituyen el núcleo del tipo penal, y aunque en esencia coincide con el listado publicado por el CGPJ para identificar los delitos de corrupción, deja al margen la financiación ilegal de partidos políticos y la corrupción en las transacciones comerciales internacionales²⁹.

En vista de lo anterior, el tipo agravado acoge una noción estricta o no criminológica, procediendo a una enumeración de capítulos, por lo que para el legislador penal lo que merece la pena agravar es tan solo el blanqueo procedente de la corrupción en el sector público, al observar que el mayor desvalor de la acción de blanqueo procede del previo incumplimiento del deber de lealtad y fidelidad o lealtad del funcionario público³⁰. Con ello, lo que en realidad se quiere poner de relieve es que se comprendan en exclusiva las conductas que realicen funcionarios públicos o autoridades en ejercicio de sus funciones de las que se

de 2010 y la justificación de su castigo en la sociedad de la información avanzada, celebrado en Santiago de Compostela en julio de 2012), Abel Souto y Sánchez Stewart (coord.), 2013, pp. 389-391; Id., «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», en *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Abel Souto y Sánchez Stewart (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 61-109; FARALDO CABANA, P., «El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010», en *Revista de Inteligencia*, núm. 0, primer trimestre 2012, pp. 30-33 (disponible en: <http://www.ecrim.es/publications/2011/BlanqueoCapitales2010.pdf>).

²⁸ Sobre el abuso de poder de los cargos públicos, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Corrupción urbanística y blanqueo de capitales», ponencia presentada en CGPJ, 2014 (disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial); BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes Internacionales y Reformas del Código Penal», en *Halcones y Palomas*, ob.cit., pp. 53 ss. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., y BLANCO CORDERO, I., ob.cit., pp.226 y 227.

²⁹ VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «La prohibición de indultar a los corruptos: ¿medida con valor real o aparente», en *Revista internacional transparencia e integridad*, núm. 5, septiembre-diciembre 2017, p. 5 (disponible en: https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/12/margarita_valle.pdf)

³⁰ JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del Estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-17 (2018), pp. 1-30.

obtenga un beneficio económico ilícito, poniéndose el punto de mira en el enriquecimiento³¹. Como consecuencia de esa noción, se dejan fuera de la agravación, por tanto, las relaciones económicas privadas en las que se produzcan abusos de poder, como la corrupción privada en sentido estricto y la corrupción de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales, porque en ambos casos el sujeto activo es un particular, y la que puede darse en otros sectores profesionales, la administración fraudulenta y desleal y otros delitos societarios. Asimismo, por razones evidentes, los delitos comunes en los que el autor sea funcionario o autoridad, pero también todos los delitos contra la Administración pública que se encuentran diseminados por el Código penal, así como los atentados contra la Administración de justicia o los intereses internacionales y aquellos que no producen beneficio económico directo, como puede ser la prevaricación, los nombramientos ilegales, el abandono de destino, la omisión del deber de perseguir delitos, la desobediencia, denegación de auxilio, la infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 CP) y la violación de secretos (arts. 414 a 418 CP) o la financiación ilegal de partidos, aunque está muy vinculado a los casos de corrupción urbanística³².

2. *Sobre la necesidad de este tipo de agravación: la pérdida de la ansiada autonomía del delito de blanqueo*

Es entonces cuando la doctrina se pregunta por las razones para la agravación frente a las conductas tipificadas en los apartados anteriores del artículo 301 CP³³. Es sabido que una de las características del blanqueo es su autonomía, aunque depende de la previa comisión de un delito que genera bienes que serán su objeto material³⁴. Lejana queda la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988 donde se preveía el castigo

³¹ *Ibídem.*

³² Ampliamente, NIETO MARTÍN, A., «Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13)», en *Fraude y corrupción*, ob. cit., 117-138.

³³ Entre otros, FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J., «Corrupción y blanqueo de capitales: sus efectos en el orden socioeconómico y problemática de su vinculación», en Fabián Caparrós, E. A./Pérez Cepeda, A., (coords.), *Estudios sobre corrupción*, Salamanca, Ratio Legis, 2010, pp. 187-188.

³⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «La emancipación del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», en Muñoz Conde *et. al.* (dirs.), *Un Derecho penal comprometido, Libro homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 117-140, *passim*.

para el blanqueo y la lucha contra la criminalidad organizada hasta llegar a nuestros días, en la medida en que el delito previo puede ser cualquier actividad delictiva. A tal efecto, en los textos internacionales contra la corrupción, este siempre aparece como conectado al blanqueo de dinero. Basta echar una mirada a esta normativa, entre otras, la Convención de Palermo³⁵ en cuyo artículo 6.2 prevé que el delito de blanqueo se aplique «a la gama más amplia posible de delitos determinantes», incluyendo aquí los de obstrucción a la justicia o la participación en un grupo organizado y la corrupción³⁶. Por su parte, la Convención de Mérida³⁷ también exige que el delito determinante abarque la gama más amplia posible de ellos y, como mínimo, los tipificados con arreglo a este instrumento (art. 23.2.a), es decir, soborno de funcionarios públicos nacionales, soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, tráfico de influencias, entre otros. Por lo que se refiere al Convenio de Varsovia³⁸, siguiendo la recomendación 1 de GAFI³⁹ en la que se establece que, aparte del enfoque que adopte, cada Estado Parte puede definir el delito principal tomando como base todos los delitos y entre los delitos contenidos en el anexo a la convención se encuentran la corrupción y el soborno⁴⁰. Así, cabe concluir que desde una interpretación sistemática y conjunta con lo

³⁵ Convención de Palermo, del 13 de diciembre de 2000, ratificada por España el 21 de febrero 2002 (BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003): www.boe.es/boe/dias/2003/09/29/pdfs/A35280-35297.pdf.

³⁶ JIMÉNEZ GARCÍA, F. J., Blanqueo de capitales y Derecho Internacional, en *Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril-septiembre 2016, pp. 216-230.

³⁷ Convención de Mérida, del 9 de diciembre de 2003, ratificada por España el 9 de junio 2006 (BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006): www.boe.es/boe/dias/2006/07/19/pdfs/A27132-27153.pdf.

³⁸ Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/26/pdfs/BOE-A-2010-10146.pdf>.

³⁹ La recomendación 12 de GAFI y su nota interpretativa disponen que se tomen medidas razonables para determinar si la persona con la que se actúa se trata de una persona políticamente expuesta, y exigiendo a las instituciones financieras, además, medidas especiales o estrictas de diligencia debida, extendiéndose por igual a los familiares y allegados del funcionario público, (FATF, Annual report 2010-2011, disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Guidance-PEP-Rec12-22.pdf>). Vid., También, el documento GAFI «Specific Risk Factors in Laundering the Proceeds of Corruption», junio 2012 (disponible en: [Specific Risk Factors in the Laundering of Proceeds of Corruption \(fatf-gafi.org\)](http://www.fatf-gafi.org)). Por todos, Vid., CABEZA PÉREZ, R., «Los estándares del FATF: ¿recomendación u obligación?», en Pastor Palomar (coord.), Jiménez García/Roperero Carrasco (dir.), *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 101 ss.

⁴⁰ En extenso, DELCARPIO DELGADO, J., «La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 675 ss. (disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20171208_01.pdf).

dispuesto en los documentos internacionales, «el hecho previo en el que deben tener su origen los bienes objeto material de las conductas de blanqueo, es uno constitutivo de delito (grave o menos grave)»⁴¹. Lo mismo sucede en el ámbito europeo, donde las directivas antiblanqueo cuando definen la «actividad delictiva» recurren a una enumeración de delitos, aquellos que consideran graves, por ejemplo, el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pero también la corrupción: la segunda directiva 2001/97/CE vino a ampliar el número de delitos previos, considerando como tales, la corrupción, detallando lo que debe considerarse como delito grave, como es el fraude y la corrupción; en ello vuelve a insistir la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo⁴², que en su artículo 3, 5, tomando como referencia las definiciones de la Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, delimita la «actividad delictiva» subrayando cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave, dentro de los que incluye, entre otros, el tráfico ilegal de drogas o el fraude, y menciona expresamente la corrupción.⁴³

Lo anterior se confirma cuando se ha trasladado a nuestra normativa, sin restringir el tipo al blanqueo al dinero procedente del narcotráfico, porque tras la aprobación del CP de 1995, además del tipo cualificado, en el tipo básico se hizo referencia a que los bienes procedieran de un delito grave y más tarde, con la reforma LO 15/2003, de 25 de no-

⁴¹ DEL CARPIO DELGADO, J., «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», en *RGDP* 15 (2011), p. 6 (disponible en: https://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/jcardel/profesor/1353591812163_2011-la_posesion_y_utilizacion_como_nuevas_conductas_en_el_delito_de_blanqueo_de_capitales-revista_general_de_derecho_15.pdf).

⁴² Vid., BLANCO CORDERO, I., «La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea», en *Eguzkilore*, núm. 15, diciembre 2001, p. 11; ALEXANDER, R., «EU: The EC Money Laundering Directive», en *Journal of Money Laundering Control*, vol. 2, núm. 1, 1998, pp. 68-73; y, COBO DEL ROSAL, M. y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Blanqueo de capitales, Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas Directivas de la Comunidad Europea)*, Madrid, 2005, p. 67.

⁴³ Vid., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Entorno al concepto del blanqueo de capitales. Evolución normativa y análisis del fenómeno desde el Derecho penal», en *ADPCP*, vol. LXIX, 2016, pp. 241-243; IGLESIAS RIO, M. A., y MEDINA ARNÁIZ, T., «Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea», en *Revista Penal*, núm. 14, julio 2004, pp. 49-69; y, BLANCO CORDERO, I., «Estrategia penal...», cit., pp. 27-48. CHAIKIN, D., «Commercial corruption and money laundering: a preliminary analysis», en *Journal of Financial Crime*, vol. 15, núm. 3, 2008, pp. 269-281.

viembre, se amplió a cualquier delito. Hay que esperar a la reforma penal por LO 5/2010, de 22 junio, que es cuando se sustituye dicho término por el de «actividad delictiva», con lo que, dentro del grupo de delitos previos al blanqueo, ya estarían comprendidos los relacionados con la corrupción, también la pública.

Parece, entonces, que el legislador se olvida de la autonomía del delito de blanqueo y su significación propia⁴⁴, y que dentro de la categoría «actividad delictiva» ya se incluye el delito de corrupción, aunque eso no significa que sea absoluta, porque en cierta forma tiene dependencia respecto del delito previo y porque el blanqueo solo puede existir si hay bienes generados por la comisión de un delito; por tanto, tiene una gran importancia en la configuración del injusto al ser el delito previo un elemento constitutivo del tipo de blanqueo, por lo que en el agravado lo que existe es una concreción del mismo, cualificando un elemento que se utiliza para adjudicar una valoración especial que se expresa en mayor pena⁴⁵, cuyo sujeto activo puede ser el propio funcionario corrupto que, verbigracia recibe como regalo un lujoso reloj, cometiendo además de cohecho un delito de blanqueo agravado por «posesión», siempre y cuando realice algún acto de transformación o transferencia para ocultar su procedencia delictiva (autoblanqueo), pero también una persona distinta a la que realizó el acto corrupto, un sujeto no cualificado que ayuda al funcionario, que estaría participando en el delito del sujeto cualificado, respondiendo del mismo como cooperador necesario o no, por lo que si los bienes se blanquean debería responder según el título propio de su intervención, esto es, por el blanqueo cualificado. Siendo esto así, como decimos, el tipo de blanqueo pierde su autonomía, su estructura y contenido jurídico, al no centrarse en el injusto ni en la culpabilidad, por la especial dependencia con el delito previo, al enfocarse de nuevo en la actividad delictiva previa, que ahora vuelve a utilizarse para individualizar la pena, confundiendo ambos ilícitos penales, así como sus bienes jurídicos⁴⁶.

⁴⁴ En la STS 884/2012, de 8 de noviembre, se afirma que «el delito de blanqueo de capitales es un delito autónomo que tipifica y describe unas conductas concretas distintas al integrar el delito antecedente del que tienen causa los bienes receptados (STS 1501/2003, del 9 de diciembre)».

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 10.^a ed., 2019, p. 465 ss.

⁴⁶ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Arroyo/Muñoz Conde (trad.), ed. Bosch, 1984, p. 37; por todos, con relación al principio de proporcionalidad y sus subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, *vid.*, ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho penal económico y Constitución», en *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pp. 4 ss.; DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 57-86; BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 246-247.

Por añadidura, desde la función interpretativa del bien jurídico⁴⁷, que se manifiesta en el alcance de la prohibición del blanqueo, debe recordarse que la doctrina mayoritaria, al igual que la jurisprudencia, se refieren a la lesión o puesta en peligro de diversos bienes jurídicos, entre otros, el orden socioeconómico y la administración de justicia «cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada» (STS 228/2013, 22 de marzo), a lo que habría que sumar ahora el que se refiere a la función pública, la imparcialidad y objetividad, y este queda en este momento salvaguardado con la previsión de que se sancione el blanqueo de dinero procedente de cualquier actividad delictiva; es más, no existe mayor afectación al bien jurídico ante su supuesta preeminencia ni se halla mayor gravedad o mayor intensidad material de esta modalidad cuya existencia se justifica en la procedencia de los bienes, porque es el mismo hecho aunque con determinada especificación, y aquí está, ahora, la de que los bienes proceden de un delito de corrupción *pública*, y en su matiz no añade ningún elemento sobre la base del tipo básico, puesto que se limita a especificar en qué supuestos es aplicable, es decir, junto a los delitos de tráfico de drogas, ahora en algunos relativos a la corrupción pública, también urbanística, olvidando que lo fundamental es la procedencia delictiva de los bienes, con independencia del delito de que se trate.

A lo anterior hay que añadir que el legislador penal desconoce que cuando se crea un tipo agravado debe agregar elementos sobre el tipo básico para distinguir la gravedad de los comportamientos prohibidos, referidas a la peligrosidad del hecho o a la especial condición del sujeto activo o agregando elementos temporales, espaciales o medios empleados para su realización. Por esta razón, se exige que se cumplan con todos los elementos previstos en el tipo básico al que se añaden otros elementos, más específicos, que al darse llevarán consigo la aplicación de la agravación, y que de no concurrir será de aplicación el tipo básico. De ahí que en un supuesto delito de corrupción, al hacer referencia a un elemento constitutivo del tipo penal de blanqueo, a simple vista, pare-

⁴⁷ Sobre la importancia de la Constitución y los límites a la intervención penal, *Vid.*, ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho penal económico y Constitución», cit., pp. 12 ss. En el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal está vigente la inherencia, por la que si la condición que agrava o atenúa la pena ya está considerada en la descripción del hecho delictivo, esta no podrá ser tomada en cuenta de nuevo, BORJA JIMÉNEZ, E., *La aplicación de las circunstancias del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 63-77.

ce que al especificarse en el agravado pasa a ser una circunstancia contingente, cuando en realidad no es así, porque si falta, el delito de blanqueo debería permanecer, cuando sin duda lo que sucederá es que desaparecerá el blanqueo⁴⁸. O lo que es lo mismo, el delito antecedente no puede separarse del delito de blanqueo, porque si desaparece no habrá blanqueo, porque es un elemento propio de la conducta punible, pero si se dan ciertas características sobre las que se asienta dicho tipo agravado, que se trata de un supuesto de corrupción, si se elimina mentalmente dicha característica seguirá existiendo la conducta criminal; no obstante, en el tema que nos ocupa, no estamos ante una circunstancia específica de agravación, aunque se construya sobre la base de las características del delito base.

Podría tener sentido haber previsto una agravación que tuviera en cuenta la calidad del sujeto activo, sin necesidad de hacer expresa referencia a la conducta concreta delictiva, cuando el hecho del blanqueo lo hubiera cometido un funcionario, porque de esta manera se estaría respetando la creación de los tipos agravados con arreglo a la especial condición, circunstancias o cualidad del sujeto activo. También respetaría mucho mejor los principios de ofensividad, intervención mínima y proporcionalidad de las penas atender al desvalor de resultado, al beneficio obtenido o la notoria cantidad blanqueada dando un margen al tipo básico, que ya castiga el blanqueo procedente de cualquier actividad delictiva, porque, como señala Vidales Rodríguez, «se trata de una medida que encaja con el pretendido carácter socioeconómico de esta figura. Desde esta perspectiva, parece lógico concluir que cuanto mayor sea el caudal de bienes obtenidos de forma ilícita que se inyecte en el ciclo económico legal, mayores han de ser las distorsiones que se originen y, por ello, bien pudiera merecer un reproche más severo», y este supuesto sí que sería constitutivo de un mayor injusto que legitimaría la agravación al girar en torno al objeto material de delito y no a las características del delito previo⁴⁹.

⁴⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.º ed., 2016, p. 553; y, GONZÁLEZ CUSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, p. 95.

⁴⁹ VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Conductas constitutivas del delito de blanqueo», en 21 octubre 2019 (disponible en: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/conductas-constitutivas-del-delito-de-blanqueo>); Id., «Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (Estudio del artículo 301.1 del Código penal español tras la reforma de la L. O. 5/2010)», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2012, p. 14. Cfr. CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», en Rodríguez García y Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, 2004, pp. 213 ss.; FARALDO CABANA, P., «Aspectos básicos

Más aún, y por lo que se refiere la prueba del delito antecedente, la jurisprudencia exige la concreción de la naturaleza de los delitos previos de los que proceden los bienes objeto de blanqueo, siendo ilustrativa la STS 613/2018 de 29 noviembre, en la que se declara que no es suficiente la simple sospecha pues el conocimiento exigible para cumplir las demandas del elemento subjetivo comporta una cierta certidumbre sobre la procedencia de los fondos⁵⁰. El problema consiste en que para aplicar el tipo agravado no solo debe darse el hecho de que el delito previo sea uno de los expresados en el párrafo 3.º, sino que debe estar probado y, por tanto, exigir el conocimiento del mismo de acuerdo con el principio de culpabilidad. Pues bien, en el supuesto de «auto-blanqueo», parece que el conocimiento sobre el origen delictivo será relativamente fácil de objetivarlo por parte del juez o tribunal, porque su autor tendrá pleno conocimiento del delito previo por su intervención personal en el hecho⁵¹; sin embargo, esta cuestión no es tan sencilla en los casos en que el autor del blanqueo es una persona distinta a la que cometió el hecho principal, uno de corrupción. En estos supuestos, se requiere un doble conocimiento, tanto el relativo a la procedencia delictiva como que se trate de uno de los especificados en el tipo agravado. De no ser así, y de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia (*vid.*, STS 1584/2001, 18 de septiembre), sería posible condenar por el tipo básico de probarse el conocimiento sobre la ilícita procedencia del bien, teniendo en cuenta la homogeneidad entre el básico y el agravado⁵².

del delito de blanqueo de bienes en el código penal de 1995», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 21, 1998, pp. 117 ss.

⁵⁰ La STS 156/2011, de 21 de marzo, expone que el delito de blanqueo de capitales es «un delito autónomo e independiente de los delitos precedentes, no interesando conocer ni los concretos delitos anteriores, ni las condenas, antes bien, el único dolo que se requiere y alrededor del que se vertebra el delito está constituido por la existencia de datos o indicios bastantes que en una valoración integrada y no desvirtuada por pruebas o indicios de descargo, permita afirmar tal conocimiento y consentimiento del agente». En el mismo sentido, la STS 189/2010 dice que «será preciso identificar en los hechos probados, aunque sea de una forma mínima, el delito origen de los bienes, y luego valorar expresamente la prueba acerca de su existencia. Esta identificación y prueba constituyen elementos imprescindibles para afirmar luego que el autor conocía el origen delictivo (...), que previamente debe haber sido suficientemente establecido».

⁵¹ FARALDO CABANA, P., en «Ganancias ilícitas derivadas de la corrupción: entre el decomiso, la defraudación tributaria y el blanqueo de capitales», Puente Alba (dir.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, ed. Comares, 2017, p. 363, indica que cuando no impliquen un cambio de titularidad de los bienes, no se afectará al bien jurídico protegido por el delito de blanqueo y, por lo tanto, serán parte de la fase de agotamiento del primer delito.

⁵² FARALDO CABANA, P., «El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010», *cit.*, p. 30.

En fin, con relación al tipo agravado del dinero procedente del narcotráfico, puede decirse que opera la tradición en el momento de su inclusión cuando la Convención de Viena se refiere al blanqueo procedente del tráfico de drogas⁵³; pero, a decir verdad, esto último no sería extensible a los actos corruptos, pues detrás de la problemática de la globalización y la internacionalización del delito por lo general se responde con la necesidad de armonizar el derecho penal interno⁵⁴, cuya regulación es de carácter preventivo, caracterizada por centrarse en la «lucha contra la corrupción». En cambio, la normativa internacional no indica que se haya de adoptar un tipo agravado como el que se ha analizado⁵⁵, sino que se establece que el castigo de blanqueo se circunscriba a los casos más graves en cumplimiento del principio de proporcionalidad, o en el caso de las directivas europeas se han limitado a requerir de los Estados que establecieran obligaciones de carácter preventivo en la protección del sistema financiero y su sistema de pagos con sanciones eficaces, proporcionadas o disuasorias (características que son predicables con relación a las sanciones administrativas)⁵⁶; luego, es cierto a medias el argumento de que el delito de blanqueo se crea para cumplir con las instancias internacionales, y, en tal caso, parece que nuestro legislador ha actuado al margen de la existencia de obligaciones supranacionales y europeas, superando lo establecido en ellas.

En este momento es relevante señalar que la situación se altera definitivamente tras la Directiva (UE) 2018/167 del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal⁵⁷. Es el artículo 29 del Tratado el que precisa como objetivo de la Unión «ofrecer a los

⁵³ Vid., sobre la tendencia hiperrepressiva en materia de narcotráfico, ARROYO ZAPATERO, L., «Aspectos penales del tráfico de drogas», en *PJ*, núm. 11, p. 21.

⁵⁴ ARROYO ZAPATERO, L., «La armonización internacional del Derecho penal», en AA. VV., Arroyo/Nieto Martín (dir.), Muñoz de Morales/Bailone (coord.), en *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, ed. UCLM, pp. 48-51, Id., «El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea», en *Revista penal*, núm. 3, 1999, pp. 7 ss.

⁵⁵ Ni siquiera la CE orienta la política penal en el sentido de mayor pena para este tipo de comportamientos, cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis, «Control constitucional del Derecho y de la justicia penal», *CPC*, núm. XVII (1982), pp. 285 ss.; y, TIEDEMAN, K. y ARROYO ZAPATERO, L., «Constitución y Derecho penal», en *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 33 (sept.-diciembre 1991), pp. 145 ss.

⁵⁶ Ya ARROYO ZAPATERO, L., en «Actualidad político criminal del Derecho penal económico en España», Arroyo/Tiedemann (eds.), *Estudios de derecho penal económico*, Colección Estudios, UCLM, 1994, pp. 17-18.

⁵⁷ URBANEJA CILLÁN, J., «Renovadas medidas de la Unión Europea relativas a la sanción penal del blanqueo de capitales: la Directiva 2018/1673», en *Revista general de derecho europeo*, núm. 48, 2019.

ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia (...)» que «habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no» incluyendo, también, la corrupción⁵⁸. Así es, desde hace ya algunos años y cada vez con más frecuencia, el Parlamento europeo aprueba nuevas directivas tendentes a fijar aspectos mínimos en el Derecho penal que aplica cada Estado, al considerar que se tratan de temas de gran relevancia e interés, y en los cuales es necesaria su intervención. En efecto, la legislación penal elaborada desde la UE a través de las directivas vincula a los Estados miembros, que han de adaptar su ley penal a aquellas, para armonizar las infracciones detalladas en el art. 83.1 TFUE y «sin perjuicio de que por acuerdo unánime del Consejo pueda ampliarse la competencia a nuevas conductas», a través del procedimiento de la codecisión y se definen infracciones penales y sanciones en ámbitos delictivos especialmente graves y con una dimensión transfronteriza como consecuencia de las repercusiones de aquellas o la necesidad especial de perseguirlas siguiendo criterios comunes para una lucha eficaz⁵⁹. Con ello, el Derecho penal europeo va más allá de la protección de los intereses financieros de la UE y su propia existencia, extendiéndose poco a poco a otros ámbitos; de manera específica, en materia terrorista, trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico de drogas y de armas, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y organizada, blanqueo de dinero, y, por supuesto, corrupción. Por esta razón, se está reconociendo que la corrupción es un delito de especial gravedad con una dimensión transfronteriza y que los Estados miembros no están equipados, en absoluto, para combatirla por sí solos.

⁵⁸ Cfr. NIETO MARTÍN, A., «La armonización del Derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo», en *Revista General de Derecho Penal*, 13, 2010. Sobre la influencia del derecho europeo en el derecho interno, ARROYO ZAPATERO, L., «Prólogo», en Díez Picazo/Nieto Martín (eds), *Los Derechos Fundamentales en el Derecho penal europeo*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 17; PERRIN, B., *La lutte contre le blanchiment d'argent: pistes d'actions entre prévention et répression*, 2010, pp. 69 ss.; y, ROBERT, J. H., «L'immersion du droit de l'UE dans le droit interne: l'exemple du blanchiment et de la corruption, Comunicación communication au colloque. La transposition du droit de l'Union européenne dans la loi pénale française: l'intégration d'un corps étranger», *Ceprisca, Amiens (logis du Roy)*, 1er avril 2016 (disponible en <http://www.ceprisca.fr/transposition-des-directives-penales-en-droit-interne-le-colloque-en-videos/>).

⁵⁹ Como pone de relieve ARROYO ZAPATERO, L., la aproximación de legislaciones se ha desarrollado respecto de ámbitos delictivos de especial gravedad con repercusión transfronteriza, en «La armonización internacional del derecho penal. Hechos, actores y procesos en los caminos de armonización», De la Cuesta/Pérez Machio/Ugartemendía Eceizabarrena (dirs.), *Armonización penal en Europa*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública 2013, p. 15. Sobre la relevancia constitucional de las infracciones en Derecho penal económico, *vid.*, ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho penal y constitución», en *Revista penal*, núm. 1, 1998, pp. 1-16.

En ella, aunque se sigue insistiendo en que el delito de corrupción, «incluido cualquier delito previsto en el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades europeas o de los Estados miembros de la UE y en la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, tendrá la consideración de actividad delictiva a los efectos de la presente Directiva, a su vez, el blanqueo de capitales deberá ser punible, con una pena máxima de privación de libertad de al menos cuatro años, y se deberá aplicar agravantes, las cuales se especifican con claridad en la Directiva y siempre atendiendo a las circunstancias subjetivas del caso concreto. Así, establece en su artículo 6.2 que los Estados puedan prever como circunstancias agravantes cuando el valor de los bienes objeto del blanqueo sea considerable o que los bienes objeto del blanqueo provengan de un delito de corrupción. En consecuencia, pese al carácter facultativo que supone la adopción de estas agravaciones, no habría nada que objetar a la mayor pena que podría corresponder a la gravedad de la conducta por la comisión de un delito de blanqueo condicionada al volumen del valor o bienes involucrados, con independencia de la modalidad delictiva previa, pero sí a la posibilidad de que dicho incremento pueda corresponder a la comisión de este delito cuando los bienes que estén involucrados procedan de un delito de corrupción.

III. Reflexiones finales

La moderna corrupción aparece vinculada a los delitos económicos y a las organizaciones criminales, porque actúa frecuentemente en el mercado financiero internacional, con lo que las figuras clásicas de lucha contra el delito devienen ineficaces para luchar contra ella. De hecho, se requieren mecanismos alternativos contra la corrupción, porque la doctrina coincide en que el trabajo realizado para luchar contra el blanqueo no es muy efectivo y, en consecuencia, de mínima utilidad para eliminar la corrupción⁶⁰.

Los instrumentos internacionales conscientes de la interdependencia entre el crimen organizado, la corrupción, la política y los mercados, enfocan la lucha contra la corrupción a través de la recuperación del

⁶⁰ TEICHMANN, F., *How useful are anti-money-laundering efforts in combating bribery?*, International AG, St. Gallen, Switzerland, pp. 309 ss. (disponible en: <https://www.emerald.com/insight/1368-5201.htm>). *Id.*, «Twelve methods of money laundering», en *Journal of Money Laundering Control* (2017) 20(2), pp. 130-137.

dinero y de los bienes vinculados a estas actividades delictivas. En concreto, de acuerdo con las convenciones de Palermo y Mérida, se debe incluir dentro del catálogo de infracciones previas los delitos de corrupción, pero dicha exigencia ya está en el artículo 301.1 CP, y no demandaban la creación de un tipo agravado donde apareciera de forma evidente la obligación jurídica de extraer del ámbito de la «actividad delictiva» ningún delito determinante, por lo que parece evidente que no existía ni obligación supranacional ni necesidad jurídica para tipificar de forma explícita la corrupción como delito antecedente, en la medida en que su persecución ya era posible, ni siquiera con la nueva directiva donde la agravación tiene un carácter potestativo, y más bien un deseo por cumplir y superar las obligaciones internacionales.

Consecuentemente, las críticas que se realizaron a la agravación del blanqueo cuando el dinero procedía del narcotráfico⁶¹, ahora con mayor razón se sustenta la inconveniencia desde el punto de vista político criminal del dinero que tiene su origen en algunos delitos contra la Administración pública y los urbanísticos; y es que no se acaba de entender cómo después de realizarse un tratamiento positivo uniforme en el tipo de blanqueo, se lleve a cabo una regulación como la del tipo agravado, a no ser que se hiciera para restablecer su función político criminal, esto es, la persecución del blanqueo procedente de actividades como el tráfico de drogas y la corrupción, con lo que estaría recuperando su sentido originario que justifica su tratamiento jurídico específico por el especial desvalor de conductas de blanqueo cuando los bienes tienen su origen en la delincuencia más grave, la relacionada con el narcotráfico y ahora también con la corrupción pública⁶². Menos aún se ha demostrado que las cantidades procedentes de estos delitos superen con creces al del resto de la delincuencia, ni a la hora de llevar a cabo la acción de blanqueo de dinero procedentes de la corrupción pública. Por la misma razón tampoco sirve de justificación que los bie-

⁶¹ ABEL SOUTO, M., *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 279-287 y bibliografía allí cit.; LORENZO SALGADO, J. M., «El tipo agravado del blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas», en ponencia del III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Santiago de Compostela, 18, 19 y 20 de julio de 2012, Abel Souto/Sánchez Stewart (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 226.

⁶² Sin embargo, la redacción actual del art. 301, en realidad, no cumple con esos objetivos al extenderse a cualquier tipo de conducta delictiva, *Vid.*, BLANCO CORDERO, I., «El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales», en RECPC 13-01 (2011) y bibliografía allí cit. «El blanqueo debe recaer sobre una actividad delictiva antecedente», VARELA, L., «El blanqueo de capitales como norma de blanqueo invertida (una posible interpretación sobre su naturaleza jurídica)», en *Revista penal*, núm. 40, 2017, pp. 236-249.

nes jurídicos se vean más lesionados, por lo que necesitarían de una protección especial al tratarse de graves formas específicas de lesión a dichos bienes, ya que son los mismos⁶³, y ni la administración de justicia se ve más obstaculizada en su labor de perseguir los delitos, ni el correcto funcionamiento de la función pública, su integridad e independencia están más protegidos por el hecho de perseguir con mayor pena estos delitos y ni siquiera se ve más afectado el funcionamiento del sistema financiero ni mayor distorsión de la economía legal con los recursos que proceden de estos delitos siendo el mismo, el orden socioeconómico⁶⁴. Lo que nos lleva a preguntarnos por las circunstancias que han llevado al legislador penal para entender que se trata de unos comportamientos especialmente intolerables, y que no se dan en otros supuestos, cuando los bienes procedan, por ejemplo, del tráfico ilícito de bienes culturales⁶⁵ o las razones por las que no ha considerado que el incremento del desvalor de acción vendría de la mano de un criterio objetivo para delimitar el tipo agravado del básico en el que el autor es funcionario o autoridad sin hacer referencia a una concreta conducta delictiva o, por lo que se refiere al desvalor de resultado, recurriendo al valor de las ganancias ilícitas que determinen una mayor penalidad.

Por todo ello, cuanto estamos ante el blanqueo y la corrupción todas las garantías penales, aquellas que derivan del principio de legalidad, así como la proporcionalidad, se derrumban por su amplitud y ambigüedad, y, además, impulsado por la normativa internacional y europea⁶⁶. Estamos ante un importante problema de legitimidad por la incoherencia de tipo agravado en el que se agrava el marco punitivo, que genera problemas aplicativos, que no se refiere al injusto, aunque se concrete en una determinada categoría de ilícitos penales, o a la culpa-

⁶³ ABEL SOUTO, M., «Amnistía fiscal de 2012 y reforma penal», en *RECPC* 14-14 (2012), pp. 41-43, y bibliografía cit. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «El castigo del autoblanqueo y la autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales en España», en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, núm. 3 (2015), pp. 241-252, p. 244; y, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 808-818.

⁶⁴ Entre otros, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?», en *Derecho penal contemporáneo: Revista internacional*, núm. 26, 2009, pp. 5 ss.

⁶⁵ OTERO GONZÁLEZ, P., en «El delito doloso de daños a bienes de valor cultural (artículo 323 CP) conforme a la LO 1/2015», *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ramón Areces ed., 2016, pp. 1198 ss., siguiendo a ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, crítica la inclusión de este tipo agravado al no existir «razón alguna para agravar el blanqueo de fondos provenientes del narcotráfico, diferenciando este delito de otros tráficos ilícitos de igual o mayor lesividad social: compraventa de armas convencionales, químicas, bacteriológicas o nucleares, de embriones, material genético (...)».

⁶⁶ JOYCE, E., «Expanding the international regime on money laundering in response to transnational organized crime, terrorism, and corruption», en Reichel (ed.), *Handbook of transnational crime & justice*, Sage publications, Thousand Oaks/London/New Delhi, 2005, pp. 81-97.

bilidad o a importancia del bien jurídico protegido, y en el que no se averigua un mayor grado de reproche social y jurídico, con lo que no se justifica una pena más grave. Su introducción respondió a razones irracionales, como la alarma social⁶⁷, debido a una serie de circunstancias políticas y sociológicas coyunturales al existir una mayor sensibilidad social, debiéndose enmarcar todo ello, una vez más, en un contexto de irracionalidad y expansión alejado de la idea de derecho penal mínimo, que no encuentra fundamento en las mencionadas garantías penales ni en un concepto material de delito que protege bienes jurídicos.

⁶⁷ ARROYO ZAPATERO, L., «Opinión pública y castigo en España: la manipulación política de la criminalidad y sus costes sociales», en *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 5, 2014, pp. 15 ss. *Id.*, «Criminalidad y contexto urbano en España», en AA.VV., Núñez Paz/García alfaraz (coord.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, ed. Universidad de Salamanca, 2007, pp. 37 ss. Sobre el principio de protección, *vid.*, Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Teoría y práctica*, España, Trotta. 2003, p. 137.

ACERCA DE LA TUTELA PENAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD GENÉTICA

M.^A DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO
Catedrática de Derecho penal. Universidad de Sevilla

I. Consideraciones introductorias

La información que las actuales técnicas permiten obtener del material genético resulta singularmente sensible y quizás, como ninguna otra, sitúa al ser humano en una posición de extrema vulnerabilidad, hasta el punto de que, en la clásica expresión de Romeo Casabona, corre el riesgo de convertirle en un «*ciudadano transparente*» o de «*crystal*»¹. A nadie debiera extrañar que así sea solo con recordar las singularidades de la información que potencialmente suministran tales muestras, tanto en el caso del llamado análisis *codificante* o *expresivo* como el del *no codificante* o *no esencial*². Para empezar, porque tiene carácter predictivo y generacional, con la consiguiente afectación no solo del titular de la muestra, sino de terceros, ya se trate de personas vivas, fallecidas o incluso por nacer; a ello se suma que la información que puede obtenerse de los análisis químicos es extraordinariamente amplia, comprendiendo no solo las predisposiciones genéticas de los individuos, sino también la identificación y relación de una persona con otras (vivas o fallecidas). Todavía contribuye al carácter especialmente sensible de los datos genéticos el hecho de que su alcance real no

¹ ROMEO CASABONA, C., «El tratamiento y la protección de los datos genéticos», en *Gen-ética*, Ariel 2003, pp. 249 ss.

² Mientras el codificante codifica las proteínas y, por ello, permite la identificación genética de la persona, el no codificante carece de aquellos rasgos, pero suministra una información que se ha equiparado a una especie de «código de barras». Por todos, ROMEO CASABONA, C., «Utilización de los identificadores de ADN en la Administración de Justicia», en *La prueba del ADN en medicina forense*, Barcelona, 1999, p. 9.

se conozca en el momento de analizar la muestra, sino que pueda ampliarse a la vista de las posibilidades que la ciencia ofrezca en el futuro³.

La extraordinaria sensibilidad de los datos en potencia extraíbles de este tipo de análisis contrasta con la facilidad con que pueden obtenerse las muestras objeto de estudio, bastando pensar en la recogida de un cabello, en los restos de saliva depositados en un vaso o en la colilla de un cigarrillo. Se explica sin dificultad a la vista de lo anterior que la protección de la intimidad genética haya estado presente en distintos documentos internacionales, siendo de destacar entre ellos la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos humanos, de 11 de noviembre de 1997; el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina (Oviedo), de 4 de abril de 1997, o la Declaración Internacional sobre datos genéticos humanos, de 16 de octubre de 2003. De modo más reciente, debe citarse el Reglamento 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que incluye a los datos genéticos dentro de las «categorías especiales de datos» por razón de su sensibilidad, así como, específicamente para el ámbito que regula, la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo⁴.

De un modo u otro, a lo largo del texto de los distintos instrumentos se evidencia la preocupación por preservar los respectivos derechos⁵ que pueden resultar afectados por la obtención indebida de datos de carácter

³ Es lo que ocurre con el llamado ADN no codificante, que en el estado actual de la ciencia no permite aportar información sobre, por ejemplo, las probabilidades de padecer determinadas enfermedades, permitiendo tan solo la identificación del sujeto. No es de descartar, sin embargo, que en el futuro pueda obtenerse de aquel una información que trascienda a la que se obtiene en la actualidad.

⁴ Que dispone en su Considerando 23: «Habida cuenta de la complejidad y la sensibilidad de la información genética, existe un alto riesgo de que el responsable del tratamiento haga un uso indebido de la misma o la reutilice con fines no autorizados. Toda discriminación por razón de características genéticas debe quedar prohibida con carácter general».

⁵ Sobre una relación de las singularidades de los datos genéticos, véase por todos MIÑO-VÁSQUEZ, V., «La protección de los datos genéticos en virtud del Reglamento General de Protección de Datos», en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, núm. 51, 2019, pp. 82 ss».

sensible a partir de muestras genéticas, derechos que van desde la dignidad de la persona, en tanto que pudiera llegarse a su cosificación en aras a conseguir información de interés, pasando por el derecho a no ser discriminado a consecuencia de los resultados de la prueba⁶ o a la integridad corporal allí donde sea precisa una intervención corporal para obtener la muestra, hasta llegar al derecho que interesa a esta contribución, la intimidad⁷. A lo largo de sus páginas se pretende hacer un recorrido, siquiera sea selectivo y necesariamente limitado, por alguna de las muchas cuestiones que plantea la protección de los datos extraíbles de los análisis químicos, queriendo servir ante todo de modesto homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero, querido y admirado maestro.

II. Datos genéticos e intimidad

Como anticipaban ya las líneas anteriores, entre los derechos que pueden resultar directamente afectados por un análisis genético no consentido destaca el derecho a la intimidad, cuya singular vulnerabilidad en este ámbito ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional en distintos fallos⁸. Si bien tal reconocimiento puede considerarse veterano, la normativa que con carácter general dispensa tutela en el ordenamiento español a los datos genéticos no puede decirse que también lo sea, representando el referente al respecto la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica, cuyo art. 51 consagra el deber de confidencialidad y el derecho a la protección de los datos genéticos⁹. Goce o no de una sóli-

⁶ En ámbitos muy distintos, como por ejemplo el laboral allí donde la enfermedad que predictivamente pudiera desarrollar el sujeto en cuestión motivara al empresario a no contratarle, o por ejemplo, a la hora de contratar un seguro de salud.

⁷ Sobre la implicación de los distintos derechos, por todos, MIÑO-VÁSQUEZ, V., «La protección de los datos» genético, pp. 79 ss.

⁸ Entre otras, pueden citarse las SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, en relación con la práctica de un análisis de ADN; la 207/1996, relativa a la obtención de información acerca del consumo de cocaína y otras drogas a partir del análisis de un cabello; la STC 196/2004, de 15 de noviembre, en relación con un análisis de orina realizado a un trabajador que arroja como resultado el consumo de drogas, o la STC 15/2005, de 4 de febrero, en relación con la obtención de información acerca del consumo de alcohol.

⁹ «1. El personal que acceda a los datos genéticos en el ejercicio de sus funciones quedará sujeto al deber de secreto de forma permanente. Sólo con el consentimiento expreso y escrito de la persona de quien proceden se podrán revelar a terceros datos genéticos de carácter personal.

Si no es posible publicar los resultados de una investigación sin identificar a los sujetos fuente, tales resultados solo podrán ser publicados con su consentimiento.

2. En el caso de análisis genéticos a varios miembros de una familia los resultados se archivarán y comunicarán a cada uno de ellos de forma individualizada. En el caso de personas incapacitadas o menores se informará a sus tutores o representantes legales».

da tradición el reconocimiento positivo del derecho a la intimidad genética, lo cierto es que hoy en día la cuestión no es ya desde luego esa. Las dificultades se presentan cuando se trata de perfilar los presupuestos con los que en el caso concreto proceda apreciar efectivamente una intromisión en dicho derecho, así como de reconocer, en su caso, una situación justificante que de manera puntual excluyera la antijuridicidad de la conducta.

Para empezar, conviene recordar algunas peculiaridades que presenta el derecho fundamental a la intimidad en el ámbito de la genética. Entre ellas destaca el hecho de que, sin necesidad siquiera de recurrir al concepto de *intimidad familiar*, el titular del derecho no se ciña al sujeto del que procede la muestra en cuestión, el llamado *proband*, sino que la titularidad se extiende potencialmente a los familiares de éste con los que pueda compartir una misma información genética. Este dato cuestiona en buena medida algunos de los rasgos que tradicionalmente se han predicado del derecho a la intimidad. Se cuenta entre ellos la posible revisión del principio según el cual se trata de un derecho disponible, premisa que descansa en su clásica comprensión como un derecho exclusivamente individual que, como mínimo, resulta cuestionada cuando el eventual consentimiento expresado por el titular de la muestra entra en colisión con los intereses de esos otros familiares afectados por la información de ella extraída. Precisamente debido a la proyección del dato en cuestión a otros familiares, el derecho a la intimidad genética se despoja igualmente de otro rasgo propio de la comprensión clásica de la intimidad. En concreto, y dado que la muerte del titular de la muestra en nada afecta a la identificación de otros afectados por la revelación de la información obtenida, estos se convierten en titulares directos del derecho, sin necesidad de recurrir a la noción de la intimidad familiar.

Más allá de estos aspectos específicamente relacionados con la peculiaridad de la información obtenida, no de menor interés resulta reparar en las singularidades de las vertientes que en concreto pueden resultar vulneradas por la información genética. Partiendo de la clásica diferenciación entre el aspecto negativo y positivo del derecho a la intimidad, a nadie se ocultan los matices que en cada uno de ellos introduce la singularidad tanto de las muestras objeto de análisis como de sus resultados.

En primer lugar, en lo que se refiere a la vertiente negativa, cifrada en la exclusión absoluta de terceros al acceso a los datos genéticos, conviene hacer alguna precisión en lo atinente a la recogida de mues-

tras para obtener de ellas posteriormente información. Por sus características, cabe decir que difícilmente va a resultar afectada la específica vertiente de la *intimidad corporal*, puesto que, al ser el ADN idéntico en todas las partes del cuerpo, es posible obtener muestras mediante procedimientos no invasivos, como pueda ser la toma de restos de saliva dejadas en un vaso. Pero es que, aun cuando la recogida de muestras tuviera lugar por procedimientos invasivos, por ejemplo, un análisis de sangre, tampoco podría decirse, al menos con carácter general, que se afectase aquella parcela de la intimidad. Así lo ha dejado sentado el Tribunal Constitucional en distintas sentencias, siendo clásica la 37/1989, de 15 de febrero, que se pronunció en el sentido de considerar que el derecho a la intimidad corporal solo puede considerarse vulnerado cuando por el lugar del cuerpo del que pretendan extraerse las muestras se vea afectado el sentimiento de pudor¹⁰.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la vertiente positiva de la protección de la intimidad, cifrada en el control del destino de la información genética, también las peculiaridades de este tipo de información motivan una serie de consideraciones específicas¹¹. Destacan entre ellas las dudas en torno a la vigencia sin fisuras del reconocido *derecho a no saber por parte del titular*, reconocido por el art. 5.e) Declaración Universal sobre el Genoma Humano 1997, así como por el art. 10 de la Declaración Internacional sobre datos genéticos Humanos, Unesco 2003. La puesta en cuestión de este derecho en el ámbito que nos ocupa obedece al mismo rasgo tantas veces señalado de la eventual afectación de la información obtenida a otros sujetos distintos al titular de la muestra.

Reconociendo las peculiaridades del derecho a la intimidad genética, las consideraciones que siguen se ocupan de perfilar los principales aspectos de su protección penal, tratando en primer lugar las posibilidades de reconducir a los tipos penales que protegen aquel derecho los distintos casos que pudieran plantearse en la práctica, para abordar después las líneas de resolución de la eventual colisión del derecho a la intimidad genética con otros intereses igualmente merecedores de tutela.

¹⁰ Sobre estos aspectos me ocupé en *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico*, Comares 2007, pp. 175 ss.

¹¹ Si bien otras muchas cuestiones se reproducen sin más en el ámbito de la genética. Es lo que sucede, por ejemplo, con la cuestión relativa a si la facultad de control de la persona sobre las condiciones en que podrá acceder a sus datos personales, cifrada en el llamado *derecho a la autodeterminación informativa*, puede considerarse como un derecho fundamental autónomo, junto con la intimidad. Al respecto, por ejemplo, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa», en *Derecho y Salud*, vol. 16, 2008, pp. 73 ss.

III. La protección penal de la intimidad genética

La identificación de los casos que pudieran dar lugar a responsabilidad penal requiere distinguir entre una serie de supuestos cuyo enunciado resulta de la combinación de dos variables; a saber, la recogida lícita o no de las muestras que después se someterán a análisis, por un lado, y el carácter consentido o no de la difusión, por otro.

1. *La obtención de los datos íntimos a partir de muestras recogidas de modo ilícito*

Dejando a un lado los casos en los que para el apoderamiento de la muestra se hubiera empleado amenaza o violencia, y en los que en consecuencia eventualmente pudiera venir en consideración un delito de lesiones o contra la libertad, nos centramos en las posibilidades de apreciar en los casos de descubrimiento y/o revelación ilícita de los datos genéticos los presupuestos del tipo delictivo contemplado en el art. 197.1 CP. Presupuesto de tal posibilidad es que concurra tanto el objeto de sustracción que tipifica dicho precepto como los medios de apoderamiento que en él se contemplan.

En lo que a lo primero se refiere, la subsunción de la muestra entre los objetos que contempla el art. 197.1 CP, salta a la vista que aquel al que pudiera reconducirse por su similitud sería el relativo a los efectos personales, a los que se refiere el tipo junto a las cartas, papeles mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales. En efecto, parece inequívoco que pocos efectos se prestan a ser considerados tan personales como una muestra orgánica, y desde luego, pocos se sitúan en condiciones de proporcionar tanta información sobre el individuo como ellas.

Mayor dificultad parece presentar la subsunción de la obtención de la muestra entre los medios tasados que contempla el precepto, y que se ciñen al *apoderamiento* de papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, *intercepción* de las telecomunicaciones, o *utilización de artificios técnicos* de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o de la imagen.

Bien es cierto que como línea de principio puede decirse que la conducta de sustraer una muestra con información genética, como pudiera ser un cabello, una colilla o restos de saliva, es subsumible en la conducta de *apoderamiento*. Las dudas surgen, sin embargo, cuando se

trata de equiparar desde un punto de vista valorativo la dinámica propia del apoderamiento de tales muestras a la del resto de objetos que contempla el precepto. En concreto, aquéllas se plantean en tanto que los medios contemplados en el art. 197.1 responden a una dinámica caracterizada por una conducta de *intromisión en la esfera de la víctima*, como pueda ser la recogida de papeles, cartas, etc., que pertenece al sujeto, y que en modo alguno ha abandonado o descuidado, lo que dicho sea de paso en buena medida enlaza con consideraciones relativas a la no detección de la responsabilidad de la víctima por su descuido o abandono de los objetos en cuestión en los términos propios de la victimodogmática¹². Contrasta, por ello, la característica de tales objetos con la recogida de una colilla, por ejemplo, resto del que el sujeto se desprende de forma ordinaria y voluntaria. Pero también en otros casos en los que propiamente no pueda hablarse de descuido o voluntariedad en el abandono de la muestra genética surgen dudas acerca de la similitud valorativa de la forma de obtención de estos efectos personales respecto al resto de los que contempla el precepto. Pensemos ahora, por ejemplo, en la recogida de un cabello caído al suelo. Aun cuando en su abandono no medie la nota de la voluntariedad ni pueda considerarse fruto de la dejadez del titular, se trata de restos de los que se desprende cotidianamente, sin que la recogida represente, por ello, una intromisión en la esfera personal del individuo.

En todo caso, si pese a tales dudas se admitiera que el apoderamiento de dichos efectos es subsumible en el art. 197 CP, tampoco por ello desaparecerían las objeciones relativas a la procedencia de la apreciación del referido precepto. Estas surgen ahora a la vista de la extraordinaria anticipación de la intervención penal que entonces se produciría. Recordemos que el precepto se consuma con la simple obtención de los efectos en cuestión realizada con la intención de descubrir los secretos de terceros. Allí donde se comprobase esa específica finalidad resultaría entonces que bastaría para la consumación del delito con la recogida de la muestra en cuestión, por mucho que su análisis difiriese temporalmente. Pareciera lógico demorar la consumación, al menos, hasta el momento en el que se solicitara el análisis genético, una interpretación que, pese a su razonabilidad, difícilmente puede deducirse de la letra de la ley. Ante tales dificultades, no puede más que concluirse con la conveniencia de incorporar, *de lege ferenda*, un precepto de tenor similar al conte-

¹² Resultando que, por ejemplo, la obtención de datos de un documento bancario que por descuido el titular ha dejado abandonado en un lugar accesible a terceros no sería constitutiva de un delito contra la intimidad.

nido por ejemplo en el Código penal francés¹³, que conciliara la protección de la intimidad con las singularidades del caso que nos ocupa.

2. *Los casos de obtención lícita de la muestra, y realización a partir de ella de un análisis genético no consentido*

Una segunda variante que pudiera plantearse se corresponde con los casos en los que, si bien el titular de la muestra, pensemos de sangre, se ha sometido voluntariamente a su obtención para un análisis, no consiente, sin embargo, que éste sea de su perfil genético. Se trata de un supuesto que tampoco está exento de dificultades de subsunción en el art. 197.1 CP. Estas surgen ahora del hecho de que dicho precepto no contempla como tal la conducta de *averiguación o descubrimiento* de la información personal, sino que su tipicidad se condiciona a que tenga lugar por los medios tasados que ya recordábamos líneas más arriba. Resulta entonces que allí donde la obtención de la muestra se califique como lícita, decae la tipicidad del art. 197.1 CP por la averiguación de la información que contiene y, en su caso, por su divulgación. Respecto a esta conducta, tan solo vendría en consideración, siempre que se den la totalidad de sus presupuestos, el art. 199.2 CP, relativo a la quiebra del secreto profesional.

3. *Los casos de obtención lícita de la muestra así como su análisis, no siendo la revelación consentida*

Se trata de los supuestos en los que el titular de la muestra consintió su toma para la realización del análisis genético, si bien el dato obtenido es revelado sin su consentimiento. En ellos, descartada la posibilidad de apreciar el art. 197.4 CP, cuyo presupuesto típico es que la obtención de la información tenga origen ilícito, de nuevo viene en consideración el precepto que contempla la vulneración del secreto profesional, el art. 199.2 CP, orientado a la tutela de la vertiente positiva del derecho a la intimidad. Dada la peculiaridad de la información genética a la que tantas veces hemos hecho referencia, debe tenerse en cuenta que el

¹³ Que sanciona «los atentados contra la persona que provengan del estudio genético de sus características o de la identificación por medio de sus muestras genéticas», cuando se realizan sin la autorización del titular o con finalidades distintas a las médicas, científicas y judiciales (art. 226).

precepto vendría en consideración tanto cuando la revelación afecte al sujeto al que pertenece la muestra como a sus familiares.

En cualquiera de los casos, la tipicidad requiere una actitud dolosa en la conducta de quien revela la información, no quedando comprendida la infracción del deber de custodia por imprudencia grave. No encuentra, por ello, sanción en el orden penal la obligación prevista por el art. 9.1 de la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal, conforme a la cual: «El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural».

IV. Situaciones de conflicto

Hasta aquí el recorrido por los principales aspectos relativos a las posibilidades de reconducir al orden penal las eventuales quiebras a la intimidad genética. Cuestión distinta de lo anterior es la relativa a la posibilidad de admitir puntualmente una justificación de dichas quiebras por razón de la apreciación de una colisión de intereses entre el derecho a la intimidad y otros que, en el caso en cuestión, se consideren de mayor calado. Ciertamente son muy variadas las posibles situaciones de conflicto que pueden plantearse, comprendiendo desde el interés por investigar la paternidad, el de las compañías aseguradoras por obtener una información a partir de la cual decidir la conveniencia de concertar un seguro, el del empresario a la hora de contratar a un trabajador, o el interés cifrado en evitar un peligro colectivo. Entre todos los casos imaginables, por razones de espacio tan solo nos referimos a dos grupos de ellos. Por un lado, al conflicto que se plantea allí donde la intimidad genética contrasta con el interés en conocer y revelar datos genéticos como medio para preservar la salud de los familiares del titular de la muestra; por otro, al conflicto que pudiera surgir cuando se trate de la obtención y recogida de datos con fines de su incorporación a un proceso penal.

1. *La colisión del derecho a la intimidad genética con el interés por conocer y revelar los datos genéticos como medio de preservar la salud de los familiares*

Se plantea en este supuesto la eventual quiebra del derecho a la intimidad cuando entra en colisión con el interés de los familiares de la persona a la que se refieren los datos genéticos en acceder a ellos como medio de conocer, prever o completar los relativos a su propio estado de salud.

Bien es cierto que la eventual justificación de la vulneración de la intimidad se va a plantear en relación con la vertiente positiva de ésta, no con la negativa. Por mucho que pudiera apreciarse el interés de los familiares en conocer un análisis genético del pariente consanguíneo como medio de obtener el denominado *pedigree familiar*, parece a todas luces desproporcionado justificar la obtención y análisis no consentido de una muestra desde el principio básico de *proporcionalidad*, por no poder prevalecer frente a la intimidad un hipotético derecho a la salud (*futuro e incierto*). Resultaría, en definitiva, improcedente apreciar un estado de necesidad, en tanto que no puede decirse que concurra un peligro real cuya evitación requiriese el sacrificio del derecho a la intimidad de una persona¹⁴.

Más interés presenta la cuestión relativa a la eventual pretensión de los familiares del titular de la muestra de revelar los resultados de un análisis genético al que aquél se ha sometido de forma voluntaria. En realidad, dentro de esta fenomenología de casos cabría a su vez diferenciar dos de ellos. El primero estaría representado por el supuesto en el que son los familiares quienes reclaman el conocimiento de la prueba para completar esos resultados con los que arrojan sus propios estudios genéticos, a fin de desvirtuar o no la concreta secuencia que produce la mutación genética de que se trate. Si todos esos familiares hubieran prestado su consentimiento para la práctica de la prueba, lo normal será que consientan también en facilitar sus resultados para dicho contraste. Todo ello sin desconocer que no se trata de proceder a la comunicación detallada de la información relativa a cada uno de esos familiares al resto.

Alguna referencia especial requiere el segundo supuesto que pudieran plantearse, caracterizado porque son los médicos quienes advierten

¹⁴ Por todos, DE SOLA RECHE, «Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto», en *Revista de Derecho y genoma humano*, 1994, p. 189.

la conveniencia de facilitar la información a quienes ignoran la posibilidad de sufrir la enfermedad. Se plantea en tal caso si la revelación que llegara a realizar el médico inspirada por dicho interés pudiera fundamentar la apreciación de un delito del art. 199.2 CP o si, por el contrario, la conducta habría de considerarse atípica debido a la titularidad familiar compartida de los datos.

La solución al problema permite su enfoque desde dos modelos contrapuestos; a saber, el *modelo médico* o *modelo familiar*, por un lado, y el *modelo legal*, por otro. El primero de ellos parte de la comprensión de la titularidad de los datos en términos familiares, con la consecuencia entonces de la exclusión de la ilicitud de la revelación a cualquiera de los sujetos que integran esa unidad familiar. En la medida en que se admita, en efecto, la titularidad compartida de los datos genéticos, habría de excluirse, por improcedente, la pretensión de uno de los integrantes de la unidad familiar de impedir que los resultados fueran conocidos por el resto. Ahora bien, aun cuando dicho modelo ha encontrado cierto predicamento doctrinal¹⁵ e incluso se ha recogido en algún pronunciamiento jurisprudencial en Norteamérica¹⁶, no es propio de nuestro entorno jurídico, inspirado por el contrario en el modelo clásico de preservación de la intimidad, que parte del reconocimiento de la plena facultad del titular para decidir la comunicación o no de sus datos a cualquier persona, también a los familiares que pudieran verse afectados, debido al carácter singularmente sensible de los datos afectados. Conforme a este modelo, al que responden tanto alguna Recomendación del Consejo de Europa¹⁷ como la *Declaración Internacional sobre los datos Genéticos Humanos de la UNESCO*, de 16 de octubre 2010¹⁸, la

¹⁵ SKENE, «Patients rights or family responsibilities?», en *Medical Law Review*, 1998, pp. 24 ss.

¹⁶ Así fue en el caso *Safer v. Pack*, fallado en 1996 por la Corte Suprema de New Jersey. Se trataba de la reclamación planteada por parte de la hija de un paciente contra el médico que había atendido a su padre de un cáncer con alta probabilidad de transmitirse genéticamente. La Corte falló que en determinados casos la obligación no se agota en informar al paciente, sino que también puede resultar necesario que sean advertidos directamente los familiares con alto riesgo de sufrir la enfermedad.

¹⁷ Es el caso de la Recomendación del Consejo de Europa R (92), núm. 3, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre pruebas genéticas y de cribado con fines sanitarios, de 10 de febrero de 1992. Su punto 11, relativo a los *descubrimientos inesperados*, dispone: «La comunicación de dichos descubrimientos inesperados a miembros de la familia de la persona objeto de análisis no deberá ser autorizada por la ley nacional a no ser que la vida de esos miembros se encuentre en peligro y la persona se niegue a advertirlos». En el mismo sentido debe verse la Recomendación Núm. R (97) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre protección de datos médicos, en su punto 7.3.b.1.

¹⁸ Cuyo art. 14 dispone: «Los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas asociados con una persona identificable no deberían ser dados a conocer ni puestos a disposición de terceros, en particular de empleadores, compañías de seguros, estable-

revelación de los datos habría de considerarse ilícita y, en su caso, constitutiva de un delito del art. 199.2 CP. **Solo de forma muy excepcional sería posible la comunicación de los datos a los familiares y siempre respetando los estrictos cauces** justificantes del estado de necesidad, que pasa, ante todo, porque la comunicación se ciña a los aspectos estrictamente necesarios para evitar la situación de riesgo¹⁹. Con todo, la exclusión de la antijuridicidad de la conducta en el caso concreto requeriría salvar la dificultad que en la práctica puede plantear la apreciación de la concurrencia de un mal inminente, puesto que, por definición, se trata de evitar un mal previsto a partir de un cálculo de probabilidades de desarrollar una enfermedad en el futuro. En esta clave debe entenderse el art. 49.2 de la Ley de Investigación Biomédica. Tras reconocer el derecho de la persona que se someta a análisis genéticos a no ser informado de sus resultados, dispone: «Cuando esta información sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de los familiares biológicos, se podrá informar a los afectados o a sus representantes autorizados. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los *datos necesarios* para estas finalidades».

2. *La colisión del derecho a la intimidad genética con el interés por recoger datos genéticos con fines de investigación y uso en el proceso penal*

Dejando al margen la normativa internacional sobre la materia²⁰, lo cierto es que buena parte de las dificultades que plantea su régimen en la práctica se deben a la ausencia en nuestro Ordenamiento de una regulación legal específica que de forma unitaria diera cobertura a la recogida y almacenamiento de datos con tal fin.

cimientos de enseñanza y familiares de la persona en cuestión, salvo por una razón importante de interés público... o cuando se haya obtenido el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona, siempre que éste sea conforme al derecho interno y al derecho internacional relativo a los derechos humanos».

¹⁹ Véase al respecto, por ejemplo, SPORLEDER DE SOUZA, P. V., «La tutela jurídico-penal de los datos genéticos con fines médicos», en *Revista de Derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, núm. 50, 2019, pp.34 ss., para quien «no sería sancionable que un médico revele un secreto ajeno cuando constituya el único medio apto para prevenir un grave e irreversible daño a la salud física o psíquica de terceros».

²⁰ Que arranca con la Recomendación Núm. R (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre la utilización de los análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco del sistema de justicia penal* se ocupa de establecer el marco mínimo de esa actuación, aprobada por el Comité de Ministros el 10 de febrero de 1992.

En lo que a la recogida de datos se refiere, si bien es verdad que nuestro TC, siguiendo la doctrina sentada por el TEDH²¹, ha descartado que el sometimiento a tales pruebas pudiera suponer una forma de autoincriminación para el titular de la muestra²², no por ello desaparecen las dificultades que pudieran plantearse desde el punto de vista del derecho a la intimidad. Claro es que aquéllas no se plantean en relación con las muestras *dubitadas*, cuya recogida en el lugar del delito puede realizarse por la Policía judicial sin necesidad de intervención judicial²³, sino respecto a las muestras *indubitadas*, esto es, las pertenecientes al sospechoso. El precepto de referencia en la materia es el art. 363 LECrim, conforme al cual, «Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia», añadiendo que, «Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de *muestras biológicas del sospechoso* que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de *inspección, reconocimiento o intervención corporal* que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad».

²¹ Sentencia de 17 de diciembre de 1996, asunto Saunders v. Reino Unido, que declara que el derecho a no declarar contra sí mismo no comprende la negativa a la obtención de los materiales que tienen una existencia independiente de la voluntad del acusado, como sucede, por ejemplo, con las «muestras de aliento, sangre u orina, o tejido corporal para realizar pruebas de ADN». Véase también la Sentencia TEDH J. B. v. Suiza, de 3 de mayo de 2001.

²² Ya la STC 161/1997 dejó sentado que la garantía frente a la autoincriminación «no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas». Por su parte, la STC de 199/2013, de 5 de diciembre, relativa a la recogida de saliva de un recluso, acusado de daños terroristas, consideró que: «no se aprecia que la acción del demandante estuviese motivada por el empleo sobre él de vis física o moral alguna. Ni se vio forzado a escupir como consecuencia de las conducciones de la detención, ni se aduce haber sido objeto de engaño alguno. Consecuentemente, la libertad con la que se produjo la acción de escupir cuando se abandonaba la celda permite descartar la invocada lesión del derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo».

²³ Así lo permiten los arts. 326.1 y 282 LECrim, precepto este último que atribuye a la policía judicial, entre otros cometidos, la recogida de «todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito», así como conforme a la Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007, que crea la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del análisis del ADN, y que habilita a la Policía judicial para la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado (muestra indubitada), así como del lugar del delito (muestra dubitada). En la jurisprudencia, resulta ilustrativa la cita de la STS 658/2010, de 7 de julio. En la doctrina, puede verse sobre esta cuestión DE TORRES SOTO, M. L., «Información genética y derecho a la intimidad», en *Revista CES Derecho* col. 9, núm. 2, 2018, pp. 222 ss.

A partir de esta previsión se distingue entre la toma de muestras que requieran prácticas incisivas o directas sobre la integridad corporal, respecto a las que pueden ser recogidas sin tal incidencia o, en todo caso, con una incidencia leve en la esfera corporal del sujeto y además medie su consentimiento. En lo que se refiere a las muestras que pueden recogerse sin incidencia corporal, por ser abandonadas (por ejemplo, un resto de saliva escupida), su recogida puede realizarse por la policía judicial sin necesidad de autorización judicial, habiéndolo así declarado el Acuerdo de Pleno del TS de 31 de enero de 2006²⁴. Por su parte, en relación con la recogida de muestras que requieren una incidencia corporal, aún leve, se considera lícita la recogida por la policía judicial aun sin autorización judicial siempre que medie el consentimiento del afectado²⁵.

Diferente es el régimen de la obtención de muestras que requieren incidencia corporal sin que medie el consentimiento de su titular. Conforme al art. 363 LEcrim así como a la Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, su recogida se ciñe a los casos en que de forma justificada el Juez de Instrucción la adopte, acordando para ello los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. El respeto de tales criterios pasa por la garantía de que la toma de la muestra no suponga quebranto para la salud, se practique por personal sanitario y se respete la dignidad del sujeto. Sobre la base de esta regulación, la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015, introdujo un nuevo artículo 129 bis, motivado por la incorporación a nuestro ordenamiento de las previsiones de algunos instrumentos internacionales²⁶. *Conforme al mismo, tratándose*

²⁴ En aplicación de tal criterio puede verse la ya citada STC de 5 de diciembre de 2013, relativa a la recogida de la muestra de una saliva de un recluso, o la STC 13/2014, de 30 de enero, relativa a la recogida por un agente policial de la colilla arrojada por el acusado.

²⁵ STC 135/2014, de 8 de septiembre, dictada en relación con un caso de realización por la policía sin autorización judicial de frotis bucal al detenido para extraerle muestras de ADN que iban a ser confrontadas con los restos biológicos de una prenda encontrada en el lugar de los hechos. Para el TC, no existió vulneración de la intimidad, pues requiriendo la obtención de la muestra una intervención corporal leve, medió el consentimiento del titular.

Ya en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, véase la STS de 3 de noviembre de 2016 o la de 16 de marzo de 2018, tratándose de casos en los que, por hallarse el imputado detenido, era necesaria la asistencia letrada, como ya dejó sentado el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del TS de 24 de diciembre de 2014.

²⁶ En concreto, del Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza de 27 de junio de 2005 así como del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007.

se del condenado por la comisión de un *delito grave contra la vida*, integridad de las personas, libertad, libertad o indemnidad sexual, terrorismo o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo para la vida, salud o integridad física de las personas y el juez o tribunal valore atendiendo a las circunstancias del hecho, los antecedentes del sujeto, su personalidad o cualquier otra información disponible la existencia de un *peligro relevante de reiteración delictiva*, podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de indicadores de ADN y su inscripción en la base de datos policial. Habrá de tratarse en todo caso, sólo de los indicadores necesarios para la obtención de los datos que revelen exclusivamente información genética atinente a la identidad de las personas o su sexo. Fuera de los casos anteriores la toma de muestras habrá de considerarse ilícita y, en su caso, constitutiva de un delito del art. 197.1 CP, remitiéndonos en este punto a cuantas consideraciones hicimos en el apartado relativo a los aspectos que suscita su aplicación en el ámbito que nos ocupa.

Distinta de la anterior es la cuestión relativa a si allí donde proceda la recogida de la muestra, el sujeto debe soportar la práctica de las medidas con intervención corporal de modo coactivo. Si bien es posible encontrar fallos contradictorios al respeto²⁷, es cierto que la cuestión parece haberse zanjado, al menos para los casos en que se trate de sujetos ya condenados, en virtud del ya citado art. 129 bis CP, que dispone que podrá acordarse su ejecución forzosa mediante *medidas coactivas mínimas indispensables, proporcionadas y respetuosas con la dignidad*²⁸. En la misma línea y específicamente en relación con las muestras obtenidas por frotis bucal, la nueva redacción del art. 520.6, c inciso segundo LECrim, conforme a la reforma introducida por la LO 13/2015, dispone que: «si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la LO 10/2007, de 8 de... podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las

²⁷ Mientras algunas Sentencias han admitido los métodos coactivos para su obtención, si bien respetando el principio de proporcionalidad (SAN 39/2005, de 30 de noviembre, o STS 968/2006, de 11 de octubre), otros fallos lo han rechazado (por ejemplo, STS 685/2010, de 7 de julio, sobre la base tanto de la ausencia de una Ley Orgánica que legitimara tal posibilidad como de la necesidad de respetar la dignidad del acusado).

²⁸ Véase por ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 296/2020, de 8 de julio, en relación con el recurso de apelación presentado contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Vilanova i la Geltrú, que acordaba a la extracción de muestras de ADN de los investigados para el correspondiente cotejo de ADN.

circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad». Se consagra así positivamente la proporcionalidad de la realización de los actos mínimos e indispensables de compulsión personal para la obtención de las muestras salivales que permitan la identificación genética.

Más allá de las cuestiones que plantea la recogida de la muestra, el legislador ha dotado de un exhaustivo régimen de garantías a su registro, en sintonía con la preocupación expresada en documentos internacionales²⁹. En concreto, la LO 10/2007 contiene una serie de restricciones al respecto. En primer lugar, debe tratarse de delitos de especial gravedad, entendiéndose por tales los delitos graves, y en todo caso, los que afecten a la vida, libertad, indemnidad o libertad sexual, integridad, patrimonio, con violencia o intimidación en las personas, así como de crimen organizado. En segundo lugar, y ahora en relación con el tipo de información, solo se permite el registro de datos del llamado ADN no codificante, de tal modo que, conforme al art 4, podrán inscribirse los datos que proporcionen información genética reveladora de la identidad de la persona o su sexo (no datos sobre la salud). Por otra parte, el art. 9 dispone una serie de límites temporales al registro, de tal modo que, entre otros aspectos, la conservación de los datos no superará el tiempo señalado por la ley para la prescripción del delito o el tiempo señalado por la ley para la cancelación de los antecedentes penales, si se hubiera dictado sentencia³⁰.

V. A modo de conclusión

Las páginas anteriores han pretendido ofrecer un recorrido por algunas cuestiones que ponen sobre el tapete las dudas que rodean a mu-

²⁹ El art. 10 de la Directiva 2016/680 dispone que, entre otros, el tratamiento de «datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física... solo se permitirá cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las salvaguardias adecuadas para los derechos y libertades del interesado y únicamente cuando: a) lo autorice el Derecho de la Unión o del Estado miembro; b) sea necesario para proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona física, o c) dicho tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos».

³⁰ El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la necesaria limitación del tiempo de almacenamiento de los datos, considerando que se viola el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra el respeto al derecho a la vida privada y familiar. En el caso *Trajkovski y Chipovski contra Macedonia del Norte*, Sentencia de 13 febrero 2020, el TEDH estimó la demanda de unos ciudadanos británicos contra el Reino Unido presentada ante el Tribunal por la conservación en los registros policiales de su ADN extraído y conservado sin su consentimiento, lo que vulneraría el ya citado art. 8 del Convenio, invocando para ello la doctrina ya sentada en el caso *S. y Marper contra Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2008, relativa a los límites del tratamiento de datos biométricos de personas no condenadas.

chos aspectos relacionados con la obtención y análisis de muestras de ADN desde el punto de vista de la protección del derecho a la intimidad. Bien es cierto que algunas de ellas obedecen a las lógicas dificultades interpretativas que prácticamente cualquier previsión positiva plantea en la práctica, como también lo es que muchas otras son constanciales a cualquier situación en la que se suscita un conflicto por colisión entre un determinado interés, en este caso la intimidad, y otros que pudieran entrar en pugna con él. Nada habría de peculiar en ello si no fuese porque otras muchas dificultades se explican directamente por la ausencia de previsiones en la materia. A esto último contribuye decisivamente la carencia de una regulación que de modo integral contemple el régimen de los datos genéticos e incluso, lo que sería aún más básico, declarase su singular sensibilidad con independencia de sus aplicaciones y de su vinculación o no con informaciones relativas a la salud de la persona³¹. Como era de esperar, la ausencia de previsiones específicas no solo se detecta en la regulación administrativa y civil, sino también en el orden penal, en tanto que nuestro Código parece seguir ignorando las graves dificultades que produce la aplicación del tipo básico que con carácter general tutela la intimidad al ámbito de los datos obtenidos a partir de análisis químicos. Tal desconocimiento fuerza a realizar interpretaciones que, unas veces pudieran llevar a una extraordinaria anticipación del ámbito de la intervención penal y, otras, en sentido inverso, a concluir afirmando la impunidad de determinadas formas de descubrimiento y/o revelación de datos genéticos pese a ser tan merecedoras y necesitadas de protección como otros atentados contra la intimidad expresamente contemplados por el legislador penal. A la vista de las enormes posibilidades que ofrecen los análisis genéticos, así como de la singular vulnerabilidad y sensibilidad de los resultados que arrojan, cabe esperar que la superación de las lagunas legales y, específicamente, de los desajustes que producen las atinentes al orden penal esté llamada a ser, tan solo, una cuestión de tiempo.

³¹ Lo que es objeto de una enérgica reivindicación doctrinal. Por todos, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «La protección de los datos genéticos, cit., pp. 73 ss.

EFFECTOS INDIRECTOS DE LA CLÁUSULA DEL ART. 183 QUATER EN LOS DELITOS DE EXHIBICIONISMO, PROVOCACIÓN SEXUAL Y ELABORACIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL¹

CARMEN LÓPEZ PEREGRÍN

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad Pablo de Olavide

I. Introducción

La LO 1/2015, de 30 de marzo², introdujo modificaciones sustanciales en materia de delitos de abuso y agresión sexual cometidos contra menores, entre las que cabe destacar el aumento de la edad del consentimiento de 13 a 16 años³. Simultáneamente, se introducía en el art. 183 quater Cp una cláusula según la cual la responsabilidad penal por estos delitos queda excluida por el consentimiento libre del menor de 16 años cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez⁴

¹ Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (CIPEC, SEJ047).

² 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.

³ Un análisis de todos los cambios introducidos por esta reforma en los delitos sexuales puede verse en GARCÍA ÁLVAREZ, P., «La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 12, 2016, pp. 261-319.

⁴ Esta cláusula no estaba prevista en el Anteproyecto de reforma de octubre de 2012, que tampoco recogía subida ninguna de la edad del consentimiento, pero sí se incluía ya en el Anteproyecto de abril de 2013 (que elevaba la edad del consentimiento a 15 años) en términos similares a los actuales (aunque el Anteproyecto, y el posterior Proyecto de octubre de 2013, que ya fijaba la edad del consentimiento en 16 años, por error lo denominaban art. 184 quater). La redacción procede de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, que establecía en su art. 8 que quedaba a la discreción de los Estados miembros decidir si castigar o no ciertas conductas con menores que no han alcanzado la edad del consentimiento sexual (relativas, entre otras, a la realización de actos sexuales con el menor o a hacerle presenciar actos sexuales) cuando fueran consentidas y «... entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica». Respecto a la introducción del art. 183 quater Cp, el Consejo de Estado solo comentó en su Informe de 27 de junio de 2013 al Anteproyecto que dicha cláusula no le suscitaba «objeción alguna».

física y psicológica⁵. Se trata de la llamada *Romeo and Juliet exception*, aludiendo al hecho de que ambos enamorados shakespearianos acababan de entrar en la adolescencia⁶.

En el Preámbulo de la ley se justificaban estas reformas por la necesidad de llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. Pero lo cierto es que el legislador no estaba en absoluto obligado a elevar la edad del consentimiento sexual ni por necesidades de armonización europea, ni de ninguna otra clase. No había ningún motivo justificado, ni jurídico, ni en función de la realidad social, ni criminológico para esta modificación, sino que más bien se dejó llevar (otra vez) por la presión social del momento y en general por las actuales tendencias expansivas y moralizantes en materia sexual, cometiendo lo que en mi opinión solo puede calificarse de error, y así lo ha valorado también un amplio sector doctrinal⁷.

Actualmente, por tanto, el menor de 16 años no tiene en principio capacidad para consentir válidamente un contacto sexual. Sin embargo, si hay consentimiento libre y el autor es una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica (art. 183 quater Cp), la conducta no es castigada penalmente.

Sin embargo, no voy a analizar aquí ni las consecuencias ni la oportunidad de este aumento de la edad del consentimiento en sí mismo, ni

Dado que al Consejo Fiscal y al Consejo General del Poder Judicial solo se envió el Anteproyecto de reforma del Código penal de octubre de 2012, no pudieron manifestar nada respecto a este tema en los respectivos Informes de 8 de enero de 2013 y 16 de enero de 2013.

⁵ Los términos «física y psicológica» se añadieron en la reforma introducida por la LO 8/2021, de 4 de junio.

⁶ RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quáter Cp», en González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 630.

⁷ Así, por ejemplo, en relación al Proyecto de reforma de octubre de 2013, donde ya se contemplaba la elevación de la edad del consentimiento a los 16 años, RAMOS TAPIA, M. I., «La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE», en Villacampa Estiarte, C. (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 125; o TAMARIT SUMALLA, J. M., «¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011», en Villacampa Estiarte, C. (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 90. Y ya respecto de la regulación tras la reforma, entre otros, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Morillas Cueva, L. (dir.): *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, p. 442; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Grooming y sexting: artículo 183 ter Cp», en González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 622; o GARCÍA ÁLVAREZ, P., en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 12, 2016, p. 265.

me voy a detener en las múltiples interrogantes que plantea la interpretación de la cláusula del art. 183 quater. Ni siquiera entraré a cuestionar cómo es posible que se niegue eficacia al consentimiento del menor de 16 años para realizar contactos de naturaleza sexual y a la vez se exija «consentimiento libre» para excluir la pena en algunos de esos contactos sexuales.

El objeto de este breve estudio es diferente. Se trata de analizar si la cláusula del art. 183 quater Cp puede tener algún tipo de eficacia, directa o indirecta, en delitos sexuales relacionados con menores, pero que en principio están fuera de su ámbito de aplicación. Me voy a referir, en concreto, a conductas tales como el exhibicionismo ante un menor, el envío de imágenes de contenido sexual a un menor, la visualización de imágenes pornográficas junto a un menor, la grabación de la relación sexual mantenida con un menor o la posesión de imágenes de contenido sexual remitidas por un menor, en los casos en que el menor consiente estas conductas.

II. El ámbito de aplicación de la cláusula del art. 183 quater

Si se dan los requisitos de consentimiento libre y proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez, el art. 183 quater Cp excluye la responsabilidad penal «por los delitos previstos en este Capítulo», es decir, en el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal. Tras la LO 8/2021, de 4 de junio, se excepcionan expresamente los casos del art. 183.2 Cp. Sin embargo, este cambio no supone ninguna novedad pues, en la medida en que la cláusula del art. 183 quater requiere consentimiento libre, era ya imposible aplicarla al delito de agresión sexual del art. 183.2, que exige uso de violencia o intimidación. En cualquier caso, en lo que ahora interesa, la cláusula del art. 183 quater Cp deja fuera de su ámbito de aplicación directa los delitos previstos en los Capítulos III, IV y V del Título VIII.

Que esta cláusula no abarque el acoso sexual (recogido en el Capítulo III) no representa en mi opinión ningún problema, pues en la medida en que este delito exige ya en el tipo básico la provocación de «una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante», no es tampoco compatible con un consentimiento libre ni de adultos ni de menores.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con los delitos regulados en los Capítulos IV («De los delitos de exhibicionismo y provocación se-

xual») y V («De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores»). En estos casos, la inexistencia de una cláusula similar a la contenida en el art. 183 quater da lugar a verdaderas incoherencias y contradicciones. De este modo, como veremos, si se aplicara sin ninguna corrección interpretativa literalmente lo que establece el Código penal tras la reforma de 2015, se llegaría a la conclusión de que, por ejemplo, un menor que tuviera 15 años podría consentir válidamente una penetración anal (si se dan los requisitos del art. 183 quater Cp) pero no podría consentir válidamente que otra persona le hiciera una foto provocativa o grabara la relación sexual que están teniendo, de hecho ni siquiera podría consentir ver material pornográfico con la persona con quien sí podría mantener relaciones sexuales completas. Un sinsentido.

Veamos cómo es la situación actual, distinguiendo entre grupos de delitos.

III. ¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo y provocación sexual?

Como es sabido, en el Capítulo IV del Título VIII se castiga tanto a quien «ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad» (art. 185), como a quien, «por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad» (art. 186)⁸. Desde la primera lectura de estos preceptos, pueden apreciarse ya claramente dos diferencias respecto a los delitos del Capítulo II bis, relativas, de un lado, al sujeto pasivo y, de otro, al papel del consentimiento en la delimitación del tipo.

1. El sujeto pasivo en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual

En efecto, la edad relevante en los delitos del Capítulo IV no es la de 16, sino la de 18 años⁹. Así, al menos, ha interpretado la doctrina

⁸ Los arts. 185 y 186 castigan también estas conductas cuando se realizan ante personas con discapacidad necesitadas de especial protección, pero no voy a ocuparme de ello en este trabajo, por exceder del tema de esta investigación.

⁹ Al respecto, llama la atención que en todas las versiones del Código penal de 1995 tras las sucesivas reformas sufridas en esta materia hayan sido siempre diferentes los límites de edad en los

mayoritaria la referencia de los arts. 185 y 186 a los «menores de edad»¹⁰, aunque algún autor ha sostenido que el precepto no abarca a los menores emancipados¹¹ e incluso se ha defendido que la minoría de edad ha de identificarse con minoría de edad sexual, esto es, menores por debajo de la edad de consentimiento sexual (menores de 16 años actualmente)¹².

delitos de abuso y agresión sexual (primero 12, luego 13 y finalmente 16 años) y en los delitos de los arts. 185 y siguientes (18 años desde la entrada en vigor del Código penal de 1995). Para Díez RIPOLLÉS, J. L. («El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, 6, 2000, pp. 77-78), han sido los condicionamientos socio-culturales los que han provocado el aplazamiento de la validez del consentimiento de los menores a los 18 años en relación a los delitos que contemplan una conducta sexual que «...se aparte notablemente de lo que son las conductas sexuales mayoritarias», entendiéndose este autor que, en estos casos, «el carácter socialmente comprometido de tales comportamientos sexuales aconseja reforzar los requisitos mínimos de capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la decisión». En mi opinión, sin embargo, esta afirmación no justifica siempre las opciones adoptadas por el legislador. El propio autor citado matizaría más tarde que, si bien la determinación de la edad de 18 años como límite en relación con la promoción de la prostitución o con el uso con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos podría estimarse en su opinión como aceptable, no lo sería en relación con las conductas de provocación sexual (Díez Ripollés, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, arts. 178-183», en Díez Ripollés, J. L./Romeo Casabona, C. M. –coord.–, *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 264).

¹⁰ Entre otros, ORTOS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, p. 184; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., «Capítulo IV. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual», en Quintero Olivares, G. (dir.)/Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10.ª ed., Thomson-Aranzadi, 2016, pp. 363 y 365; o DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-20, 2019, p. 15. Curiosamente, antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995, los arts. 431 y 432 del anterior Código penal incluían entre los sujetos pasivos solamente a deficientes mentales y a menores de 16 años desde la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, que sustituyó los antiguos delitos de escándalo público por los actuales delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Sobre la configuración de estos delitos tras la reforma de 1988, véase Díez Ripollés, J. L., «Las últimas reformas en el Derecho penal sexual», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 14, 1991, pp. 74-97.

¹¹ En efecto, un sector de la doctrina ha entendido que, al referirse el legislador al «menor de edad» y no al menor de 18 años, cabe entender aquí que los menores emancipados (menores de 18 pero mayores de 16 años que han conseguido la emancipación por concesión judicial o por la de quienes ejerzan la patria potestad, arts. 239 y ss. del Código civil), a los que el art. 247 del Código civil habilita para «regir su persona y bienes como si fuera mayor», quedarían fuera del ámbito de los sujetos pasivos de los delitos de los arts. 185 y 186 Cp (así, por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo IV. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual», en Díez Ripollés, J. L./Romeo Casabona, C. M. –coord.–, *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 432).

¹² Así, por ejemplo, para Ramón Ribas, mediante una interpretación sistemática del concepto de menor de edad y en base al bien jurídico protegido en estos delitos, cabe sostener que los arts. 185 y 186 no se refieren a quienes son menores de edad civilmente, «...sino a quienes lo son para determinarse sexualmente...» (en aquel momento, los menores de 13 años, hoy los menores de 16; RAMÓN RIBAS, E., «Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada», en Villacampa Estiar-te, C. –coord.–, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015,

En cuanto a lo primero, creo que no hay base legal para excluir a los menores emancipados del ámbito del delito: el art. 240 del Código civil establece claramente que la mayoría de edad comienza a los 18 años y el propio art. 247 del Código civil indica ciertas acciones (como gravar inmuebles) que el emancipado no puede realizar, de lo que se deduce claramente que emancipación y mayoría de edad no son sinónimos.

Más fundamentada me parecería la segunda opción, de recurrir al propio Código penal y a la edad del consentimiento sexual para interpretar restrictivamente el ámbito de estos delitos o, al menos, para proponer una reforma en este sentido. Al respecto, la normativa internacional y comunitaria, aunque suelen definir el término «niño» como menor de 18 años, no impone que la protección reforzada tenga la misma intensidad en todos los tramos de edad. Así, por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual¹³ (en adelante Convenio de Lanzarote), define en su art. 3.a) al «niño» como «toda persona menor de 18 años», pero luego distingue entre delitos en los que el sujeto pasivo es el menor de 18 años, en general (como los relacionados con la prostitución infantil, art. 19), aquellos en que se prevé que la conducta se castigue solo en relación a menores por debajo de la edad del consentimiento sexual (como el de proposiciones a niños con fines sexuales, art. 23) y otros en que se diferencia (a efectos de amplitud del ámbito de conductas prohibidas) según el menor esté por debajo o por encima de la edad del consentimiento sexual (como el de abuso sexual, art. 18). Y lo mismo ocurre en la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 (véanse arts. 3 a 6).

Especial mención merece, en este contexto, que tanto en el Convenio de Lanzarote (art. 22), como en la Directiva 2011/93/UE (art. 3.2) se prevé la obligación de los Estados de tipificar como delito el hecho de hacer presenciar, con fines sexuales, actos de carácter sexual a un menor *que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual*.

Nada parece obligar, por tanto, a mantener el actual sujeto pasivo de los delitos de los arts. 185 y 186. Sin embargo, si se limitaran los respectivos

p. 211). Y también GARCÍA ÁLVAREZ, P. (en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 12, 2016, pp. 286-287), para quien la única forma de salvar la incongruencia de la regulación actual es entender que los arts. 185 y 186 se refieren a los menores con edades por debajo de la establecida para el consentimiento sexual, ya que el propio legislador a partir de esa edad les reconoce una cierta libertad sexual que conduce a que en estos delitos deba equipararse a los adultos.

¹³ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, Instrumento de ratificación de 22 de julio de 2010, BOE de 12 de noviembre de 2010.

tipos a las conductas realizadas con menores de 16 años, entonces lo que ocurriría es que el ámbito de aplicación de estos preceptos prácticamente se solaparía con el del delito contenido en el art. 183 bis Cp¹⁴, que además tiene una pena mayor¹⁵. *De lege ferenda*, por tanto, sería más conveniente eliminar a los menores del ámbito de estos delitos.

2. La relevancia o irrelevancia del consentimiento

Además de en el sujeto pasivo, los delitos del Capítulo IV se diferencian de los abusos sexuales en el papel que desempeña el consentimiento. En efecto, en relación a los delitos de abuso sexual, y tanto si se trata de adultos, como de menores de 18 años pero con edad para consentir en materia sexual, es el consentimiento válido lo que distingue un contacto físico sexual atípico del que no lo es. En los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, sin embargo, la conducta es siempre atípica si el sujeto pasivo es mayor de edad, haya consentimiento o no, debiéndose en este caso la atipicidad de los supuestos de conductas no consentidas más bien a razones de intervención mínima¹⁶.

La cuestión es más compleja respecto de menores de edad. Ciertamente no se incluye en estos tipos ninguna mención expresa a la ausen-

¹⁴ Pues la conducta de ejecutar o hacer ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena (art. 185 Cp) puede entenderse subsumida en la modalidad típica del art. 183 bis Cp de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual; y también cabría interpretar que la conducta de vender, difundir o exhibir material pornográfico de forma directa puede incluirse en la modalidad típica del art. 183 bis Cp de determinar al menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual.

¹⁵ De hecho, estos problemas de solapamiento entre los delitos de los arts. 185 y 186 Cp y el del art. 183 bis Cp se producen ya cuando se trata de menores de 16 años, como indican, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores», en Villacampa Estiarte, C. (coord.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 170; o MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte especial*, 23.^a ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 2/2020, 3/2021, 5/2021, 6/2021, 8/2021 y 9/2021, y actualizada con la más reciente bibliografía y jurisprudencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 241-242 (quien entiende que entre el delito de exhibicionismo y el del art. 183 bis, cuando son aplicables ambos, hay un concurso de leyes a resolver por especialidad –y alternatividad– a favor del art. 183 bis, ob. cit., pp. 250-251).

¹⁶ Al respecto, llama la atención que el art. 431 del anterior Código penal, en la versión que estaba vigente desde la reforma de 1988 anteriormente mencionada, sí castigaba tanto el exhibicionismo ante menores de 16 años, como el ejecutado ante mayores de esa edad, pero sin su consentimiento. La entrada en vigor del Código penal determinó sin embargo que se mantuvieran como delito solamente las conductas de exhibicionismo ante menores de edad o incapaces, círculo de sujetos pasivos que se ha mantenido inalterado (salvo por la actualización en la terminología) hasta la actualidad. Ello a pesar de que el proyecto de ley que luego daría lugar a la reforma de 1999 pretendía también incriminar el exhibicionismo no consentido ante mayores de edad, aunque esta propuesta no prosperó (como cuentan, por ejemplo, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., «Capítulo IV...», 2016, p. 363).

cia de consentimiento, por lo que, en una primera lectura, podría deducirse que, aunque haya consentimiento, la conducta sigue siendo típica¹⁷. Sin embargo, el consentimiento del menor no debería ser irrelevante, ni respecto de menores de 18 pero mayores de 16, ni respecto de los menores de 16 años.

Empezando por el primer tramo de edad citado, creo que por razones de coherencia mínima no debería castigarse penalmente la conducta de exhibirse desnudo y con fines sexuales ante un menor de 18 años, pero mayor de 16 años que lo consiente, sobre todo cuando ese mismo menor puede consentir ya válidamente contactos sexuales. No tendría sentido que el ordenamiento permitiera (si no hay violencia, intimidación o abuso) a una persona adulta llevar a cabo un contacto físico sexual con un menor de, por ejemplo, 17 años, pero le prohibiera que ese menor le viera desnudo o realizar ante él un *striptease*, de forma que puedan resultar sancionados los actos preliminares de una relación sexual que sin embargo sería lícita¹⁸. Y los mismos argumentos conducirían a una interpretación similar respecto al delito de difusión de pornografía del art. 186. No sería lógico permitir (si no hay violencia, intimidación o abuso) el contacto físico sexual entre un adulto y un menor mayor de 16 pero menor de 18 años, y sin embargo prohibir que, por ejemplo, antes del contacto sexual visionaran juntos una película pornográfica¹⁹.

¹⁷ Así, por ejemplo, AGUADO LÓPEZ, S.: *El delito de corrupción de menores (art. 189.3 CP)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 72; y BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo IV...», 2004, pp. 438 y 464. Para la STS 777/2017, de 30 de noviembre, en relación al art. 185, la conducta desplegada ante un menor de edad, pero que ha alcanzado la edad del consentimiento sexual «... no es grave si el afectado consiente en recibir las imágenes. Pero el legislador ha sido claro y ha admitido que objetivamente puede resultar perturbador en la evolución psicológica en el plano sexual del menor percibir imágenes que pueden influir negativamente en el desarrollo educacional o psicológico futuro».

¹⁸ RAMÓN RIBAS, E., «Los delitos...», 2015, p. 210.

¹⁹ Señalando la incoherencia que supone que un menor de 18 años que tenga la edad del consentimiento sexual (13 años hasta 2015, 16 años después de la entrada en vigor de la reforma) pueda tener relaciones sexuales plenas consentidas con un adulto pero no se le permita consentir presenciar exhibiciones obscenas o percibir material pornográfico, por ejemplo, ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...*, 2001, p. 184; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII...», 2004, p. 264; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo IV...», 2004, p. 432; LAMARCA PÉREZ, C., «El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 35, 2007, p. 19; RODRÍGUEZ MESA, M. J., «Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios», en Álvarez García, F. J. (dir.): *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 337; Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S. (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 442; GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013», en *Revista General de Derecho Penal*, 20, 2013, p. 31; RAMÓN RIBAS, E., *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p. 119, y en «Los delitos...», 2015, pp. 210-211;

Ello obliga, en mi opinión, a entender que los delitos de exhibicionismo y de provocación sexual exigen como elemento del tipo la ausencia de consentimiento válido, aunque no se mencione expresamente²⁰, pues si ya es cuestionable que la visualización de un acto sexual o de material pornográfico pueda afectar al correcto desarrollo de una persona mayor de 16 años, lo que es insostenible es mantener estos delitos en esta franja de edad y no dar ninguna relevancia al consentimiento de quien ya está capacitado para consentir relaciones sexuales completas²¹.

Una interpretación similar ha mantenido la SAP de Valladolid 320/2017, de 31 de octubre. Se trataba de un joven de 19 años que había sido condenado por un delito de exhibicionismo del art. 185 por haber mandado por WhatsApp una foto de su pene a una chica de 13 años con la anuencia de ella²². Dado que los hechos eran anteriores a la reforma de 2015, la menor tenía ya edad para consentir y en base a ello la Audiencia Provincial absolvió al acusado con el razonamiento de que «...ha de entenderse que la conducta debe ser no consentida en la medida en que carecería de sentido que el derecho penal dejara entonces impunes las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 13 años, y que sin embargo, sancionara los actos de exhibición delante de éstos con su consentimiento». Para la Audiencia Provincial, por tanto, la existencia de consentimiento válido en la recepción de la imagen pornográfica por quien ya tiene legalmente la edad para consentir relaciones sexuales provoca que el hecho ya no sea constitutivo de delito. En

ORTS BERENGUER, E./ALONSO RIMO, A., «Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores», en Lameiras Fernández, C./Orts Berenguer, E. (coord.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Ed. Tirant lo Blanch, 2014, p. 32; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., «Capítulo IV...», 2016, p. 363; y DE LA MATA BARRANCO, N. J., en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-20, 2019, p. 48.

²⁰ Así también, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-4, 2005, p. 13; CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dir.), *Comentarios...*, 2011, p. 442; FERRANDIS CIPRIÁN, D./TERUEL GARCÍA, I.: «Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual», en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M./ORTS BERENGUER, E., *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Ed. Tirant lo Blanch, 2014, p. 130; RAMÓN RIBAS, E., «Los delitos...», 2015, p. 203; y MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., «Capítulo IV...», 2016, p. 363.

²¹ En el mismo sentido ya, por ejemplo, en relación a mayores de 13 años, que era entonces la edad límite en abuso sexual, GÓMEZ TOMILLO, M., en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-4, 2005, p. 13; y RAMÓN RIBAS, E., *Minoría de edad...*, 2013, p. 120.

²² La primera sentencia, pronunciada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid el 30 de junio de 2017, condenó, en efecto, por un delito de exhibicionismo del art. 185. En mi opinión, enviar una foto de contenido sexual no es una conducta típica del delito de exhibicionismo del art. 185, sino más bien de difusión de material pornográfico del art. 186 (así también, por ejemplo, la STS 628/2020, de 20 de noviembre), pero la cuestión no se plantea en la sentencia y el problema de determinar si el consentimiento del menor es relevante o no, es común a ambos delitos.

contra, sin embargo, se ha manifestado la STS 453/2019, de 8 de octubre, que confirma la condena por un delito de provocación sexual del art. 186 a un sujeto por enviar material pornográfico a un menor que tenía 17 años en el momento de los hechos, y con el que después mantuvo una relación sexual atípica, aunque la sentencia no aporta más argumentación a esta decisión que la de indicar que se trata de tipicidades de contenido distinto.

Por otro lado, por lo que respecta a la realización de estas conductas con menores de 16 años, si en relación a los delitos del Capítulo II bis la regulación actual da relevancia al consentimiento en las condiciones del art. 183 quater Cp, tampoco debería ser típico en esta franja de edad el exhibicionismo o la difusión de pornografía consentidos libremente y realizados existiendo proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez: no sería justo, ni lógico, que, respecto de menores de 16 años, la cláusula del art. 183 quater Cp sea aplicable a los casos del art. 183 (abuso sexual) o del art. 183 bis (determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o incluso hacerle presenciar actos de carácter sexual realizados «en directo») y no, por ejemplo, a los casos de visionado de material pornográfico, conducta que, valorativamente, parece menos grave²³.

De hecho, como ya hemos puesto de manifiesto *supra*, la inmensa mayoría de conductas subsumibles en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual también serán típicas tras la reforma de 2015 del delito del art. 183 bis, que será de preferente aplicación por especialidad (menores de 16 frente a menores de 18 años), delito al que sí se refiere expresamente la cláusula del art. 183 quater Cp. Y en los escasos supuestos que no sean reconducibles al art. 183 bis, creo que debería aplicarse analógicamente la cláusula del art. 183 quater Cp²⁴. En otras palabras, admitir el consentimiento en estos delitos en los mismos términos en los que se admite para los delitos del Capítulo II bis.

²³ Señalando también esta incoherencia, GARCÍA ÁLVAREZ, P., en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 12, 2016, p. 287.

²⁴ Aunque la posibilidad de aplicar analogía *in bonam partem* es discutida por un sector de la doctrina (así, por ejemplo, RAMÓN RIBAS, E., «Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, 12, 2014, p. 158), es aceptada por otro sector doctrinal (así, entre otros, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte general*, 10.ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 112-115) y ya ha sido admitida jurisprudencialmente. Así, por ejemplo, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008, estableció respecto de la pena de multa proporcional prevista en el art. 370 Cp, que, dada la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, no es posible su imposición; pero que cabe determinar el grado inferior de la pena de multa proporcional «... mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del C. P.».

Estas necesidades interpretativas hubieran sido perfectamente evitables, sobre todo teniendo en cuenta que el art. 8.1 de la Directiva 2011/93/UE dejaba a la discreción de los Estados miembros decidir si intervenir penalmente o no, tratándose de actos consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, no solo en los supuestos del art. 3.4 (realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual), sino también en los casos del art. 3.2 (hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos), oportunidad de despenalización de conductas que, una vez más, el legislador español ha desperdiciado.

En conclusión, creo que los delitos de los arts. 185 y 186 deberían ser eliminados²⁵: las conductas de exhibicionismo y provocación sexual relativas a menores de entre 16 y 18 años se convertirían en atípicas, mientras que los casos más graves respecto de menores de 16 años seguirían siendo castigados por el art. 183 bis Cp, salvo que concurrieran los requisitos de la cláusula del art. 183 quater Cp, que sí es directamente aplicable a ese delito. Mientras tanto, habrá que hacer una interpretación restrictiva de estos preceptos, entendiendo que exigen como elemento del tipo la ausencia de un consentimiento válido, aunque no se mencione expresamente, y por tanto dejando al margen del Derecho penal las conductas consentidas por el menor, bien porque ya ha cumplido los 16 años y tiene capacidad de consentir válidamente, bien porque, siendo menor de esa edad, hay proximidad en edad y madurez y se aplique la cláusula del art. 183 quater en analogía en beneficio del reo.

IV. ¿Pueden los menores consentir conductas de elaboración de pornografía?

El Capítulo V del Título VIII (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores) contiene una gran variedad de figuras delictivas. Aquí nos vamos a ocupar, sin embargo, solo

²⁵ Así también, entre otros, GARCÍA ÁLVAREZ, P., en *Cuadernos Penales José María Li-dón*, 12, 2016, p. 276. Y probablemente, aunque exceda del ámbito de esta investigación, no solamente respecto de los sujetos pasivos menores de edad, pues no hay que olvidar que se trata de delitos que han sido muy cuestionados por la doctrina (y con razón) por muchos motivos, entre ellos la descripción vaga e imprecisa de la conducta típica y el componente moralizante de las prohibiciones que contiene (en este sentido, por ejemplo, RAMOS TAPIA, M. I., «La tipificación...», 2015, p. 131).

de lo relacionado con la grabación o posesión para uso privado de imágenes de contenido sexual captadas con el consentimiento de un menor de edad pero que ha alcanzado la edad para consentir contactos sexuales (16 años), o de un menor de 16 años, pero existiendo proximidad en edad y madurez con el autor. Es decir, de los casos donde tiene más sentido plantearse si el consentimiento del menor debe tener eficacia.

Dejamos al margen de este estudio, por tanto, no solo los delitos relativos a la prostitución de menores del art. 188²⁶, sino también la captación de menores para que participen en espectáculos exhibicionistas públicos o privados²⁷, o las múltiples conductas previstas en el art. 189 que están relacionadas con la difusión de la pornografía infantil²⁸.

Tampoco vamos a ocuparnos de las conductas relacionadas con modalidades de pornografía infantil que ni siquiera exigen la intervención de un menor. En este sentido, la expansión de la intervención penal en la materia ha sido imparable: no solamente se han ido incrementando las conductas típicas y las penas, sino también el propio con-

²⁶ En lo que se refiere a los delitos relativos a la prostitución en sentido estricto, parece haber consenso en la doctrina respecto a aceptar que en este caso la edad límite pueda ser distinta de la establecida en el Capítulo II bis. A los mayores de 16 años se les reconoce, de este modo, capacidad para consentir relaciones sexuales, pero no para mantenerlas a cambio de un precio, ámbito que se reserva a los adultos. En la misma línea se orienta la normativa internacional, que solo distingue en las conductas relacionadas con la explotación sexual entre menores de 18 años que hayan alcanzado o no la edad del consentimiento sexual a efectos de pena (véanse, por ejemplo, el art. 19 del Convenio de Lanzarote de 2007; o el art. 4 de la Directiva 2011/93/UE). Con la regulación actual, además, no parece posible realizar una interpretación restrictiva que dejara fuera del tipo las conductas realizadas con menores de 18 años, pero mayores de 16 años que consienten, en la medida en que, al existir un tipo cualificado en el párrafo segundo del art. 188.1 Cp, aplicable cuando el sujeto pasivo es menor de 16 años, hay que deducir que el tipo básico se refiere a los menores de 18 años.

²⁷ Aunque, como ponía ya de manifiesto Ramón Ribas, es más que cuestionable que deba calificarse como delito la conducta de quien usa a un menor que tiene 16 o 17 años en un espectáculo exhibicionista con el consentimiento libre del menor, cuando dicho menor podría consentir válidamente mantener relaciones sexuales con cualquiera de los espectadores... (RAMÓN RIBAS, E., *Minoría de edad...*, 2013, p. 181).

²⁸ No nos ocuparemos de ese tipo de conductas por realizarse después de terminada la intervención del menor, como las relativas a la venta, distribución, exhibición u ofrecimiento de pornografía infantil (art. 189.1.b), en la medida en que no involucran directamente a los menores. De hecho, incluso se considera que el bien jurídico protegido es diferente, pues mientras en el delito de captación o uso de menores para espectáculos exhibicionistas o elaboración de material pornográfico sería la indemnidad sexual del menor, las modalidades delictivas que se refieren a conductas posteriores a la consumación del ataque a la libertad sexual se castigarían no solo porque pueden perpetuar el ataque a la dignidad de los menores usados, sino (y quizá sobre todo) porque podrían contribuir al mantenimiento y expansión de futuras actividades criminales para satisfacer la demanda, es decir que serían delitos de peligro respecto de la indemnidad de los menores en general (véase, al respecto, RAMÓN RIBAS, E., *Minoría de edad...*, 2013, pp. 185-189). No entraremos en este tema, por exceder con mucho de esta investigación, pero al menos me gustaría señalar que, con bienes jurídicos tan amplios, es imposible limitar la intervención penal en este ámbito. Sobre los delitos contenidos en el art. 189 Cp, véase, más ampliamente, por ejemplo, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Los delitos...», 2015, pp. 471-484.

cepto de pornografía infantil²⁹. En efecto, si la pornografía infantil inicialmente solo abarcaba la real (aquella en cuya elaboración se han usado menores), ahora también alcanza la elaborada con personas *aparentando* ser menores salvo que se demuestre que no lo son (la llamada pornografía infantil técnica)³⁰ y la que usa imágenes *realistas* de menores creadas artificialmente y sin intervención de menores reales (la llamada pornografía infantil virtual o artificial)³¹. Esta extensión de la intervención penal, en general, y en particular la ampliación del concepto de pornografía infantil, han sido ya ampliamente criticadas por la doctrina³².

²⁹ La actual definición procede directamente del art. 2 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011.

³⁰ Recogida en la letra c) del párrafo segundo del art. 189.1 Cp, donde se define lo que ha de entenderse por pornografía infantil: «c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes». Esta definición es del todo incomprensible: o se trata de castigar la conducta de un adulto (en cuyo caso no se lesiona la indemnidad sexual de nadie, TERRADILLOS BASOCO, J., «Pederastia y pornografía», en Rodríguez Mesa, M. J. –dir.–, *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 378); o se trata de un delito de sospecha en el que se invierte la carga de la prueba (así, por ejemplo, FERNÁNDEZ TERUELO, J., «Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: la indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y la de los personajes 3D», en *Revista Penal*, 42, 2018, p. 78).

³¹ Recogida en la letra d) del párrafo segundo del art. 189.1 Cp: «d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales». Sobre el concepto de «imágenes realistas», véase la Circular 2/2015, de 20 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015. Que este tipo de pornografía, en la que no se involucra de ninguna manera a menores, merezca intervención penal, es más que discutible (así, por ejemplo, CARUSO FONTÁN, V.: «Normalización vs. pervisión: a propósito del concepto de pornografía infantil», en *Revista Penal*, 43, 2019, p. 42; o TERRADILLOS BASOCO, J., «Pederastia...», 2019, pp. 378-380).

³² Así, entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, J., en *Revista Penal*, 42, 2018, pp. 67-81; CARUSO FONTÁN, V., en *Revista Penal*, 43, 2019, pp. 25-32; y en «La pornografía infantil en la legislación penal española. Apuntes sobre un viaje en retroceso a la superación de concepciones morales», en Bustos Rubio, M./ Abadías Selma, A. (dir.): *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código penal español*, J. M. Bosch Editor, 2020, pp. 358-359; DE LA MATA BARRANCO, N. J., en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-20, 2019, pp. 20-22; HAVA GARCÍA, E., «Los delitos de tenencia de material pornográfico: Algunos problemas dogmáticos y otras dificultades relacionadas con su aplicación a las descargas de archivos a través de redes P2P», en Rodríguez Mesa, M. J. (dir.), *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 390-397; y TERRADILLOS BASOCO, J., «Pederastia...», 2019, pp. 365-370. En opinión de García Albero (que comparto), esta regulación de la pornografía infantil supone la suma de la perspectiva de una peligrosidad subjetiva (Derecho penal de autor) y un discurso moralizante (protección de la moral pública) que quiebran el principio de estricta protección de bienes jurídicos y convierten al Derecho penal en «instrumento de fijación del mínimo moral común compartido» (GARCÍA ALBERO, R., «Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito», en Villacampa Estiarte, C. –coord.–, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 290).

Pero no vamos a ocuparnos ahora de este tema, sino que vamos a centrarnos en la pornografía infantil real, es decir, aquella que se ha elaborado con menores reales³³. Y me voy a referir, sobre todo, a dos conductas típicas: de un lado, la relativa a la utilización de menores de edad para elaborar cualquier clase de material pornográfico real (art. 189.1.a Cp); de otro, la recogida en el art. 189.5 Cp, referida a la adquisición o posesión para el propio uso de pornografía infantil o al acceso a sabiendas a la misma a través de las tecnologías de la información y la comunicación. En relación a ambas, la definición de la pornografía infantil que ofrece el propio art. 189.1 Cp se refiere a menores de edad, lo que hay que entender aquí también como menores de 18 años³⁴.

Los problemas proceden, también aquí, de la disparidad de edades que se tienen en cuenta en el art. 189 Cp y en el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal, de modo que, interpretando literalmente estos preceptos, llegaríamos a la absurda conclusión de que un sujeto de 19 años podría mantener una relación sexual completa con un menor que haya alcanzado la edad del consentimiento sexual, por ejemplo, que tenga 17 años de edad, pero constituiría delito el grabar, con el consentimiento del menor, dicha relación sexual, o realizarle una foto de contenido sexual. Y también sería delito acceder a sabiendas al *mail* o al WhatsApp que el menor voluntariamente le envía con una foto suya de contenido sexual, incluso por iniciativa propia. Otro caso, pues, de incoherencia legislativa en la que se permite la relación sexual de un adulto con un menor³⁵, pero no una conducta en principio menos trascendente, que incluso puede formar parte del juego sexual³⁶, llevando la legislación hacia un terreno excesivamente represivo que no con-

³³ Que se corresponde con la recogida ahora en las letras a) y b) del párrafo segundo del art. 189.1 Cp, donde se define lo que ha de entenderse por pornografía infantil: «a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales».

³⁴ En la medida en que el art. 189.2.a) prevé un tipo cualificado para el caso en que el sujeto pasivo sea menor de 16 años, no cabe ya interpretar el término menor de edad del tipo básico como menor que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual. Críticamente con el establecimiento de esta edad por considerar que incluir dentro del concepto de pornografía infantil a todos los menores de 18 años «...tergiversa en buena medida el objeto de estos tipos, ya que lleva a identificar las fantasías sexuales con niños pequeños al deseo de un cuerpo adulto pero joven», CARUSO FONTÁN, V., «La pornografía infantil...», 2020, p. 369.

³⁵ Si no existe violencia, intimidación, engaño o abuso, claro está.

³⁶ Recuérdese que no estamos aquí hablando de la difusión de esas imágenes (que, de hacerse sin el consentimiento de la persona grabada, menor de edad o adulto, daría lugar al delito contra la intimidad del art. 197.7 Cp), sino de la mera grabación o captación de la imagen.

templa que ciertas conductas «...pueden ser parte de la sexualidad natural entre los menores y del libre y espontáneo descubrimiento de la misma»³⁷. Incoherencia que ha sido ya señalada por la doctrina³⁸.

Es más, aplicando literalmente el art. 189 Cp, podría llegarse al absurdo de que, si dos menores de, pongamos, 17 años, se graban mientras mantienen relaciones sexuales (permitidas), ambos estarían cometiendo un delito de elaboración de material pornográfico infantil³⁹, aunque dicha responsabilidad se sustanciara a través de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Esta contradicción había sido incluso prevista por la Directiva 2011/93/UE, que en su art. 8.3 dejaba a la discreción de los Estados miembros decidir si convertir o no en delito la adquisición, posesión o producción de pornografía infantil en la que intervienen menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando ese material haya sido producido y se posea con el consentimiento de éstos y se emplee exclusivamente para el uso privado de las personas involucradas⁴⁰. Sin embargo, España no hizo uso (aquí tampoco) de esa posibilidad despenalizadora.

A pesar de ello, la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, de 20 de junio de 2015, instaba a interesar el sobreseimiento de las actuaciones «... cuando el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de

³⁷ DE LA MATA BARRANCO, N. J., en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-20, 2019, p. 21.

³⁸ Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MESA, M. J., «Explotación sexual...», 2009, p. 338; RAMÓN RIBAS, E., *Minoría de edad...*, 2013, p. 181; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: «El delito de pornografía infantil», en Quintero Olivares, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 455; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Los delitos...», 2015, p. 443; GARCÍA ÁLVAREZ, P., en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 12, 2016, pp. 299-300; o DE LA MATA BARRANCO, N. J., en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-20, 2019, p. 47. Otra opinión parece sostener, por ejemplo, DÍAZ CORTÉS, L. M. («Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, 13, 2015, p. 30), quien justifica la prohibición de la pornografía con menores de 18 años, aun con su consentimiento, no en la protección de su libertad o indemnidad sexual, sino en la hiperprotección que nuestro ordenamiento otorga al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

³⁹ En el mismo sentido crítico, con ese mismo ejemplo, GARCÍA ALBERO, R., «Pornografía infantil...», 2015, p. 287 (señalando que dicha conducta carece de toda lesividad respecto del bien jurídico indemnidad sexual); y HAVA GARCÍA, E., «Los delitos...», 2019, pp. 406-407.

⁴⁰ También el Convenio de Lanzarote de 2007 preveía en su art. 20.3 la posibilidad para los Estados Parte de no castigar la elaboración o posesión de material pornográfico en el que participan niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual «... cuando dichas imágenes hayan sido producidas por ellos y estén en su poder, con su consentimiento y únicamente para su uso particular».

éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros». Y ello por considerar que, pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, no habría antijuridicidad material.

Por todo ello, creo que habría que unificar, también aquí, la edad de referencia y admitir la relevancia del consentimiento, limitando el ámbito del art. 189, en lo que respecta a menores de 18 pero mayores de 16 años, a las conductas relativas a pornografía elaborada sin que medie un consentimiento válido: si al sujeto mayor de 16 años se le reconoce capacidad para consentir una relación sexual, también se le debe reconocer capacidad para entender la trascendencia de dejarse grabar o fotografiar, especialmente cuando el material pornográfico está destinado a un uso privado⁴¹. Una vía para ello es excluir el automatismo en la aplicación de este precepto e interpretar que, cuando el art. 189.1 se refiere a la elaboración de material pornográfico «utilizando» a menores, se está refiriendo exclusivamente a los casos en que, por no haber consentido libremente, el menor está siendo instrumentalizado⁴².

Por lo que respecta a los menores de 16 años, aplicando literalmente los preceptos vigentes, si se realiza una conducta de elaboración, como la de grabar con consentimiento del menor la relación sexual que se mantiene con él, o tomarle una foto de contenido sexual, habiendo proximidad en edad y madurez, la regulación actual no solo no prevé la aplicación de la cláusula del art. 183 quater Cp, sino que habría que aplicar en principio el tipo cualificado del apartado 2.a) del art. 189 Cp en relación al art. 189.1. Del mismo modo que, si es el propio menor de 16 años el que por su propia iniciativa se graba o fotografía por ejemplo sus órganos genitales y con fines sexuales envía las imágenes a un adulto (o incluso a un menor de 18 años pero mayor de 14 años), el receptor estaría cometiendo en principio un delito de posesión de material pornográfico si las guarda o accede a ellas a sabiendas (art. 189.5 Cp), aunque se tratara de situaciones en que fuera posible mantener relacio-

⁴¹ En realidad, por lo que respecta al acceso, la adquisición o la posesión de pornografía infantil para el propio uso, creo que deberían ser relegadas del ámbito penal en todos los casos, pues, como sostiene, entre otros, Caruso Fontán, se trata de comportamientos muy alejados de la lesión a la indemnidad sexual y la eventual lesión de otros bienes jurídicos, como la dignidad y la intimidad, no puede justificar el mantenimiento de estos delitos porque la protección de estos bienes debe realizarse en el marco de las figuras que se encargan de los mismos (CARUSO FONTÁN, V., «La pornografía infantil...», 2020, p. 365). Sobre lo criticable que resulta, en sí, el delito de posesión de pornografía para el propio uso o de acceso a la misma del art. 189.5 Cp, véanse también, por ejemplo, GARCÍA ÁLVAREZ, P., en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 12, 2016, pp. 307-309; y MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Los delitos...», 2015, pp. 482-483.

⁴² Así también ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., «El delito...», 2015, p. 455.

nes sexuales con ese menor por aplicación de la cláusula del art. 183 quater Cp.

Hay que tener en cuenta, además, que no se trata de conductas infrecuentes, precisamente. Según Ramos Vázquez⁴³, un estudio a nivel español respecto de menores entre 10 y 16 años detectó que un 4% habían enviado imágenes de contenido sexual y un 8,1% las habían recibido⁴⁴.

¿Cabría aplicar en este tipo de casos la cláusula del art. 183 quater analógicamente? En mi opinión, sí es posible⁴⁵. Aunque también cabría realizar una interpretación restrictiva basada en la ausencia de antijuricidad material, entendiendo que no hay afectación al bien jurídico indemnidad sexual no solo cuando la conducta es consentida por quien ha adquirido ya la edad del consentimiento, sino también por quienes, de acuerdo a nuestro ordenamiento, pueden consentir válidamente en las condiciones del art. 183 quater Cp⁴⁶. En resumen, sea cual sea la vía, mientras se mantenga la regulación actual no deberían incriminarse las conductas que en principio encajarían en el art. 189 cuando las realicen personas que cumplan los requisitos del art. 183 quater⁴⁷.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado consideraba ya en 2011 (es decir, antes de la reforma de 2015) que no cabía castigar penalmente a un menor de 18 años por posesión de pornografía infantil en estos casos pues «...cuando no hay asimetría de edad entre el menor poseedor de pornografía y los menores representados en el material, no puede decirse que exista una lesión al bien jurídico protegido, ni propiamente, una conducta pedófila»⁴⁸. Y ya hemos visto que la Circular 2/2015 proponía instar el sobreseimiento en los supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores de 18 pero mayores de 16 años «con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros», por faltar la

⁴³ RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Ciberacoso», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 437.

⁴⁴ Teniendo en cuenta que según el Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es, consultado por última vez el 14 de agosto de 2021) en España hay una población de más de tres millones de menores de entre 10 y 15 años, se trataría de un número de conductas muy elevado.

⁴⁵ Sobre si cabe o no aceptar la analogía *in bonam partem*, véase *supra*, nota 24.

⁴⁶ Así también GARCÍA ÁLVAREZ, P., en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 12, 2016, pp. 305-306.

⁴⁷ Así también MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Los delitos...», 2015, p. 466.

⁴⁸ Circular 9/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, de 16 de noviembre de 2011, punto III.2.

antijuridicidad material⁴⁹. Pues bien, la Circular 1/2017, de 6 de junio, no solo confirma lo anterior, sino que considera que «los mismos razonamientos y la misma conclusión serán aplicables en los casos en los que, aun tratándose de menores de dieciséis años, se hubiera aplicado el art. 183 quater a la relación sexual subyacente»⁵⁰.

Sobre este tema, resulta, por otra parte, muy interesante la SAP de Valencia 56/2018, de 12 de enero. Se juzgaba a un menor (Maximino), nacido en 1999, que mantuvo una relación sentimental con una menor nacida en 2001 (Fermina) desde el verano de 2015 hasta julio de 2016 (es decir, cuando ella tenía unos 14-15 años y él, 16-17 años), durante la cual había grabado vídeos y tomado fotografías de contenido sexual con la menor realizando prácticas sexuales.

La primera sentencia⁵¹ había condenado, entre otros, por un delito de elaboración de material pornográfico del art. 189.1.a) y 2.a) Cp, es decir, por haber elaborado pornografía infantil real, cualificándose el delito por ser la víctima menor de 16 años. En el recurso a esta sentencia se alegaba, entre otros motivos, que no había habido «captación o utilización» ya que ambos se grababan mutua e indistintamente, los actos grabados y su grabación fueron en todo momento voluntarios, consentidos y recíprocos y, además, no había existido acceso por parte de terceros.

Al respecto, considera la Audiencia Provincial, en primer lugar, que resulta cuestionable que la conducta del menor supusiese «captación o utilización» de la menor con fines exhibicionistas o pornográficos, dado que la finalidad era únicamente la conservación de las imágenes en el ámbito de sus protagonistas; y, en segundo lugar, que hay que tener en cuenta que, a diferencia de los casos habitualmente enjuiciados por los tribunales, que suelen contemplar situaciones en las que el acusado es un mayor de edad que trata al menor como objeto de abuso, en este supuesto los protagonistas son dos menores que se encuentran «por ello, en el mismo plano». Y es aquí donde la sentencia trae a colación la cláusula del art. 183 quater Cp, considerando que debe ser tenida en cuenta a efectos interpretativos también para los delitos que, como el de elaboración de pornografía infantil, no están dentro de su ámbito de aplicación, en cuanto su mera existencia impide ya rechazar

⁴⁹ Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, de 19 de junio de 2015, conclusión 6.2.

⁵⁰ Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, de 6 de junio de 2017, punto 7.

⁵¹ Pronunciada por el Juzgado de Menores núm. 2 de Valencia el 11 de octubre de 2017.

de plano la validez del consentimiento del menor⁵². De ello deduce la Audiencia Provincial la atipicidad de la conducta⁵³.

En resumen, no debería aplicarse el art. 189.1 Cp a quien elabore con un menor de 18 años, pero mayor de 16, material pornográfico para el propio uso, cuando el menor consienta libremente; ni a quien realice la misma conducta con un menor de 16 años, si existe consentimiento libre y proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

Y tampoco creo que debiera aplicarse el delito de posesión de pornografía infantil para el propio uso del art. 189.5 Cp al sujeto al que el menor (menor de 18 pero mayor de 16, o menor de 16 pero cercano en edad y madurez), por iniciativa propia, envía fotos o vídeos de sí mismo que puedan considerarse pornográficos, práctica que, por lo demás, ya hemos dicho que es muy común entre adolescentes⁵⁴. Con independen-

⁵² FJ 7.º: «El menor puede otorgar un consentimiento válido en Derecho a una relación sexual cuando su contraparte es persona próxima al menor por edad y desarrollo. Es cierto que esa excusa no se contempla para los delitos del artículo 189, pero sí permite dotar de cierto significado a la definición típica del hecho delictivo». Aplicándolo al caso juzgado, continúa la sentencia: «...si la plasmación audiovisual contaba con el consentimiento del menor protagonista, siendo su contraparte otro menor (por cierto, con el que se ha mantenido una relación afectiva de una duración notable, desde agosto de 2015 hasta mayo de 2016), sería un contrasentido jurídicamente entender la comisión del delito por la mera grabación, basándose en la inviabilidad del consentimiento del menor, como hace la Sentencia recurrida, cuando resulta que el mismo Código, escasos preceptos antes, y para delitos tanto o más graves, sí admite la validez del consentimiento del menor, cuando la contraparte es una persona “próxima al menor por edad o grado de desarrollo o madurez” (artículo 183 quater); cual es exactamente el caso, tratándose Maximino se un menor igualmente, y no particularmente maduro, como se demuestra por los informes periciales».

⁵³ FJ 7.º: «De ello hemos de derivar, primero, que resulta muy cuestionable que un caso con las características del presente (dos menores que mantienen una relación sexual pero también sentimental plasmada en un romance de meses, en que hay incluso aceptación de ambas familias del respectivo novio, y ello pese a que en su marco se hayan producido determinados efectos nocivos que permiten la consideración del tipo del artículo 173 del Código) la grabación de su relación sexual sin constatación de su difusión, o de la intencionalidad inicial de difusión, vaya a integrar los elementos típicos del artículo 189; y con mayor medida, al socaire de lo determinado por el artículo 183 quater del mismo Código Penal, habida cuenta de la concurrencia de consentimiento en tal supuesto, y contemplando que se trata de un consentimiento específico y sobre el que no tiene relación el resto de las relaciones y manifestaciones propias de los parámetros establecidos entre ambos en otros niveles ya descritos».

⁵⁴ Obviamente, tampoco cabe castigar al propio menor que se fotografía o graba a sí mismo por elaboración o posesión de material pornográfico. No puede afirmarse lo mismo, sin embargo, en otros países: sobre casos de condena penal en este tipo de supuestos en EEUU, véase AGUSTINA, J. R., «¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-11, 2010, pp. 12-23. En un razonamiento más que singular desde nuestra perspectiva europea continental, argumenta la jurisprudencia norteamericana en uno de los casos recogidos por Agustina, relativo a dos menores, novios, que se habían hecho fotos de contenido sexual, que es adecuado castigarles porque la norma penal protege así a los menores frente a su propia inmadurez, ya que «... de forma irreflexiva están generando un acto de explotación sexual contra ellos mismos y contra la indemnidad sexual de los menores en general, en tanto que este tipo de material acaba instigando un círculo vicioso: la producción “espontánea” (en la que no media fuerza, engaño o intimidación) de material apetecible para los pedófilos conduce a dar alas un mercado en el que conviven intereses

cia, por supuesto, de que si el receptor, más allá de la mera posesión de ese material, lo difundiera a terceros sin autorización del menor, pudiera responder de un delito contra la intimidad o la integridad moral⁵⁵.

V. Reflexión final

En contra de las tendencias expansivas y moralizantes que imperan en la intervención penal en el ámbito sexual, lo que debe prevalecer son los principios clásicos, como el de intervención mínima y el de lesividad, lo que supone, entre otras consecuencias, limitar el castigo a las conductas que sean idóneas para lesionar la indemnidad sexual como bien jurídico individual⁵⁶. La protección penal de los menores ha de conciliarse, además, con su derecho al libre desarrollo de su personalidad, también en el ámbito sexual, lo que supone reconocer ámbitos de libertad que se irán haciendo más amplios progresivamente conforme aumente la edad del menor.

El reconocimiento de estos ámbitos debería ser, además, coherente. La referencia a diferentes edades para el consentimiento solo es admisible si está justificada, y no lo está cuando se permiten conductas más relevantes y se prohíben otras que lo son menos.

En relación, por tanto, a menores de 18 años, pero mayores de 16, solo deberían castigarse las conductas en las que ha habido violencia, intimidación, engaño o abuso, dejando fuera del ámbito penal los supuestos en que ha habido un consentimiento libre.

En cuanto a los menores de 16 años, la existencia de la cláusula del art. 183 quater Cp debe tener consecuencias en todos los delitos sexuales, aunque estén fuera del Capítulo II bis, en la medida en que se trate de conductas realizadas con personas próximas en edad y madurez.

lucrativos importantes junto a personalidades pervertidas» (ob. cit., p. 16). El propio Agustina (ob. cit., pp. 35-36) parece mostrarse partidario de intervenir penalmente contra el menor-productor voluntario de pornografía infantil en la medida en que, aunque de forma involuntaria, «... ha alimentado e instigado ese mercado...».

⁵⁵ Como pone de manifiesto García Albero, si no se hacen estas interpretaciones restrictivas se acaba generando víctimas entre aquellos a quienes se trata de proteger: se produce la paradoja con el *sexting* de que son los propios menores los que se convierten a veces en entusiastas productores voluntarios de pornografía infantil, fenómeno que nuestros legisladores, en vez de gestionar con un tratamiento educativo, institucional y social, tratan criminalizando toda experiencia considerada inapropiada (GARCÍA ALBERO, R., «Pornografía infantil...», 2015, pp. 298-299).

⁵⁶ TERRADILLOS BASOCO, J., «Pederastia...», 2019, p. 372.

EL DELITO DE CONTAGIO DE ENFERMEDADES INFECCIOSAS

BORJA MAPELLI CAFFARENA
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Sevilla

I

Los siglos XIX y XX –en pleno proceso de codificación– fueron tiempos en los que se suceden numerosos episodios pandémicos, muchos de los cuales encuentran su origen en los profundos cambios socio-económicos de la sociedad industrial. Hay algunas pandemias importantes con un alto costo de vidas, como es el caso de la cólera Morbo Asiático que se expande por Rusia e Italia o la conocida «gripe española» que se extendió entre 1918 y 1920, alcanzando a un tercio de la población mundial. También el cólera (*Vibrio cholerae*) dejó, desde que se detecta por vez primera en 1817, oleadas de muertes en sus apariciones periódicas, favorecidas por el crecimiento desordenado de las ciudades a lo largo del siglo, con escasas previsiones sanitarias y de acceso al agua potable por parte de sus habitantes¹.

Los avances de la ciencia no eran capaces ni de entender ni de encontrar soluciones eficaces y esto favorecía que se asociaran estas pandemias a razones metafísicas y provocaran levantamientos populares incontrolados. Nuestro homenajeado Prof. Arroyo Zapatero recoge un episodio del medioevo en el que tras sufrir una peste desoladora

¹ Como es lógico estas enfermedades contagiosas no afectaban por igual a toda la población, sino que se cebaban con mayor intensidad entre los menos favorecidos. Un foco de infección particularmente grave eran los establecimientos penitenciarios, inmersos en la trama urbana. Las enfermedades contagiosas –fiebres carcelarias– solo afectaban a los presos mientras permanecían aislados. En 1759 se estimaba que una cuarta parte de la población penitenciaria moría de estas patologías, aunque la presencia en los tribunales durante los juicios en ocasiones provocaba la extensión a la sociedad libre. En Londres, en mayo de 1750, el Lord Mayor of London, sir Samuel Pennant y un gran número de miembros del personal del tribunal judicial, se infectaron mortalmente en la sala de audiencias de Old Bailey, aneja a la Prisión de Newgate. Foucault, en Vigilar y Castigar, recoge una crónica de un incidente similar en París.

en 1630 en Milán las autoridades decidieron culpar de la misma a «varios pobres e indefensos ciudadanos con la imputación de haber propagado la peste mediante procedimientos tan necios como siniestros: untando con misteriosa pez las paredes de algunas solitarias callejas»². Aun durante el siglo XIX, en el año 1834, son asesinados, según las crónicas, hasta setenta y tres frailes en Madrid como responsables de haber contaminado el agua de las fuentes públicas y causar el consiguiente brote colérico, que se extendió por toda la ciudad.

Las terribles consecuencias para la población debido al sufrimiento periódico de oleadas de enfermedades contagiosas marcaron un modelo político criminal de endurecimiento de estos delitos. Como botón de muestra basta recordar la dureza del influyente Proyecto de Código penal para Italia de Rocco que castigaba a quienes ocasionaban la difusión de bacilos o gérmenes con la pena de ergástulo –cadena perpetua– (art. 348) y aplicaba la pena de muerte si, como consecuencia de ello, morían varias personas.

España ha contado, desde el primer código penal y de forma regular, con un delito que castigaba a quienes infringían las normas sanitarias con riesgos de propagación de enfermedades y a quienes con su conducta materializaban un contagio. Nuestro primer Código penal, el de 1822, ya presentaba esta dualidad entre el contagio y la propagación dentro del mismo tipo penal. El texto legal castigaba a «los que introdujeran o propagaran enfermedades contagiosas o efectos contagiados, y a los que quebrantaren las cuarentenas y los cordones de sanidad, o se evadan de los lazaretos»³. Sin embargo, la criminalización de los contagios interpersonales ha seguido una trayectoria fluctuante, apareciendo y desapareciendo en varias ocasiones a lo largo de la historia legislativa. Los códigos posteriores –el de 1848 y 1870– degradaron la infracción a falta, aunque pasaba a castigarse con pena privativa de libertad –en concreto, con el arresto de cinco a quince días–, se consideraban autores quienes «infringieren las reglas higiénicas o de salubridad acordadas por la Autoridad en tiempo de

² ARROYO ZAPATERO, L.: «La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del sida», en DS : Derecho y salud, ISSN 1133-7400, Vol. 4, N.º. 1, 1996, pp. 210-218.

³ Aunque aparecía como delito en el Código de 1822, el art. 378 era una figura híbrida a caballo entre los ilícitos administrativos y penal, propios de una época en las que esa diferenciación no estaba suficientemente determinada. Aunque podemos considerarlo como delito, porque como tal aparece en el Código, sin embargo, a la hora de establecer la sanción se remite a los correspondientes reglamentos de la Administración, los cuales en virtud del principio de legalidad no podrían señalar penas.

epidemia» (art. 485. 6 CP. 1848)⁴. Las razones de esta degradación son fáciles de entender ya que en la nueva redacción se castiga no la propagación material, sino la mera infracción de las normas sanitarias.

Habría que esperar al Código de 1928 para que apareciera de nuevo el delito, que llegó incluso a disponer de Capítulo independiente bajo el epígrafe de «Propagación de epidemias y riesgos para la salud pública» (Tít. VIII. Cap. II)⁵. No es de extrañar que un Código, influenciado por las teorías –entonces de moda– de la defensa social que, como señala su propia Exposición de motivos, buscaban la máxima subjetivización posible para determinar la responsabilidad penal, incorporara en su estructura típica una inoportuna mención a la intencionalidad del autor, que a la postre iba a ser una de las causas por la que desapareció años después. Incluye dos figuras delictivas muy próximas entre sí. Por una parte, la más leve que castigaba con la pena de dos meses y un día a un año de prisión o multa de 1.000 a 5.000 pesetas, al prudente arbitrio del Tribunal, al «que, a sabiendas, infringiere las disposiciones sanitarias sobre aislamiento o vigilancia, o las prohibiciones de importación legalmente establecidas para evitar la introducción o propagación de alguna epidemia o enfermedad contagiosa». A esto se añade, además, la agravante específica para el supuesto de que «por consecuencia de la infracción hubiere sido atacada de enfermedad contagiosa alguna persona, la pena se aplicará en el grado máximo.» (art. 547)⁶. La otra, la más grave que castigaba con la pena de prisión de seis meses a cuatro

⁴ La doctrina de la época criticó esta conversión en faltas porque, como señalaba GROIZARD «todas las reglas y todas las persecuciones que dicten, deben ser escrupulosamente observadas en interés común» (*El Código Penal de 1870, comentado y concordado*. T. 8.º Salamanca. 1899. P. 451).

⁵ Esta iniciativa legislativa podía estar inspirada en la obra de José Francos Rodríguez «*El delito sanitario*» (Madrid. 1920), quien, en opinión de ARROYO ZAPATERO (*op. cit.*) presentó la primera manifestación sistemática y de resonancia en favor de incorporar al Código la transmisión de enfermedades contagiosas en general.

⁶ El resto de los delitos que aparecen en el Capítulo son los siguientes: Artículo 548: «Si las disposiciones infringidas tuviesen por objeto evitar la introducción o propagación de alguna epizootia, las penas serán de dos meses y un día a seis meses de prisión o multa de 1.000 a 5.000 pesetas y si tuvieren por objeto evitar la introducción o propagación de una plaga o enfermedad que afecte a las plantas, la pena será de multa de Id expresada cantidad». Artículo 550: «El que maliciosamente propagare una epizootia entre los ganados o los animales domésticos, será castigado con la pena de dos meses y un día a tres años de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Si obrare con ánimo de lucro, se Impondrá la reclusión por igual tiempo, la multa será de 2.000 a 10.000 pesetas». Artículo 551: «El que maliciosamente propagare un parásito o germen peligroso para la agricultura o la selvicultura, será castigado con la pena de dos meses y un día a tres años de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Si obrare con ánimo de lucro, se le impondrá la reclusión en lugar de la prisión, y la multa será de 2.000 a 10.000 pesetas». Artículo 552: «Las penas señaladas en los artículos anteriores se entienden sin perjuicio de las que correspondieran si el hecho constituyere un delito de mayor gravedad». Artículo 553: «Se impondrá la pena de prisión de dos meses y un día a un año o multa do 1.000 a 5.000 pesetas al que arrojar en aguas que se utilicen para bebida algún objeto o sustancia que las haga nocivas para Ja salud».

años al «que maliciosamente propagare una enfermedad peligrosa y transmisible a las personas» (Artículo 549). Visto desde una perspectiva actual la dualidad es confusa e innecesaria. Técnicamente hubiera resultado más recomendable hacer responder al autor de las lesiones concretas, imputando estos resultados dentro de los delitos contra la integridad y, de esa manera, ambas figuras podrían fusionarse en una sola, ya que también quien propaga una enfermedad a otros lo hace infringiendo las normas sanitarias.

Para la doctrina de la época, sin embargo, era el elemento subjetivo el que permitía diferenciar las dos figuras delictivas⁷. En un caso, se exigía malicia y, en el otro, se actuaba solo «a sabiendas», pero malicia y a sabiendas tienen idénticos contenidos porque si se pretendía que la malicia incluyera el deseo de matar o lesionar, ya no se podría aplicar el delito de contagio, sino el correspondiente delito contra la vida o la integridad. Mas bien se aprecia una relación secuencial entre la infracción de la norma sanitaria, en el primero de los delitos, y la propagación —es decir, infección—, en el segundo. Pero en este caso se trata de variaciones en el plano objetivo que se resuelven mejor acudiendo a las formas imperfectas de ejecución.

La redacción del Código de 1928 es, sin embargo, coherente con el fundamento de la incriminación de este tipo de conductas que no es otro que reforzar la protección de las normas y controles que se despliegan para neutralizar los riesgos de las pandemias. Por esta razón, ni siquiera es preciso que se produzca otro resultado distinto de la infracción de la norma sanitaria. Vista la redacción desde la perspectiva actual podrá ser criticada la limitación de la responsabilidad penal solo a título de dolo directo, pero no nos parece que debieran de objetarse los fundamentos de esta incriminación.

A pesar de que los contagios de enfermedades no eran casos infrecuentes la jurisprudencia era muy escasa. No obstante, algunas sentencias empiezan a informar sobre la articulación de los elementos estructurales del tipo. No basta cualquier infracción formal de una disposición sanitaria, señala la STS de 29 de mayo de 1891, y, por ello, cuando la norma infringida no genera un incremento del riesgo no hay delito. En el supuesto de hecho de la referida sentencia se absuelve a quien se niega a que una comisión sanitaria entre en su casa en tiempo de epide-

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA/ANTÓN ONECA, *Derecho penal, conforme al Código de 1928*, T. II, Madrid, 1929, p. 180.

mia sin mandamiento judicial, porque dicha actitud no supuso un incremento en el riesgo de contagio.

El Código penal de 1932 vuelve de nuevo a convertir la infracción en falta con un texto idéntico al que se venía empleando en los códigos del siglo XIX y lo mismo va a suceder con el Código de 1944. Desaparece, por tanto, el delito de contagio de enfermedades. Como se sabe el régimen de Franco no sintió la necesidad de modificar el Código penal hasta 1944, año en el que entra en vigor un nuevo texto inspirado en los Códigos precedentes de 1870 y de 1928. Por tanto, y en relación con el tema que nos ocupa, no encontramos ninguna novedad; se mantiene dentro de las faltas el castigo de quienes infringen las reglas dictadas por la Autoridad en tiempos de epidemias o de contagio⁸. Llama, no obstante, la atención la referencia al contagio junto con la epidemia, una dualidad que señalaba nuevamente el camino por donde iban a transitar en el futuro las dos infracciones. Es probable que la referencia al contagio tuviera la intención de ampliar la responsabilidad penal a quienes contagian enfermedades en relaciones interpersonales, tal como se había intentado en el Código de 1822, aunque no se encuentre declarada una pandemia. Comenzaba de nuevo a preocupar la transmisión de una enfermedad debido a una relación interpersonal en la que no está en peligro la salud pública sino la personal.

La Reforma del Código en 1958 (Ley de 24 de abril de 1958) significó un paso relevante en el tratamiento de estos delitos. La dualidad epidemia/contagio iba a dar lugar a la introducción de una nueva figura reservada a castigar las conductas que provocan contagios interpersonales y al mantenimiento de la falta referida a las epidemias. Es, por tanto, la segunda ocasión en que nuestra legislación penal criminaliza los actos de contagios de manera independiente. Comentándola, señala Quintano Ripollés⁹ que responde a la necesidad de castigar severamente a quien con un sórdido móvil de lucro no se detiene ante la previsión de graves peligros para la salud humana. Por otra parte, es conveniente destacar que la Reforma del 58 mejora y extiende la protección de los medicamentos. Si hasta entonces solo había responsabilidad penal cuando la alteración de los medicamentos generaba riesgos activos para la salud, ahora se amplía a los casos en los que el medicamento pierde su eficacia.

⁸ En lo que se refiere a las penas, el Código de 1944 sustituye la pena de prisión leve por la reclusión privada que se ejecutaba en el despacho de la autoridad judicial.

⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código penal», *ADPCP*. Fasc. 1 (1958). p. 67.

En relación con el delito que estamos estudiando la nueva redacción del tipo quedó así: «quien maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los Tribunales teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro, que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata. Sin perjuicio de castigar hecho como corresponda, si constituyera un delito más grave» (art. 348 bis)¹⁰. En el estudio del precepto, la doctrina destacó que el legislador mostraba un deseo de evitar la responsabilidad objetiva por el resultado y, por esta razón, se hacía una referencia tan expresa a las intenciones del autor. Sin embargo, aunque se ubica dentro de los delitos contra la salud pública, no se oculta la preocupación de que el autor pudiera estar movido por motivos relacionados con el orden público, que era en aquel entonces una cuestión de interés prioritario. La considerable elevación de la pena –seis meses a seis años de prisión– también apunta en ese mismo sentido.

Desde su aparición la redacción fue mayoritariamente considerada como desafortunada por la doctrina de la época. Quintano se extrañaba en sus Comentarios que todavía permaneciera intacta dicha redacción en el Código penal de 1963. Se criticaba como inoportuna la referencia expresa a comportamientos maliciosos que se entendía como dolo directo, lo que no solo excluía la imprudencia, sino, incluso, el dolo eventual. Mediando dolo directo de lesionar o matar la ubicación correcta de este delito hubiera sido junto a los delitos contra la vida o la integridad y no dentro de los delitos contra la salud pública, así que con dicha expresión el delito quedaba vacío de contenido, pues quien maliciosamente contagia a otro una enfermedad peligrosa responderá, simplemente, por lesiones o por homicidio. Con semejante redacción la responsabilidad tampoco puede hacerse extensiva a quienes, debido a su conducta imprudente, generan un riesgo de propagación, aunque no sean portadores del virus. Por otra parte, la redacción invita necesariamente a pensar que se trata de un delito de resultado –«propagare»– distinguiéndose del resto de los delitos de este grupo que aparecen como delitos de puesta en peligro. La referencia a un resultado material y no al riesgo de la propagación también es propia de un bien jurídico personal y no colectivo –salud pública–. En definitiva, si se quiso castigar a quienes con una conducta desaprensiva ponen en riesgo de propagar

¹⁰ La regulación de las enfermedades se limitaba al Decreto de 26 de julio de 1945 por el que se aprueba el Reglamento para la lucha contra las Enfermedades Infecciosas, Desinfección y Desinsectación.

enfermedades peligrosas dentro de la población, el texto legal resultaba muy deficiente¹¹.

Estas dificultades favorecieron una tesis jurisprudencial a favor de considerar que entre las lesiones y el art. 348 bis no existían diferencias sustanciales, sino que eran figuras homogéneas diferenciadas solo por una relación de especialidad. El siguiente fundamento de derecho de una Sentencia del Tribunal Supremo desarrolla esta idea:

«El tema que se somete a la consideración de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el único motivo de que consta el presente recurso de casación, es el relativo a determinar si la conducta reprimida en el artículo 348 bis del Código Penal vigente en la fecha de comisión de los hechos a que se refiere esta causa, y que fue por el que el Ministerio Público acusó al encartado, es homogénea o no con la sancionada en el artículo 420 de dicho texto, en cuyo precepto la incardinaron los jueces de instancia, y esto sentado es claro, comparando ambos preceptos, que tal recurso debe desestimarse de plano por su falta de razón y de sentido, ya que el primero de los artículos mencionados, que fue introducido por Ley de 24 de abril de 1958 dentro de la rúbrica general de «delitos contra la salud pública» (en el Código antes aludido «contra la salud pública y el medio ambiente»), y como cierre de ella, para penar la propagación de enfermedades transmisibles a las personas, es de contenido similar al del segundo de los artículos citados, en el que se sancionan, bajo el título de «delitos contra las personas», las lesiones que se causaren a otro menoscabando su integridad corporal o su salud física o mental, pues obvio es que si por lesión se entiende, desde el punto de vista legal, toda alteración de la normalidad somática o psíquica de un individuo, y que tal alteración es, por tanto, sinónima de enfermedad, al establecer ambos preceptos las repetidas condenas de acciones que ocasionan al sujeto pasivo enfermedad, es notorio que los dos son homogéneos y, por ello, que puede pasar el Tribunal juzgador desde el 348 bis al 420, sin necesidad de plantear la tesis, pues al reprimirse en este últi-

¹¹ Argumentaciones semejantes se encuentran en la jurisprudencia más consolidada, como se desprende de esta reciente sentencia: «En todo caso, el precepto resultaba de difícil aplicación en la práctica en cuanto que, al exigir la propagación, maliciosa de la enfermedad, requería de una intencionalidad ajena a la conducta imprudente y al dolo eventual, además de dejar fuera del ámbito objetivo de aplicación a los supuestos de mera creación de peligro, pese a ser el elemento que podría haber justificado una tipificación diferenciada respecto de los delitos de lesiones en los que se subsumirían los episodios con lesión efectiva. Con ello quedaba fuera de toda incriminación la conducta criminológicamente más relevante para el bien jurídico de la salud pública: la de quien, sin querer ni pretender la propagación de la enfermedad, actúa a pesar de ser plenamente consciente del alto riesgo de contagiar a otro» (STS 806/2020 de 11 de marzo).

mo igual o iguales comportamientos pero con menor pena, no se quiebra al hacerlo el principio acusatorio constitucionalmente proclamado, por lo que procede confirmar el fallo de la Audiencia que se haya en un todo ajustado a la Ley.»

Por su parte, la doctrina proponía su derogación sobre todo teniendo en cuenta que con su nueva redacción el delito de lesiones, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, ya no se hacía mención a los modos comisivos de lesionar. Donde históricamente se decía «el que hiriere, golpear o maltratare» a partir de ahora se dice «el que por cualquier medio o procedimiento». De manera que no era preciso ningún esfuerzo exegético para castigar los casos de contagios de enfermedades como delitos de lesiones, en grado de tentativa o consumados, o, incluso, en los casos más graves como delito de homicidio. La jurisprudencia de la época posterior viene a corroborar lo inapropiado de ese elemento subjetivo en las resoluciones imprudentes que se sucedieron a partir de los años ochenta debido a la propagación del SIDA¹².

A pesar de lo acertado de las críticas a la redacción del art. 348 bis y a las peticiones de su derogación esta no se iba producir hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995. El nuevo Código derogó el delito y, a partir de entonces, los supuestos en los que una persona incumpliendo las disposiciones sanitarias pone en riesgo la salud pública no tenían otra forma de criminalizarse que a través del art. 147 de las lesiones («El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental»). La derogación del delito venía precedida igualmente por la de la falta referida a los incumplimientos sanitarios en tiempos de pandemia¹³. Así que habían desaparecido de nuestro Código dos infraccio-

¹² Vid., Entre otras, la STS 6345/1991, en la que se condena por un delito de lesiones imprudentes a dos médicos de un hospital de Barcelona que realizan una transfusión de sangre a dos pacientes conociendo que en ciertas transfusiones era necesaria las pruebas serológicas de diagnóstico para evitar la transmisión. También, STS 6354/1991 de 18 de noviembre.

¹³ Como ya hemos visto la falta relacionada con las infracciones de las normas sanitarias se encontraba recogida en el Código de 1944 con el siguiente texto: Serán castigados con la pena de cinco a quince días de arresto menor y multa de 100 a 2000 pesetas: 2.º Quienes infringieren las reglas dictadas por la Autoridad en tiempos de epidemia o de contagio (art. 577). En el mismo precepto se castigaba también a quienes «de cualquier modo» infringieren los reglamentos u ordenanzas y bandos sobre higiene pública, lo que vendría a ser un tipo básico con relación al anterior. Por su parte, la Ley de Orden Público 45/1959 consideraba un atentado al orden público y sancionaba los realizados «contra la salubridad pública y la transgresión de las disposiciones sanitarias dictadas para evitar las epidemias y contagios colectivos». La Reforma de 8/1983 viene a fusionar ambas faltas en una sola con el siguiente texto: «Los que incumplieren o transgredieren los requerimientos previos que concretamente formulan las autoridades sanitarias, para situaciones específicas, al objeto de evitar contaminaciones o circunstancias nocivas de otro tipo que puedan

nes estrechamente relacionadas que a distintos niveles se encontraban en la legislación penal precedente. Por una parte, la figura genérica que consistía en infringir las normas sanitarias en estados epidémicos o similares y, por otra, propagar una enfermedad trasmisible a las personas.

II

La derogación del delito de contagio y el desplazamiento de la responsabilidad penal de quienes infringiendo las normas de prevención crean un riesgo de enfermedades contagiosas a los delitos de lesiones solo es posible si se parte de la idea de homogeneidad entre ambos delitos, es decir, el delito de contagio sería un delito de lesiones en el que aparecen algunos elementos objetivos diferenciadores que lo convierten en una especie dentro del género de lesiones. Como se verá a continuación, el delito de lesiones tampoco es la solución adecuada para castigar a quienes infringiendo las normas sanitarias o con una conducta de riesgo crean un peligro de propagación de enfermedades infecciosas.

A nuestro juicio la homogeneidad entre ambas figuras es insostenible porque ni siquiera existe un fundamento de incriminación común. Mientras que el delito de lesiones tiene la integridad de las personas como bien jurídico protegido, el otro refuerza penalmente el cumplimiento de unas estructuras normativas comprometidas en proteger determinados intereses colectivos. Ya la propia Constitución se encarga de establecer diferencias entre el derecho a la vida y la integridad física de las personas (art. 15) y el derecho a la protección de la salud pública, de donde se desprende el deber de los poderes públicos de tutelarla y establecer derechos y deberes en torno a ella (art. 43). Si, lo primero, se encuadra dentro de los derechos fundamentales de las personas, lo segundo, guarda relación con los postulados del Estado Social. No es posible incriminar a través del delito de lesiones estos comportamientos desaprensivos que ponen en riesgo la salud pública porque aquí no estamos ante un bien jurídico configurado como de naturaleza personal, sino castigando conductas que atentan contra la salud colectiva, esto es, que generan un riesgo de expansión de la infección o de la enfermedad, de los que podría llegar a ser también responsable la persona sana

resultar perjudiciales para la salud pública». Finalmente, la Reforma 3/1989 elimina toda referencia a las infracciones sanitarias dentro de las faltas, ello era consecuente con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad que al apostar por una visión integral de la salud se inclinaba a favor de un control administrativo más que penal de las infracciones.

que tuviera relaciones de riesgo con un individuo que se supiera enfermo. Una conducta que merece ser igualmente castigada y que no podría hacerse a través del delito de lesiones. Estos meses de pandemia debidos al COVID-19 vemos como la opinión pública reprocha las conductas que infringen las normas de confinamiento con independencia del estado de inmunidad del infractor.

El interés por asegurar la salud pública, el medio ambiente o la seguridad vial hace recomendable establecer en torno a ellos unas estructuras normativas que merecen ser protegidas por el Derecho penal¹⁴, hasta el extremo de convertir sus incumplimientos en auténticos resultados del delito. Estas estructuras normativas están configuradas con normas jurídicas y no jurídicas, con distintos niveles de formalización. En determinadas situaciones de emergencia, como sucede en los supuestos de pandemias u otros peligros críticos, se desarrolla una normativa de excepción (confinamientos, medidas higiénicas, etc.), orientada a prevenir riesgos. Pero también estas medidas acompañan a las personas que padecen una enfermedad contagiosa. Una normativa de excepción personal que le compromete con una serie de obligaciones –evitar ciertas actividades, obligación de informar, tomar precauciones en los contactos con los demás, autoconfinamiento, vacunación y tratamiento médico, etc.–, para evitar la propagación de la enfermedad. Estas estructuras normativas no son normas de cuidado genéricas, que informan nuestro comportamiento diligente, las cuales solo pueden dar lugar a responsabilidad a título de imprudencia cuando se materializan en un resultado lesivo para un bien jurídico, sino que se trata de normas de organización, que requieren de un especial deber de información. Aunque no siempre sean normas jurídicas son siempre excepcionales y requieren como presupuesto una determinada situación, ya sea de seguridad vial, ya sanitaria, ya medioambiental. Veámoslo con un ejemplo: es imprudente entrar de forma atolondrada por un espacio de tránsito intenso y si debido a ello se empuja a una persona se responderá por las lesiones que se causen, dependiendo de las circunstancias el sujeto responderá por imprudencia por los resultados causados con su conducta. Distinto es, en cambio, cuando una persona, que ha dado positivo en los análisis del coronavirus, sabe que no puede entrar en un espacio

¹⁴ Como señala el art. 24 de la derogada Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que supuso un cambio cualitativo en nuestro país en la protección del Estado de la salud pública, «las actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud, serán sometidas por los órganos competentes a limitaciones preventivas de carácter administrativo, de acuerdo con la normativa básica del Estado».

cerrado en donde hay un gran número de personas y a pesar de ello lo hace. A diferencia del caso anterior no es preciso que se materialice resultado alguno para que se proteja la sociedad de los riesgos de contraer una enfermedad. El alto interés por que se cumplan esas normas justifica que se emplea el control social más grave de todos que es el Derecho penal.

Así pues, el injusto de estos delitos nada –o poco– tiene que ver con la circunstancia de que se haya materializado una lesión por contagio en otra persona o, incluso, que se haya producido realmente un riesgo relevante. Basta con que el sujeto o los sujetos, sanos o enfermos, infrinjan intencionadamente –y, en determinadas situaciones profesionales en los que median normas de deber específicas, también, imprudentemente– las normas sanitarias establecidas para proteger a la población de contagios de enfermedades infecciosas. No estaríamos ante un delito de peligro, sino de resultado, recortado de dos actos, –infracción de la norma– y efectivo contagio, este segundo no es preciso que se produzca para alcanzar la consumación. Si en el delito concreto se hace referencia a la efectiva propagación o contagio sería para que el juez valore la cualidad negativa de la infracción; serían indicadores de la gravedad de la norma infringida con lo que evita la criminalización de la mera antinormatividad. Esta propuesta nos conduce a soluciones más satisfactorias desde el punto de vista político criminal. Además de acudir al concurso de delitos y no al de leyes en los casos en los que se causan lesiones materiales, también se explica mejor porque hay responsabilidad penal con independencia de que se esté o no enfermo, vacunado o se hayan generado anticuerpos, ya que las normas sanitarias preventivas obligan a toda la población sin excepciones.

A pesar de que en la actualidad la intención es desplazar la responsabilidad de estas conductas a los delitos de lesiones tampoco resulta ser una buena solución por las diferencias estructurales que presentan ambas figuras. Ya hemos señalado que el fundamento de la incriminación es distinto, pero también lo es el resultado. Es muy problemático ajustar la desobediencia a los delitos que producen resultados materiales, como las lesiones o el homicidio, ya que la conducta más frecuente es la imprudente y si no se causa el resultado no sería posible el castigo. Por otra parte, más allá de la responsabilidad penal por el resultado material quedaría por resolver el riesgo para la salud pública. Con razón reconoce nuestra jurisprudencia, en las escasas causas penales que se han llevado por lesiones que los hechos resultan igualmente graves haya o no contagio porque el fundamento del injusto es la infracción de una orga-

nización normativa. La incriminación por tentativa en el marco de los delitos de lesiones, que son muy resultativos y en los que el resultado material se sobrepone al elemento subjetivo, resulta muy difícil aplicar a las conductas de contagios.

Dos elementos típicos juegan un papel distinto en los delitos de lesiones y de infracción de las normas sanitarias, demostrando que no puede sostenerse la tesis de la homogeneidad entre ambas figuras y, consiguientemente, no pueden adecuarse de modo satisfactorio. El primero de ellos es el conocimiento por parte de la víctima de la condición de enfermo del autor. Los bienes jurídicos colectivos a diferencia de los personales no permiten la disponibilidad sobre los mismos, de manera que el consentimiento de las personas no tiene relevancia. La cuestión ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial por la STS 806/2020 de 11 de marzo. En el supuesto de hecho queda probado que la víctima había tenido relaciones sexuales con el imputado, enfermo de VIH, a consecuencia de las cuales resultó contagiada. Sin embargo, señala el Alto Tribunal que «no ha quedado acreditado, fuera de toda duda, que Clemencia ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía su pareja y, en consecuencia, que mantuviera relaciones sexuales con el mismo sin tener conocimiento de tal extremo.» Esta circunstancia, como acabamos de indicar, juega un papel distinto para un delito y para otro. En relación con el delito de lesiones, único que actualmente podría emplearse para castigar los hechos, si Clemencia –nombre de quien sufre el contagio en los hechos probados de la sentencia– tenía conocimientos de que su pareja estaba enfermo y de que de mantener relaciones sexuales las posibilidades de contagio serían muy altas, nos encontraríamos ante un problema de imputación objetiva. El conocimiento seguido de la aceptación es un supuesto de auto puesta en peligro y/o hetero puesta en peligro. La diferencia de estos supuestos radica en que en el primer caso es el propio sujeto quien se conduce de forma arriesgada y se ocasiona el daño, mientras que, en el segundo, la víctima consiente que una tercera persona le ponga en peligro¹⁵. De una u otra

¹⁵ Lógicamente, para negar la imputación objetiva en los casos de heteropuesta en peligro la jurisprudencia se muestra más exigente que en los de autopuesta en peligro, ya que en aquellos es una tercera persona la que causa el resultado típico. La Sentencia indicada en el texto repite los requisitos que deben darse según una consolidada jurisprudencia: «Una equiparación que precisa de la comunión de los elementos que desdibujan la responsabilidad del autor con la del propio lesionado, concretamente: a) Que la víctima tenga un adecuado conocimiento del riesgo; b) Que consienta en la acción arriesgada causante del daño, sin venir tampoco impulsado por una marcada incitación del autor; c) Que el daño sea consecuencia del riesgo asumido, sin añadirse otros descuidos del ejecutante y d) Que la víctima, hasta el momento del completo descontrol del riesgo, haya podido dominarlo de una manera equivalente al autor mismo» (STS 806/2020 de 11

forma se estaría planteando una cuestión de ámbito de protección de la norma dentro de la imputación objetiva. Solución que resulta absolutamente insatisfactoria desde una óptica político criminal. Los programas de prevención de las enfermedades contagiosas no pueden dar por buena esta solución absolutoria cuando la persona sana consiente en la transmisión de aquella.

Un segundo aspecto contrario al principio de la homogeneidad de ambas figuras y del desplazamiento a las lesiones del delito de infracción de las normas sanitarias guarda relación con el resultado. La diferente fundamentación del injusto en ambas figuras hace que el resultado del delito no coincida. El delito que castiga a quienes infringen las normas de prevención de enfermedades contagiosas es un delito de mera actividad, todo lo contrario de lo que sucede con las lesiones. No es preciso esperar resultado alguno para considerar consumada la infracción porque la misma acción típica es el resultado. Teniendo en cuenta que el efectivo contagio en la mayoría de los casos no es asumido por el infractor y, por tanto, no puede imputarse a título de dolo –ni directo, ni eventual– sin su concurrencia no habría responsabilidad penal y, de nuevo, nos vemos ante una solución del caso que no es satisfactoria desde las exigencias de político criminal. La protección de la sociedad frente a estas epidemias o situaciones sanitarias críticas y el consiguiente desarrollo de una política criminal acorde con las necesidades de prevención no puede condicionar la responsabilidad penal a que el azar haga que el infractor contagie o no a terceros cuando infringe gravemente las normas preventivas.

Por otra parte, se añade además una dificultad cuando se quiere medir la intensidad de la lesión, extremadamente anclada en la gravedad funcional que origina en el sujeto pasivo, con el contagio cuyos efectos pueden atrasarse en el tiempo o, incluso, no producirse en casos de positivos asintomáticos.

Por último, la STS 6 de junio de 2011 aborda también algunos expedientes que refuerzan la tesis de la imposibilidad de adecuar las conductas de riesgo de contagios debido al incumplimiento de las normas

de marzo). Aunque la cuestión solo guarda una relación colateral con nuestro tema, la precitada Sentencia se inclina por considerar un caso de heteropuesta en peligro cuando una persona con una enfermedad contagiosa mantiene relaciones sexuales con otra sana que asume el riesgo. La sentencia que comentamos considera que se trata de una heteropuesta en peligro, opinión que, a nuestro juicio, no es la correcta puesto que dos personas que consienten una relación sexual sabiendo que hay riesgo de contagio de una enfermedad, con independencia de quien es el enfermo se entiende que en ambos supuestos son autopuesta en peligro y no heteropuesta en peligro. Lo más que puede imputarse al otro es la cooperación necesaria en la autopuesta en peligro.

preventivas en los delitos de lesiones¹⁶. En el supuesto de hecho encontramos una persona portadora del VIH que mantiene relaciones sexuales con otra, empleando profilácticos, algunos de los cuales se rompe y, como consecuencia de ello, se produce el embarazo y los contagios de la enfermedad tanto de la madre como del hijo fruto de la relación. La AP, que conoció los hechos en primera instancia, consideró que los contagios no eran imputables al acusado porque había tomado la precaución de utilizar preservativos en todas sus relaciones, medida recomendada por los protocolos médicos como suficiente para neutralizarlos, de manera que se cumpliera con el deber de cuidado exigido por las normas y los riesgos debidos a que los referidos medios profilácticos no terminaran funcionando debido a su ruptura no son abarcados por el fin de la norma ya que se trata de riesgos que acompañarían a toda actividad peligrosa. En definitiva, lo producido en concreto no es la realización de un comportamiento desaprobado por la norma penal que es un presupuesto de la imputación. Tampoco ve la AP posible la imputación del contagio a la hija de ambos ya que la misma no existía cuando se realizaron los hechos juzgados y el delito de lesiones castiga a quien «causare a otro» (art. 147). Por su parte, el TS revoca ambos argumentos. Entiende que la infracción del riesgo permitido no exige solo el uso de los preservativos, sino también el buen uso¹⁷ y entiende que el contagio al hijo de ambos está conectado causalmente con la conducta negligente del acusado y ese resultado de contagio a la hija se produce de manera indirecta a través del contagio a la madre y a través de esta última un contagio con motivo del parto (transmisión vertical) conectado siempre causalmente con el acusado¹⁸.

Una vez más tenemos ocasión de probar que las relaciones de imputación objetiva que se presentan en este supuesto de hecho no guar-

¹⁶ La sentencia ha merecido un interesante comentario por parte de Iván Navas Mondaca («Problemas de imputación del contagio imprudente de VIH y el cambio del estatus jurídico del objeto de la acción». (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2011) en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIV, 2011. Pp. 323-339).

¹⁷ De la misma opinión que el TS es NAVAS MONDACA (*op. cit.* p. 331) quien se pregunta «si ¿no es el mal uso del preservativo en los contactos sexuales por parte de un portador de VIH una conducta también creadora de un riesgo que efectivamente busca evitar la norma del delito de lesiones? Si un resultado solo es típico si supone la realización de un riesgo típico, pero no de un «riesgo permitido acompañante» (12) debe uno delimitar si el uso del medio de protección que justamente busca contener ese riesgo (de entrada, al parecer no típico si se trata de un uso correcto de un medio idóneo de control del riesgo), se transforma en un riesgo no permitido por un uso defectuoso. En el sentido de si el uso negligente y reiterado con un previsible contagio del virus es solamente un riesgo permitido acompañante o por el contrario un riesgo típico relevante, previsible e imputable».

¹⁸ NAVAS MONDACA, *op. cit.* p. 334.

dan relación alguna cuando estamos tratando el delito que castiga las conductas, que, infringiendo las normas preventivas, favorecen la expansión de enfermedades contagiosas en la sociedad. Las circunstancias en las que se producen los contagios podrán tener relevancia para el delito de lesiones, pero no pasan de ser circunstancias que ayudan a evaluar la calidad de la conducta cuando se trata de castigar las infracciones que generan peligro para la salud pública.

Es muy probable que la contemporaneidad de la enfermedad del SIDA y el delito de contagio de enfermedades peligrosas se haya sumado a las causas que finalmente acabaron con este. En este sentido, nuestro homenajeado el profesor Arroyo Zapatero, en el mencionado trabajo sobre el tema, reconoce que es justo el castigo de quien olvidando el cuidado debido a la salud de los demás realiza una conducta que es sabido que pone en grave peligro la salud o la vida de otro y otros supuestos similares, pero el Derecho penal también debe considerar los criterios de necesidad y desde esta óptica «es altamente probable que dicha incriminación comportare una inmersión de los portadores conscientes y, más aun, de los que no tienen la seguridad de ello, en la «clandestinidad» frente a la terapia, frente a la detección de la enfermedad, en definitiva, frente al acceso a la información y a la responsabilidad individual frente a sí mismos y respecto de los demás.». Es cierto que esta eventualidad es posible en aquellos casos en los que –como sucedía inicialmente con el SIDA– los contagios estaban asociados a determinadas prácticas sexuales, pero la valoración tiene que ser otra cuando nos enfrentamos a contagios de enfermedades de alto riesgo que pueden prevenirse si se cumplen con determinadas limitaciones. Con toda seguridad la doctrina penal, que en su momento criticó la criminalización de los contagios, estaba condicionada porque en aquellos momentos muchas decisiones de política social y criminal, que se tomaron, ocultaban una actitud discriminatoria contra la homosexualidad. En la actualidad vivimos una situación completamente distinta y el castigo de estas personas es un factor esencial en el diseño de las políticas preventivas frente a la pandemia ocasionada por el COVID-19.

En efecto, el legislador debe también tener en cuenta los criterios preventivos, pero no hasta el extremo de impedir el castigo de conductas de tanta gravedad. El argumento de que los potenciales autores podrían ver aumentado su estigma social de sujeto contagiado o que la solidaridad y la responsabilidad sean el mejor instrumento de política social contra los riesgos del contagio no impide, sino todo lo contrario, que se tomen medidas sancionatorias contra quienes por desaprensión

favorecen el contagio incontrolado de la población. Quien infringe conscientemente las medidas sanitarias de prevención del contagio y provoca la propagación del virus en otras personas merece ser castigado no solo por razones de prevención general y especial, sino porque semejante conducta es una grave lesión a los propios fundamentos de la convivencia y a la salud pública.

III

A nuestro juicio, el Código penal debiera recuperar nuevamente esa figura. Es sencillamente inexplicable que asistamos a un proceso de administrativización del sistema penal con incorporación de delitos cuyo injusto se fundamenta tan solo en un incumplimiento formal del deber y neguemos el castigo de conductas que ponen en grave peligro la salud de las personas. ¿Cómo puede explicarse que hayan desaparecido el delito de contagio de enfermedades, en el que se crea un peligro para la salud pública y existan, en cambio, dos figuras delictivas referidas a meras desobediencias a las personas o a las disposiciones legales, generando riesgos para el medioambiente (art 326) o riesgos catastróficos (art. 348)? ¿Cómo puede descriminalizarse las infracciones de las normas de prevención de enfermedades y castigarse a quienes conducen sin licencia vigente? O, por último, ¿Cómo puede derogarse el contagio de enfermedades y mantener la discriminación por razones de enfermedad?.

En estos momentos existe un grave vacío punitivo para poder castigar a quienes, infringiendo las medidas sanitarias, provocan la propagación de una epidemia. Ya hemos vistos las dificultades que entraña su castigo a través del delito de lesiones, pero tampoco pueden castigarse por otros delitos con los que guarda cierta afinidad. En primer lugar, no estamos ante un delito de desobediencia porque estos delitos van referidos a funcionarios públicos que atentan contra la función pública que tienen encomendada, tampoco pueden encuadrarse dentro de los delitos de desórdenes públicos porque estos se entienden como resistencia a la autoridad (art. 556). Las conductas que estamos analizando tampoco podrían perseguirse dentro de los delitos contra la salud pública ya que los mismos tienen exigen que las conductas típicas se dirijan bien contra los medicamentos, los alimentos u otras sustancias haciéndolas perjudiciales para la salud, mientras que en los casos que nos ocupan solo se constata el incumplimiento de una norma preventiva.

La recuperación de esta figura delictiva pasa por mejorar los problemas que la doctrina había encontrado en el delito ya derogado con el

nuevo Código penal. Debe desaparecer la referencia a «maliciosamente» y no debe exigirse que se llegue a producir el contagio, de esta forma se eluden algunos problemas de causalidad. *Lege ferenda* es recomendable que se fusionen en una sola las dos figuras que históricamente han estado separadas: de una parte, la infracción de la norma sanitaria en estados de pandemia, y, de otra, las conductas de propagación a terceras personas. El injusto es idéntico una vez que la responsabilidad por los resultados materiales de lesión o muerte se resolverán conforme a las reglas concursales de delitos. En ambos casos se castiga a quien infringe las normas de cuidado que se establecen específicamente para prevenir contagios, la gravedad es la misma si se actúa en una relación interpersonal o sin que pueda llegar a concretarse el número ni las personas que son expuestas a potenciales riesgos¹⁹.

Nos parece recomendable una cláusula de referencia a la puesta en peligro efectiva de propagación y no por ello se está convirtiendo en un delito de peligro. Por el contrario, se trata solo de una cláusula que obliga al órgano judicial a la valorar la gravedad de la conducta que está conociendo. La gravedad de la conducta debe exigirse no solo para establecer las diferencias con los ilícitos administrativos que eventualmente puedan concurrir, sino para dejar claro que no se trata de llevar una guerra de tolerancia cero contra quienes infringe una normativa cuyo conocimiento es muy deficiente y cuya complejidad no permite su comprensión por gran parte de la sociedad. Serán frecuentes los supuestos en los que no podrá establecerse una relación de imputación objetiva y aquellos en los que el autor desconoce su situación médica y, por supuesto, tener en cuenta los principios informadores del sistema que recomiendan desplazar a otros órdenes sancionatorios los casos de menor gravedad o donde la infracción de la norma no ha entrañado absolutamente ningún riesgo de contagio.

¹⁹ El Código penal austriaco tipifica estos hechos en términos similares a la propuesta que defendemos. Su art. 178 castiga a «cualquiera que cometa un acto que pueda provocar el riesgo de propagar una enfermedad transmisible entre las personas...».

POSIBLES ESTRATEGIAS DE ACOMETIMIENTO DESDE EL DERECHO PENAL DE LA DELINCUENCIA SEXUAL CON VÍCTIMAS MENORES DE EDAD

MARÍA PILAR MARCO FRANCIA

Fiscal Sustituta Audiencia Provincial de Toledo y Profesora de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha

I. Introducción

La delincuencia en general, y la delincuencia sexual en particular, no son fenómenos simples y unidireccionales. La posibilidad de evitar los delitos algo totalmente utópico y mucho más en lo que respecta a la delincuencia sexual violenta, donde existen pulsiones difíciles de detectar de cara a su prevención o frustración.

De las escasas investigaciones de carácter empírico realizadas en nuestro país sobre las víctimas menores de abusos sexuales resulta que las tasas de prevalencia son realmente importantes¹. Se calcula en un 20-25 % de casos en que las niñas reconocen haber sufrido abusos sexuales en la infancia y en un 10-15 % de los niños. Respecto a las tasas de incidencia son prácticamente despreciables, sobre todo por la problemática de la denuncia cuando el abuso se da dentro de la familia y son tan dramáticamente diferentes de las tasas de prevalencia, que deberíamos plantearnos como sociedad, en qué estamos fallando a la hora de proteger a nuestros niños y niñas.

¹ Vide LÓPEZ, F., CARPINTERO, E., MARTÍN, M. J., FUERTES, A., «Prevalencia y consecuencias del abuso sexual al menor en España» en *Child Abuse & Neglect*, 19(9), pp. 1039-1050, 1995; PEREDA, N., FORNS, M., «Prevalence and characteristics of child sexual abuse among Spanish university students», en *Child Abuse & Neglect*, 417-426, 2007.

II. La prevención de los delitos sexuales con víctimas menores

En el abordaje de los abusos sexuales a menores hay que realizar una labor ímproba de prevención de los abusos sexuales en la infancia. El maltrato y abuso de los menores (incluyendo el sexual) no se puede considerar como algo inevitable y los estados deben asumir medidas preventivas ya que, el fenómeno, al menos en teoría, debería poderse prevenir².

La prevención primaria es indispensable. No podemos hablar de grupos de riesgo *stricto sensu*, ni en agresores ni en víctimas. Todos los niños y niñas pueden ser victimizados. Gracias a las investigaciones empíricas que se han realizado respecto a las víctimas, sabemos que las niñas son más victimizadas que los niños, pero puede ser que los niños tengan mayores tabúes que les limiten a la hora de denunciar. En lo que respecta a los agresores, sabemos que éstos son en gran medida varones, pero también es cierto que desconocemos el ámbito de intervención de las mujeres en este tipo de delincuencia, porque queda enmascarado en tareas que habitualmente éstas realizan por roles de género. De igual forma, conocemos que entre un 25 a un 30 % de los abusos y agresiones a menores son realizadas por otros niños o jóvenes menores de 18 años³. Por lo tanto, las intervenciones de carácter preventivo deberán tener un ámbito global, pero también local, preferentemente en el ámbito educativo y en la familia.

Con los conocimientos que en estos momentos tenemos del comportamiento de los delincuentes sexuales con víctimas menores de edad, debemos saber de sus comportamientos predatorios, y adelantarnos, en la medida de lo posible, a la comisión de los actos delictivos. Hay que atender a la evaluación y gestión de riesgos no solo en el contexto externo, sino también en el intrafamiliar, que es donde se producen gran parte de los delitos de este tipo.

Tenemos que asumir que vivir en sociedad comporta múltiples riesgos y que, lamentablemente, no podemos proteger a todos, pero sí podemos intentarlo. Con los niños hay que realizar una labor pedagógica de gestión de riesgos, aumentando el nivel educativo de los menores para que puedan

² GLASER, D., «Child sexual abuse» en M. T. RUTTER, *Child and adolescent psychiatry*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003, p. 3.

³ MCALINDEN, A., «Deconstructing victim and offender identities in discourses on child sexual abuse. Hierarchies, Blame and the Good/Evil Dialectic», en *British Journal of Criminology* (54), 180-198, 2014, p. 190.

distinguir las conductas apropiadas de los adultos de las que no lo son, así como fomentar la comunicación entre padres e hijos, además de eliminar tabúes o secretos que impidan o dificulten dicha comunicación.

Los abusadores de menores buscan trabajos donde existan oportunidades para delinquir, en los que puedan estar cerca de sus objetos de deseo, por lo que sería una buena idea realizar entre los cuidadores, monitores o profesores, parejas mixtas que puedan detectar comportamientos «sospechosos» Fiscal Sustituta Audiencia Provincial de Toledo observar a los menores y los cambios que puedan realizar en sus actitudes ante los monitores e *inter pares*. También habría que fomentar la educación en la prevención, incluyendo en los currículos educativos cuestiones relativas a la sexualidad, a la identificación de los abusos sexuales en la infancia, e instruir a los profesores para que puedan detectarlos y luchar contra ellos de manera temprana.

Respecto a la prevención secundaria, habría que implementar medidas profilácticas en la forma de planes de formación, de cara a la prevención de la comisión de estos delitos, y de la detección de abusos en sus estadios más tempranos. Principalmente dirigidos al profesorado y monitores, así como a profesionales que estén en contacto habitual con menores y por supuesto, de sus padres y madres. E igualmente, para los casos en que ya se hayan producido los abusos, realizar planes de formación para poder atender a las menores víctimas de la manera más adecuada, dirigiéndoles al recurso o la intervención que sea más adecuada: social, psicológica, y/o médica, a fin de que estos profesionales realicen las intervenciones de la forma más adecuada para que los niños involucrados resulten lo menos afectados posibles. Tal vez si utilizamos con todo el grupo familiar del menor, estrategias holísticas y centradas en la solución y no en el problema, podamos evitar daños mayores y evitar la ansiedad y el miedo tanto en los miembros adultos de la familia como en los niños y niñas que han sido víctimas directas del abuso sexual. Como señalan Lameiras y Orts⁴, es tan grande el desafío que necesitamos el compromiso de toda la sociedad.

La prevención terciaria tiene que estar realmente centrada en potenciar los programas de atención psicológica y jurídica para las víctimas. Para el caso de que el daño se haya producido y nos encontremos ante algún tipo de abuso, se han de potenciar los programas de asistencia a las víctimas para minimizar los efectos del abuso. Se tendrá que realizar

⁴ LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., ORTS BERENGUER, E., *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

un diagnóstico utilizando los medios prospectivos adecuados a la edad del menor. Por ejemplo, utilizando técnicas de dibujo con los menores que pueden ser indicativos de abusos sexuales, y que podría valorarse su aportación en un juzgado junto con otras pruebas psicológicas a través de la pericial del psicólogo que le haya atendido, ya que el uso únicamente de dibujos (donde figuren genitales, no lo haga o se omitan partes del cuerpo) para diagnosticar el abuso sexual de niños no ha podido ser demostrado con evidencia científica suficiente para soportarlo⁵. Estos programas deben tener un marcado carácter de atención temprana, lo que según Abdulrehman y Luca⁶ es crítico para que, una vez sean adultos, su desenvolvimiento social sea el adecuado, posibilitando darles un tratamiento psicológico y social de carácter integral que evite la propagación de los daños o la agravación de los mismos. De igual forma, no se debe alarmar de manera exagerada a los niños, pensemos en que, por ejemplo, se haya producido solo un toqueteo sobre la ropa al que el niño no vaya a prestar demasiada importancia, pero que los adultos pueden engrandecer y provocar mayores daños en un niño que, si no le hubiéramos dado importancia, para él hubiera pasado inadvertido.

Evitar la victimización secundaria es esencial. En muchas ocasiones hace más daño el paso por el sistema policial y judicial que la victimización por el propio delito. Dar prioridad a la instrucción de estos asuntos, dotar de abogado a la víctima, impulsar la prueba preconstituida y la utilización de las nuevas tecnologías para las exploraciones del menor. Igualmente, es importante formar a los intervinientes en el proceso policial-judicial en psicología evolutiva para saber cómo tratar al menor y establecer protocolos que hagan un papel de guía a los operadores jurídicos en materias de índole psicológica para los que no están suficientemente formados.

III. El abusador sexual de menores

Es necesario realizar investigaciones que nos den información sobre la prevalencia de estos delitos, preferentemente empíricos y también acudir a metodología cualitativa de investigación a través de entrevis-

⁵ ALLEN, B., TUSSEY, C., «Can projective drawings detect if a child experienced sexual or physical abuse? A systematic review of the controlled research», en *Trauma, violence & abuse* 13(2), 13(2), 97-111, 2012.

⁶ ABDULREHMAN, R. y., DE LUCA, R. V., «The Implications of Childhood Sexual Abuse on Adult Social Behavior», en *Journal of Family Violence*, 193-203, 2001, p. 201.

tas en profundidad con agresores y víctimas. Se echa en falta una investigación de tipo longitudinal a nivel estatal de la reincidencia de los agresores sexuales de menores, que justifiquen los cambios legislativos en la materia. La reincidencia podría ser tenida en cuenta en los datos del INE, incluyendo (ya que tienen acceso a los datos del registro de penados) tanto la reincidencia en sentido estricto como la reiteración delictiva (ambos datos constan tanto en los escritos de acusación como en las sentencias condenatorias).

Si los estudios de corte criminológico se ampliasen a otro tipo de delincuencia violenta, también podríamos aprender más sobre la «peligrosidad» de determinados individuos y poner en marcha medidas para conjurar dicha peligrosidad.

En cuanto a las investigaciones que se están realizando en neurociencias, las modernas técnicas de neuroimagen nos ofrecen una ventana a un mundo por descubrir apasionante. Conocer más de las bases biológicas de nuestra conducta es muy importante de cara a un futuro poder establecer posibles tratamientos de los agresores o incluso, de determinar con mayor precisión la existencia o no de un riesgo de reiteración delictiva. Ahora bien, de ninguna manera podemos, ni debemos, abordar el fenómeno de la delincuencia sexual contra menores de 16 años desde una perspectiva biológica reduccionista basada únicamente en una aproximación neurocriminológica. Los factores sociales, de acuerdo con Raine⁷ tienen una importancia crítica, ya que interactúan con los factores biológicos que predispongan el sujeto a la violencia. Somos el delicado resultado de numerosas interacciones psicosociales con una combinación genética que conforma seres únicos e irrepetibles (herencia, maduración y medio ambiente). Los casos estudiados son pocos, y generalmente se hacen dentro de población carcelaria, por lo que las investigaciones estudiadas tienen limitaciones, y no se pueden extrapolar a la población general hasta que no hayan sido testadas a ese nivel.

La figura del agresor externo existe, pero parece más frecuente que los abusos se encuentre en el seno de la familia o en el círculo cercano. Además, se minusvaloran opciones como la posible existencia de agresores sexuales de menores jóvenes o de mujeres, que merecerían una investigación ulterior.

⁷ RAINE, A., *The anatomy of violence. The biological roots of crime*, London, Allen Lane, 2013, p. 9.

1. *El agresor sexual de menores, psicopatías y pedofilia*

No todos los abusadores/agresores de menores padecen una psicopatía o parafilia. Incluso en el caso de que concurren, será esencial la valoración de sus elementos cognoscitivos y volitivos, a fin de evaluar su responsabilidad penal. Ahora bien, si se determina la existencia de una psicopatía o pedofilia, esto refuerza la necesidad de examinar cuidadosamente cada caso en concreto. Por tanto, habrá que valorar si existe una disminución de la responsabilidad penal y administrar un tratamiento, aunque la probabilidad de éxito sea pequeña.

En este aspecto, debería arbitrarse la posible valoración o evaluación del delincuente en equipos interdisciplinarios, en los que coexistiera la figura del criminólogo junto con los psicólogos, a la hora de evaluar en el equipo la idoneidad o no del tratamiento para ese delincuente sexual, tras realizar un análisis criminológico del *iter* penal y valorando conjuntamente en el equipo, si ese tratamiento podrá provocar un cambio real en la conducta del sujeto, y creando un tratamiento a medida de las necesidades del individuo.

2. *Necesidad de datos estadísticos fiables y disponibles*

También se necesita que los datos estadísticos se unifiquen y se desglosen de una manera adecuada que nos permita la investigación. No es asumible que los datos del INE sean tan escasos en cantidad y calidad, como por ejemplo en el desglose por delitos y sexo del autor y/o víctima. En muchas ocasiones encontramos únicamente datos procesados, sin poder acceder a los datos en bruto.

IV. Posibles formas de afrontar el fenómeno de los abusos sexuales a niños desde el Derecho Penal

El Derecho penal no es la (única) solución. El Derecho penal sanciona con una pena determinados comportamientos que atentan contra bienes jurídicos que se valoran como importantes para la sociedad. Una segunda violencia que se añade al delito en palabras de Ferrajoli⁸. Hay que hacer una propuesta de un Derecho penal mínimo,

⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 21.

y una refundación garantista en nuestra opinión, no solo de la jurisdicción penal comprensiva también de la ejecución penal. En síntesis: menos delitos, menos penas privativas y mejor administradas, desde el punto de vista de la humanidad y del tratamiento del delincuente interno en prisión. Siguiendo a Demetrio Crespo⁹: «(..) poniendo al ser humano y sus derechos en el centro, se establecen las vías para contrarrestar la tendencia inmanente al autoritarismo que caracteriza al Derecho Penal». Como acertadamente señala Arroyo¹⁰, el gran reto que afrontan los países es el establecimiento de un desarrollo penitenciario que no imposibilite la resocialización.

La vida en prisión de un recluso, sea del tipo que sea es eminentemente adaptativa. Es un interno forzado en un mundo extraño y alienante, en compañía de personas cuya amistad tal vez nunca habría buscado en el exterior y en el que uno se adapta para sobrevivir. La vida en prisión tiene unas normas que hay que cumplir, y los internos crean una apariencia de cumplir y aceptar su pena de prisión y arrepentirse de la comisión del ilícito delictivo. La obtención de terapia en las prisiones es muy difícil por la falta de recursos materiales y personales, y los requisitos penitenciarios y psicosociológicos para acceder a los mismos. El tratamiento es necesario, la tasa de reincidencia es mucho menor para agresores sexuales con tratamiento, que para los que no fueron tratados. Esas personas dependen del acceso a los cursos para acreditar una buena conducta con carácter proactivo para acceder a permisos penitenciarios, a un tercer grado y a una ahora escasa solicitud libertad condicional (tras la última reforma) y para quedar libres de forma completa en el caso de que se les haya impuesto la medida de libertad vigilada. Probablemente, en la mayor parte de los casos ese será el objetivo real, ya que la Junta de Tratamiento nunca les progresará en grado si no cumplen estos cursos¹¹. Estaríamos hablando de una motivación externa que decae en el mismo momento que se cumple con el objetivo, cuando lo

⁹ DEMETRIO CRESPO, E., «La Constitución y el sistema de sanciones», F. FERNANDO VELÁSQUEZ, R. VARGAS LOZANO, en *Derecho Penal y Constitución* (pp. 71-130), Bogotá, Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2014, p. 115.

¹⁰ ARROYO ZAPATERO, L. A., «Política criminal y Estado de Derecho en las Sociedades contemporáneas», *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a20411.pdf> [fecha última consulta 15 de enero de 2021], p. 13.

¹¹ Respecto a la implementación de la medida de seguridad pospenitenciaria de libertad vigilada imputables *vide* MARCO FRANCIA, M. P., «Pasado, presente y futuro de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables», en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 73, pp. 553-599, 2020 y MARCO FRANCIA, M. P., *La medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables. Su implementación práctica a través de treinta casos*, ed. Reus, 2021.

que buscamos es un cambio permanente en el individuo y que éste tome conciencia del daño causado y de la existencia de un problema.

Por tanto, sería necesario aumentar los programas de tratamiento para agresores sexuales en los centros penitenciarios, que se podría realizar ampliando la plantilla de psicólogos en prisión o a través de convenios con Colegios de Psicólogos o Universidades. La prisión no puede, ni debe ser sin más, un lugar donde tener a buen recaudo personas que, simplemente esperan pasar el tiempo. Ha de estar orientada a la reeducación y reinserción social de verdad, y si eso no es posible, habrá que estudiar maneras alternativas de castigo, u optar por castigar menos y educar más. También habría que valorar la introducción de programas de justicia restaurativa con agresores sexuales juveniles donde no existiera gran asimetría en la relación con la víctima.

Tenemos que establecer líneas político criminales claras, y no los actuales vaivenes al arbitrio de las últimas noticias de los medios de comunicación. Necesitamos estudios criminológicos rigurosos, estadísticas oficiales detalladas, adecuadas y exactas en las que, además de los datos referentes al condenado, se incluyan datos referentes a la víctima, especialmente su edad, a fin de conocer el exacto terreno en el que nos movemos. Respecto a las penas, de la misma forma que la libertad vigilada es la medida estrella en la reforma de menores, deberían implantarse menos penas privativas de libertad, y establecerse un sistema de evitación de las mismas basado en reglas de conducta en sentido positivo, al estilo de la *probation* de Reino Unido. La prisión debería reservarse para los casos imprescindibles donde la defensa de la sociedad mediante la inocuización del delincuente sea necesaria, y siempre por el tiempo imprescindible, habida cuenta de los delitos cometidos por su autor, y deberá estar orientado a su reintegración a la sociedad.

Además, y si bien no cabe duda de que (todos) los delitos y, concretamente los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores han de ser castigados, la solución a este problema ha de ser multidisciplinar, nunca limitado al Derecho penal. La víctima, una vez han sucedido los hechos, ha de ser tratada con la mayor celeridad por profesionales que le proporcionen una respuesta interdisciplinar: abogados, psicólogos, criminólogos y trabajadores sociales.

Del mismo modo, el presunto agresor goza de la presunción de inocencia y una vez condenado, en su caso, hay que recordar que el artículo 25 de la Constitución orienta las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social por lo que no podemos relegar a una mera inocuización del delincuente «de por vida» y éste debe tener de-

recho a un tratamiento que sea libremente aceptado por el recluso. No nos hacen falta más leyes ni penas más duras, sino una mayor diligencia en su aplicación y un proceso penal ágil, lo que significa que tenga medios personales y materiales adecuados, y siempre respetando todas las garantías (y no únicamente recortando plazos de instrucción sin llevar aparejado un incremento de medios). Estamos en una época de recortes: de derechos, con uno de los Códigos Penales más duros de Europa con el punitivismo exacerbado como estandarte, la baja retribución de los abogados del turno de oficio, la sobrecarga de los juzgados penales con asuntos pendientes de juicio (en ocasiones con una década de retraso) y de ejecutorias con numerosos incidentes. Todo ello afecta a los derechos de las personas que están a la espera de juicio o que ya han sido condenados a una pena de prisión, generalmente en cárceles de gran tamaño donde son poco más de un número, y el tratamiento es difícil debido al gran número de internos y al poco personal de Instituciones Penitenciarias que pueda prestar el tratamiento.

Nuestro Derecho penal es un derecho eminentemente garantista y no podemos permitir que sea de otra forma, pese a las múltiples banderas que se ondean en pro de la seguridad. Especialmente, en momentos en los que los medios de comunicación extienden el miedo al individuo peligroso. Establecer una suerte de Derecho penal preventivo sería volver a la Ley de peligrosidad y rehabilitación social o a la Ley de vagos y maleantes con sus «estados peligrosos», y con el riesgo cierto y real de poder aplicar medidas preventivas a personas que no hubieran cometido esos delitos, lo que denominamos como «falsos positivos». El hecho de privar o limitar la libertad de alguien que puede que cometa un delito en el futuro, algo que hemos visto en películas como *Minority report*, puede ser evocado desde la fantasía, pero nunca podremos saber a ciencia cierta si alguien cometerá un delito o no. Además, con gran probabilidad incurriríamos en el error de conceptuar como peligrosos a determinados colectivos que, como sabemos, no tienen por qué estar dentro de las categorías de delincuente sexual.

Cambiar no es fácil, a nivel de introspección personal todos lo sabemos. Tenemos comportamientos pequeños y nocivos que son difíciles de erradicar. Pensemos en los hábitos consolidados durante toda una vida que puede tener un agresor sexual de menores: de menosprecio por la víctima, con comportamientos sexuales desviados, sin mencionar que pueda tener una patología o trastorno mental, que aunque no le haga ser inimputable en el sentido jurídico porque no afecte a sus capacidades intelectivas y volitivas, esté presente y en relación con el delito cometido. Es muy difícil,

por no decir imposible, que una persona con esas características mejore en prisión, máxime con las penas tan graves que cumplen, en muchas ocasiones sin que se le conceda permiso alguno y, si no hay progresado al tercer grado, cumpliendo íntegramente la pena privativa de libertad, sin acceder a la libertad condicional y a lo que habrá que añadir la libertad vigilada tras el completo cumplimiento de la pena. Ese medio ambiente que le rodea, absolutamente represor y artificial, no es un contexto adecuado para un cambio positivo, y mucho menos, tras un periodo largo en prisión, con la deshumanización que conlleva. Además, en muchas ocasiones, lo que hace el interno es tener un comportamiento eminentemente adaptativo, pese a que no crea en el tratamiento, se somete y participa en el de forma acomodaticia para conseguir sus fines de mejora en su régimen penitenciario.

V. ¿Qué hacemos con el abusador sexual de menores?

La cuestión no es en absoluto sencilla de contestar, dependerá del delito cometido, de la edad, de la peligrosidad del delincuente que se deduzca del delito cometido, de su reincidencia o no y de su rehabilitación o no tras la pena impuesta entre otros factores. En base a ello, nuestra propuesta iría encaminada a dos vías diferentes:

1) En primer lugar, respecto a los agresores sexuales menores de edad y habida cuenta de que un delincuente sexual no surge de repente, aunque sí exista un primer día que cometa un ilícito: siempre hay una primera vez, es decir, habrá ido dando señales a lo largo de su vida. Por lo tanto, lo más apropiado sería realizar estudios psicosociales y criminológicos sobre menores agresores sexuales que estén sometidos a alguna de las medidas que les sean impuestas por el Juzgado de Menores y se les realice algún tipo de seguimiento (ulterior al cumplimiento de la medida de reforma que se le imponga), por parte de los servicios sociales (que pueden ser los generales o establecer unos servicios especializados que podrían funcionar de forma similar a la *probation* británica) para ver cómo van evolucionando y estar atentos a si requieren una atención especial, de índole psicosocial, económica y/o educativa. De igual forma, y al ser un tema recurrente en los agresores sexuales de menores, que alegan haber sido objeto de abusos en su infancia, habría que realizar una intervención profesional y prioritaria sobre los menores víctimas, a fin de minimizar (en lo posible) las consecuencias de las agresiones sufridas para que las víctimas no se conviertan en victimarios.

Para los agresores sexuales de menores que sean mayores de edad, es importante que se les informe de su derecho a tratamiento y que se les potencie la necesidad de seguirlo, con elementos que incentiven su adopción, trabajando más desde una perspectiva interna del individuo con actitudes proactivas al cambio personal, que desde una recompensa inmediata, a ser posible. En el caso de que no deseen ser tratados, esto debería verse reflejado en los informes de cara a otorgarles (o no) los beneficios penitenciarios de que se trate, y de reflejarlo en el informe posterior si se ha impuesto en la sentencia condenatoria la medida de seguridad de la libertad vigilada, a la hora de evaluar su efectiva imposición tras el cumplimiento de la pena, o no. Está demostrado científicamente que el tratamiento reduce los riesgos de reincidencia de estos sujetos y se han de agotar todas las posibilidades de tratamiento existentes antes de acudir a la vía que introduciremos después. Es prioritario que los programas para agresores sexuales de prisión sean accesibles a todos los internos que lo soliciten.

2) En segundo lugar, es absolutamente necesario un (re)planteamiento total de nuestro ordenamiento jurídico. Abordando la cuestión del adelgazamiento de un Código Penal que cada día acoge más y más figuras delictivas y se incumple el principio de intervención mínima del Derecho penal y su consideración como última ratio. Hacer de la multa la piedra angular del sistema para los delitos de menor gravedad, los trabajos en beneficio de la comunidad como su *alter ego*, y reservar la pena de prisión para los delitos graves, nos proporcionará recursos económicos para abordar el tratamiento de la delincuencia grave bien vía prisión o medida de seguridad. En palabras de Feijoo¹²: «la cuestión decisiva en materia político-criminal es cuándo se le puede imputar a una persona una pena por un hecho que resulta socialmente lesivo, y cuándo no queda más alternativa que castigar al responsable de dicho hecho».

Además, el abordaje político-criminal ha de optar por un derecho de la culpabilidad o un derecho de la peligrosidad, el uno o el otro, no los dos. No podemos endurecer las penas de manera tan brutal en aras de la reiteración delictiva (además del régimen penitenciario tan exigente) y después, cuando ya hemos valorado esa circunstancia para agravar la pena, le imponemos una medida de seguridad por ser peli-

¹² FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Buenos Aires: Euros editores, S.R.L, 2007, p. 850.

grosso, habiendo respondido ya a la responsabilidad de sus actos mediante el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Si continuamos con la opción de la culpabilidad, habrá que continuar con el diseño dualista de las consecuencias jurídicas del delito tradicional en nuestro Derecho y lo que deberá es valorarse, con periciales psiquiátricas, o neuropsicológicas (con los modernos métodos de neuroimagen) si los agresores sexuales peligrosos violentos o psicópatas sexuales padecen algún tipo de patología que merme su capacidad de elegir, o de resistir a sus impulsos, y entonces lo que proceda sea imponer o bien una pena (si se entiende que su imputabilidad no está afectada), una pena y una medida de seguridad si se estima su semiimputabilidad, o una medida de seguridad para los inimputables ingresando a dicha persona en un centro de rehabilitación social donde se le ofrezca el mejor tratamiento posible para su rehabilitación y adaptación a la vida social sin peligros ulteriores. Estas cuestiones deberían ser asumidas por los abogados/as de la defensa, teniendo en cuenta la posibilidad de que existan estas alteraciones y que sean acordadas por el juez de instrucción de cara a su valoración, tanto en esa etapa, como en el plenario.

Como pequeña propuesta:

A) Para delincuentes sexuales con un nivel de peligrosidad baja a quienes se les suspenda la pena, se les podría imponer como condiciones para la suspensión alguna de las medidas que componen la medida de libertad vigilada (artículo 106.1 C. P). Para los que tengan una peligrosidad media que se entiendan imputables, cabe continuar con un sistema flexible de penas y medidas de seguridad y con ello, la posibilidad de aplicar una medida de seguridad de libertad vigilada de manera posterior a la pena de prisión. En todo caso, su imposición deberá hacerse en la Sentencia condenatoria (sin fijar las medidas *a priori*), siempre sí y solo sí la pena privativa de libertad fracase en su intento de rehabilitación y reinserción social (pero potenciando los fines y medios de rehabilitación en prisión), de la misma forma en que está establecido para la libertad vigilada en su regulación actual, pero dotando a la figura de componentes reeducativos y de reinserción, con la figura de un Delegado que les acompañe, y no como está establecida en la actualidad.

B) Para casos de mayor riesgo, donde exista una peligrosidad grave, demostrada con la comisión de delitos previos, que las condenas de prisión anteriores no hayan podido aminorar, y por lo tanto, donde su

peligrosidad subsista. Nos referimos a ese 10% de agresores sexuales que la doctrina estima inmunes al tratamiento (pensemos por ejemplo en casos en los que el delincuente vuelva a cometer un delito sexual estando vigente una medida de libertad vigilada). Y que por tanto, tengan una alta peligrosidad, entendida como riesgo grave de reiteración delictiva violenta de agresiones o abusos sexuales, por padecer el delincuente condenado algún trastorno mental, que no le incapacite penalmente, pero que sí haga que el riesgo de reincidir sea alto o muy alto, por no poder (o no querer) controlar sus impulsos sexuales (trastornos de la personalidad o parafilias como la pedofilia).

Para los penados que ya hayan sido condenados a dos delitos sexuales graves, o uno muy grave y que, a pesar de haber cumplido sus penas de prisión y recibido tratamiento –y exista una patología mental subsiguiente que afecte a su capacidad de culpabilidad–, cometan un segundo o ulterior delito, sugerimos la creación de centros de terapia sexual¹³, o de unidades específicas en centros penitenciarios si se entiende que el sujeto es imputable. Igualmente, proponemos que, para la medida de internamiento en estos centros para personas con su capacidad de culpabilidad afectada no esté sujeta a límites en su parte inferior, estableciendo una duración mínima de la medida con respecto a la pena de prisión que habría correspondido al delito cometido y siguiendo estrictos controles semestrales donde se revise el tratamiento y si este no funciona, se propongan cambios.

El juicio de peligrosidad se realizará en función del juicio clínico de los profesionales (acompañado de métodos actuariales), que estén debidamente capacitados en valoración del riesgo de reiteración delictiva de acuerdo con la Recomendación CM/Rec(2014)3, y que será emitido a través de los informes que obren en su expediente y se utilizarán tanto los test de personalidad que sean necesarios, como los métodos actuariales adaptados a la población penitenciaria sexual española, formando debidamente a los peritos en el uso de estas herramientas actuariales. Tenemos que tener en cuenta que, aunque los internos condenados por agresiones sexuales contra menores (y que se podría generalizar también para otros agresores sexuales), sean observados y tratados en prisión, y aunque se sometan a tratamiento, existe poca asunción del problema y de reconocimiento de los hechos, por lo que las posibilidades de que exista riesgo de reincidencia a su salida del centro han de

¹³ CEREZO MIR, J., «El tratamiento de los delincuentes habituales en el borrador de anteproyecto de Código Penal, Parte General», en VV.AA., *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal*, pp. 249-255, Madrid, Edersa, 1993.

ser evaluadas con criterios no solo de juicio clínico, sino también estadísticos, cuya validez ha sido probada a nivel internacional.

C) Es igualmente importante que exista un seguimiento de los internos que hayan sido liberados condicionalmente o en libertad vigilada. El acompañamiento puede ser realizado a través de la utilización de la libertad vigilada reacondicionada, creando una estructura real donde la supervisión sea realizada a medida de las necesidades del sujeto, con controles periódicos y contacto inmediato con el liberado, a fin de poder detectar los problemas a medida que se vayan produciendo. También es interesante la fórmula de los *circles of support and accountability* que proporcionen al exrecluso de los apoyos sociales y estrategias de abordaje de problemas que les faciliten esos círculos. La implementación de estos *círculos* se está estudiando en estos momentos por parte de nuestras Instituciones Penitenciarias.

LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA «HUMILLACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO»: UN RECORRIDO POR SU (IN) DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL

MANUEL MAROTO CALATAYUD
Universidad Complutense de Madrid

A Luis Arroyo Zapatero, con quien tanto aprendí sobre la relación entre libertad y lenguaje, y sobre la importancia del lugar desde el que se enuncian las palabras.

I. Introducción

«*Debajo mi manto, al Rey mato*» es el primer refrán utilizado en *El Quijote*. Figura en el prólogo, apenas dos páginas después del permiso del Rey para publicar la obra. Hoy basta una búsqueda en Twitter para levantar ese velo. Algo ha contribuido a ello, en los últimos años, el tipo penal que voy a analizar en las próximas páginas.

La introducción a través de la Ley Orgánica 7/2000 del delito de enaltecimiento del terrorismo en el artículo 578 del Código Penal tuvo como principal finalidad la de crear una figura apologética no sometida a los requisitos del artículo 18 del Código Penal, esto es, a la exigencia de una incitación directa a cometer un delito. Tras la reforma, era cuestión de tiempo que quedaran de manifiesto no solo el difícil encaje constitucional de dicha formulación y su incompatibilidad con las obligaciones dimanantes de la normativa internacional en materia de terrorismo (Directiva UE 2017/541)¹. También su aplicación expansiva en supuestos que en una sociedad democrática claramente deben estar amparados

¹ GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico, «El segundo “caso Pablo Hasél”», *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, 2021, núm. 20, p. 400

por la libertad de expresión (Caso Titiriteros, persecución penal de personas que han chistes en Twitter sobre Carrero Blanco, etc.)².

El nuevo delito trajo consigo problemáticas añadidas con la introducción, en el mismo apartado (578.1 CP), de una *modalidad* de enaltecimiento consistente en la humillación a las víctimas del terrorismo o, más concretamente, en «la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares». Su ubicación conjunta y el establecimiento de un mismo marco de penas parece indicar que había de tratarse, efectivamente, de una modalidad del mismo tipo delictivo y, por tanto, sometida a mismos límites y requisitos que el enaltecimiento.

Que el legislador incluyera expresamente esa modalidad (que podía haber obviado sin que ello hubiera impedido que determinados actos de descrédito a las víctimas pudieran ser considerados como formas de enaltecer o justificar el terrorismo), desconocida en otros países de nuestro entorno³, fue terreno fértil para una interpretación y aplicación jurisprudencial separada y, en último término, expansiva: una suerte de *injurias terroristas*. La propia exposición de motivos de la LO 7/2000, citada a menudo literalmente en la jurisprudencia en una peculiar búsqueda de fuentes exegéticas, sembró ya desde el comienzo la confusión sobre la naturaleza autónoma del delito de humillación a las víctimas del terrorismo:

«La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no solo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

² Un análisis especialmente útil de la variada casuística de delitos relacionados con la libertad de expresión en el proyecto LibEx, del Grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión, en colaboración con el Grupo de Estudios de Política Criminal. Ver LibEx, «Materiales de apoyo». Disponible en <https://libex.es>

³ En el contexto de la Unión Europea solo España y Lituania tienen un tipo penal específico de humillación a las víctimas del terrorismo. Ver ARIANNA VEDASCHI, «Humiliation of Terrorism Victims: Is Human Dignity Becoming a “National Security Tool”?», en Christophe Paulussen/Martin Scheinin (eds.), *Human Dignity and Human Security in Times of Terrorism*, Springer, 2020, p. 311.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, *así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares*. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal»⁴.

Estos tres párrafos han dado lugar a una jurisprudencia errática y conflictiva que ha permitido en la última década considerar las conductas de humillación y descrédito a las víctimas como algo distinto de las de enaltecimiento y justificación, como algo cercano a los *delitos contra el honor* (injurias y calumnias) pero dotado de una *dimensión colectiva* que los hace merecedores de un tratamiento distinto.

Era también cuestión de tiempo que los límites asociados al enaltecimiento fueran relativizados en su aplicación jurisprudencial. El voto particular de Alfredo Montoya Melgar a la STC 35/2020 resume excepcionalmente bien esa posición, que afirma que en la humillación a las víctimas no es necesario satisfacer el requisito de que la conducta sea una incitación a la comisión de nuevos delitos. Esa ha sido también, durante años, la posición de determinadas asociaciones que han buscado la aplicación de este tipo por entender que era más fácil alcanzar fallos condenatorios por esa vía.

Resulta dudoso que la cuestión haya quedado suficientemente zanjada a través de la jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta que la Directiva (UE) 2017/541 era ya particularmente clara al respecto: los delitos relacionados con la difusión de mensajes o imágenes relacionados con las víctimas del terrorismo *también están sometidos a los límites establecidos en la Directiva*:

«Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no,

⁴ Apartado III de la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. Las cursivas son mías, tanto aquí como en el resto del capítulo.

entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional»⁵.

Probablemente tenga que ser la vía de la reforma legislativa la que ponga orden en un ámbito, el de los delitos del 578 CP, manifiestamente «a merced de los principios de eficacia y oportunidad, cuando no a los vaivenes de la vida política»⁶. Mientras tanto, hagamos un recorrido por lo que ha sido la vida jurisprudencial del delito en sus dos décadas de vida.

II. La construcción jurisprudencial del tipo penal

Según el art. 578.1 del Código Penal, «el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses». El art. 578 contiene dos delitos o, al menos, dos modalidades delictivas: por un lado, enaltecimiento o justificación del terrorismo; por otro, humillación de sus víctimas.

Enaltecimiento y humillación son, así, «dos conductas diferenciables, aunque con un denominador común: su referencia al terrorismo» (ver STS 224/2010 de 3 de marzo, STS 846/2015 de 30 de diciembre). Sin embargo, ni el enaltecimiento del terrorismo ni la humillación a las víctimas son delitos de terrorismo (a pesar de la competencia de la AN

⁵ Considerando núm. 10 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo.

⁶ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, «Presente y futuro del enaltecimiento y justificación del terrorismo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008, p. 793. Un abordaje de la persecución de algunos de estos delitos desde el concepto de pánico moral en PECOURT GRACIA, Juan; RESINA DE LA FUENTE, Jorge, «Transgresiones discursivas y cultura de la seguridad: los pánicos político-morales en la esfera pública española» *Papers. Revista de Sociologia*, 2020, vol. 1, núm. 1, pp. 1-26.

sobre los mismos: ver, por ejemplo SAN 20/2016 de 18 de julio). De lo contrario «tendría que ser tratada de igual modo como delito la apología de la apología, lo que conduciría directamente al absurdo» (ver ATS de 23 mayo 2002 y STC 199/1987, de 16 de diciembre).

Según el ATS de 23 mayo 2002: «La diferencia es tan clara que mientras la primera clase de acciones se ha perseguido y se persigue siempre en todas sus modalidades, *la segunda a veces es impune y con frecuencia conoce solo formas atenuadas de persecución*». El Tribunal Constitucional en STC 199/1987 de 16 de diciembre se expresó ya de forma inequívoca al respecto: «la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades».

Alejándose de esta interpretación orientada a la intervención mínima, cierta aproximación jurisprudencial, que parte de la STS 752/2012, de 3 de octubre, ha tendido a describir una especie de delito de *injurias terroristas* (ver AAN de 1 de octubre de 2015) no del todo sometido a los límites interpretativos de los delitos de terrorismo, ni a los del enaltecimiento, ni tampoco a los de las injurias, sugiriendo una ubicación sistemática llamativamente ambigua y flexible. Véase, por ejemplo, la STS 752/2012, cuando dice: «en el caso de la humillación y menosprecio a las víctimas del terrorismo, el desvalor de la acción que sanciona el art. 578 CP tampoco quedaría totalmente protegido mediante la sola figura de las injurias, siendo así que su contexto –que además justifica un mayor reproche penal– *lleva a ubicar esta intromisión entre los delitos de terrorismo*».

Esa interpretación debe ser limitada a la luz de la jurisprudencia constitucional, tanto en relación con los límites ya tempranamente establecidos en la STC 199/1987 como los últimos delineados en la STC 35/2020, de 7 de noviembre, que no distingue entre enaltecimiento y humillación en lo que se refiere a la obligación de ponderar adecuadamente los elementos para valorar la potencial intromisión en la libertad de expresión.

Igualmente, como se ha mencionado ya, pese a no ser materialmente delitos de terrorismo, tanto enaltecimiento como humillación están sometidos a los requisitos (en particular, la creación de un riesgo de comisión de atentados) de la Directiva (UE) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo.

1. Enaltecimiento y humillación. ¿Diferencias?

La jurisprudencia ha insistido (tempranamente, STS 149/2007 de 26 febrero) en distinguir entre las conductas de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas (STS 224/2010, de 3 de marzo, STS 752/2012, de 3 de octubre) en la aplicación del artículo 578 CP⁷. El precepto sancionaría dos conductas diferenciables: por un lado, «el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores; por otro, la emisión de manifestaciones o la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas». Esta segunda figura contaría con «perfiles propios, definidos y distintos de la anterior», que la acercaría a los delitos contra el honor y a los llamados delitos de odio (STS 846/2015, 30 de diciembre de 2015).

La insistencia en la distinción nace de una exégesis del 578 CP que con frecuencia reproduce literalmente la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. Como recuerda la SAN 12/2017 de 21 de marzo, dicha exposición de motivos recogía parcialmente la doctrina de STS 5125/1994 de 4 de julio «la limitación del contenido del tipo se debe llevar a cabo a través de la distinción entre la motivación ideológica y ejecución delictiva de la misma; la apología de la ideología, por lo tanto, no debe ser entendida necesariamente como una apología de la realización desviada de los fines postulados por la ideología. El delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al art. 20 CE».

La STS 656/2007, de 17 de julio (*Caso Sociedad Alcohólica*) precisó por primera vez que por humillación a las víctimas había de referirse a:

- Actos que entrañen:
 - «descrédito» (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas),
 - «menosprecio» (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén), o
 - «humillación» (herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo).

⁷ Para una aproximación doctrinal, ver MIRÓ LLINARES, Fernando, «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en Miró Llinares, Fernando (dir), *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, 2017.

- En las *víctimas de acciones terroristas* o en sus familiares;
- A través de las cuales se persiguen *conductas especialmente perversas* como es la injuria o humillación a las víctimas,
 - *Incrementando el padecimiento moral de ellas o de sus familiares* y ahondando en la herida que abrió el atentado terrorista.
 - Este tipo de acciones *levantan «perplejidad e indignación»* en la sociedad lo cual justificaría su incorporación al ámbito de lo penalmente reprochable.

La SAN 4/2010, de 2 de marzo, una de las primeras condenas por el art. 578 CP en su modalidad de humillación a las víctimas, describía así los elementos del tipo:

- «Uno externo consistente en un acto tangible, las *expresiones vejatorias*, tanto humillantes, despreciativas como en descrédito hacia las víctimas, incluyen tanto las verbales como las escritas, estas últimas incluso en el caso, identificando claramente a algunas personas de cierta notoriedad pública
 - *Un elemento de trascendencia social*, lo que nos sitúa en un medio que se preste a la difusión, lo que sucede en la red internauta, y
 - *Un elemento interno, que no requiere un dolo específico*, sino un simple conocimiento que alcance a determinar que los actos, bien de palabra o de obra, sean susceptibles de atentar a la dignidad y sosiego de las víctimas y de sus familiares»

En un sentido similar el AAN 145/2015, de 2 julio, definió el delito de humillación de las víctimas de la siguiente manera:

«Es pacífico en la doctrina y jurisprudencia que el artículo 578 del Código Penal pretende proteger a las víctimas de delitos de terrorismo y sus familiares que pudieran verse afectados por determinadas manifestaciones que impliquen un ataque a su fama, crédito, dignidad o, incluso, pudieran suponer algún tipo de vejación o humillación que atente contra su integridad moral. Si bien,

- solo persigue *conductas especialmente perversas* de quienes calumnian o humillan a las víctimas, al tiempo que incrementan el horror de sus familiares (STS 752/2012).
- se exige un *dolo específico o ánimo directo de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas*, cuya comisión no puede consistir en la ejecu-

ción de actos que, teniendo una finalidad específica distinta, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o angustia en las víctimas o sus familiares (SSTS 282 y 340/2013)

– *son solo víctimas las personas que sufren lesiones corporales o daños graves en su salud física o mental como consecuencia de cualquier delito terrorista; y en caso de muerte, a título de víctimas «indirectas» diversos familiares»* (STS 656/2007, de 17 de julio).

La SAN 13/2017, de 21 de marzo, partiendo de la STS 846/2015, de 30 de diciembre, incluye algún elemento adicional:

«El tipo requiere en la parte objetiva la ejecución de cualesquiera actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos de terrorismo o de sus familiares.

En la parte *subjetiva*, según la jurisprudencia, el exige pide que el autor tenga conocimiento del carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones que utiliza, en su consideración como unidad textual y en su mismo contexto, y voluntad de hacerlas propias y difundirlas (STS 846/2015).

En contraste con el enaltecimiento, que se configura como una especie de la apología, la humillación supone una variante de los delitos contra el honor, calumnia e injuria, que afecta a un tipo de personas victimizadas por el terrorismo y sus familiares.

La jurisprudencia ha entendido que estas conductas, que no son propiamente terroristas por su contenido y finalidad, favorecen estos delitos en cuanto suponen un apoyo o un favorecimiento a su comisión, incluso una forma de legitimación (en ese sentido la STS 656/2007).

El descrédito conlleva una disminución o pérdida de la reputación de las personas, es decir de la consideración, prestigio o estima, el menosprecio es expresivo de desprecio, desdén o poca estima y la humillación supone una herida en la dignidad o amor propio de la persona.

Los verbos elegidos (desacreditar, menospreciar y humillar) posibilitan una amplia intervención penal del estado, que debe, no obstante, condicionarse a la gravedad de los actos y a la intensidad de la lesión, para respetar el principio de lesividad.

La conducta a la que se refiere el tipo son actos del lenguaje, la expresión de mensajes que *objetivamente supongan un desprecio manifiesto hacia la víctima, en un grado tal que permita afirmar que la humilla y degrada* (STS 752/2012).

No exige el tipo la publicidad, a diferencia del enaltecimiento, porque en la medida que afecta al honor de las personas la ofensa privada puede subsumirse en el precepto.

Se consuma mediante la recepción de dicha ofensa, soportada por la ejecución de un acto o la emisión de un mensaje idóneo para humillar y degradar a la víctima.»

Como puede apreciarse, la definición jurisprudencial del delito ha sido cambiante y controvertida, especialmente en lo que se refiere a elementos tales como la intencionalidad específica de humillar, el elemento tendencial y la creación de un riesgo, o la necesidad de publicidad. Pese al vacilante recorrido jurisprudencial, el delito, como veremos, no puede sino interpretarse de forma restrictiva acuerdo a la doctrina sentada por la STC 35/2020 y dentro de los requisitos y límites que recoge la Directiva (UE) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo.

2. ¿Un tipo mixto alternativo?

Del artículo 578.1 CP dice la STS 224/2010 que «algún sector doctrinal manifiesta que se pretendía “emboscar” una criminalización discutible –el enaltecimiento/justificación– con otra que no lo es –menosprecio o humillación de las víctimas– y cuya justificación material es mucho más clara así como el merecimiento de pena, por lo que el cierre a la impunidad de estos actos en ofensa o menosprecio de las víctimas del terrorismo era una exigencia indiscutible. Más evanescente y vaporoso se presenta el tipo penal de enaltecimiento/justificación».

Pese a la declarada claridad de dicha distinción entre enaltecimiento y la humillación a las víctimas, la jurisprudencia ha abordado de manera confusa la cuestión de si estamos ante un mismo delito con distintas modalidades comisivas, o tipos penales distintos varios. En parte de ello depende que en la incriminación de la humillación a las víctimas del terrorismo se tengan por necesarias las mismas garantías y límites establecidas para las conductas de enaltecimiento del terrorismo, o que se construya un tipo penal distinto de posibilidades aplicativas expansivas.

Algunas sentencias, como la STS 149/2007, de 26 de febrero, establecen, por ejemplo, que «se trata de un tipo penal que contiene dos formas de comisión: a) La justificación por cualquier medio de los delitos de terrorismo o de quienes los ejecutaron. b) La realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas». En

ocasiones (ver voto particular a la STS 224/2010) la humillación se ha enumerado como un elemento más del tipo de enaltecimiento: «los elementos de tal delito han sido configurados por la jurisprudencia de esta Sala Casacional, como los siguientes: 1.º) La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica el terrorismo con el triple objeto que enseguida veremos. Y hemos dicho que enaltecer es tanto como engrandecer, exaltar o alabar. 2.º) Que el objeto de tal enaltecimiento lo es de cualquiera de las tres conductas siguientes: las definidas como delitos de terrorismo (en los arts. 571 a 577), o personalmente de quienes hayan participado en su ejecución, o bien la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. 3.º) Que dicha acción se realice por cualquier medio de expresión pública o difusión a terceros. 4.º) Dolo tendencial de dicha conducta».

En otro grupo de sentencias, de cual forma parte la STS 224/2010, se establece que en el 578 CP «conviven *dos figuras delictivas claramente diferenciadas*: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores y b) la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes». Las STS 299/2011, SAN 30/2012, SAN 68/2012 reiterarían a partir de ahí la «conveniencia de que las dos modalidades *sean tipificadas por separado*, teniendo en cuenta la diferente acción típica y los elementos que vertebran una y otra», refiriéndose sin embargo al tipo como un «tipo mixto alternativo» (también la SAN 68/2012). Según la STS 752/2012, por su parte, «el segundo inciso de este párrafo reputa punible *un supuesto por completo diferente*».

Otras veces (STS 820/2016, SAN 37/2016, SAN 13/2017) se subraya que «entre ambas modalidades delictivas se produce un concurso aparente de normas. No estamos ante dos delitos en relación de concurso real o ideal, sino ante una única infracción delictiva con diversas manifestaciones». Un número considerable de sentencias se refiere así a la comisión del «delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a sus víctimas», sin diferenciar ambas modalidades, o restando relevancia a la distinción. Así, la STS 623/2016 considera que las expresiones enjuiciadas «*son expresiones que preconizan la alabanza del terrorismo, pero sobre todo, lo es también la humillación de las víctimas de ETA*» (ver también SAN 14/2015). O, según la STS 820/2016: «no es relevante tampoco, por fin, la falta de una discriminación entre las expresiones que suponen humillación de las víctimas y las que son enal-

tecedoras. Todas se efectúan con publicidad. Se hace además muy fácil en último término separar unas y otras. Ninguna consecuencia jurídica trascendente se desprenderá de ahí». Según SAN 13/2017: «Parece más apropiado entender que concurre el delito en su vertiente de humillación a una víctima del terrorismo, *matiz que solo tiene relevancia en el momento de determinación de la pena*, ya que no estamos ante dos delitos que concurren real o idealmente, sino ante un solo delito con diversas manifestaciones.»

Desde esa confusión se ha desarrollado una corriente jurisprudencial por la cual la humillación a las víctimas del terrorismo constituye un tipo penal alejado del de enaltecimiento, que permitiría interpretaciones expansivas (ver, de nuevo, el voto particular de Alfredo Montoya Melgar a la STC 35/2020). Las STC 112/2016 y especialmente la STC 35/2020, así como la propia Directiva (UE) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo, sin embargo, han supuesto un freno a esa tendencia. De igual manera, tanto enaltecimiento como humillación, por ser ambas manifestaciones del llamado discurso del odio (ver STS 623/2016 de 13 de julio) estarían sometidos a los mismos límites para garantizar la legitimidad de la intervención penal.

III. La (de) construcción jurisprudencial de los límites del tipo

1. La obligación de examen previo de la afectación a la libertad de expresión

Al igual que ocurre en relación con el delito de enaltecimiento, la STC 177/2015 (también STC 35/2020) establece que:

«el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues «es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito» (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre). Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, «la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la co-

nexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible» (STC 29/2009, de 26 enero), y, por lo mismo, «constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración» (SSTC 299/2006, de 23 de octubre, y 108/2008, de 22 de septiembre). En suma, en casos como el presente, «no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido» (SSTC 137/1997, de 21 de julio, y 127/2004, de 19 de julio)».

Como desarrollo de lo anterior, en la STC 35/2020 se han precisado varios efectos de la falta de examen previo, o de una ponderación infundada:

«Esta doctrina, que es unánime desde el comienzo de la actividad del Tribunal Constitucional, deja sentado con claridad: (i) que la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables han de ser consideradas de por sí lesivas del derecho fundamental y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada; (ii) que han de quedar equiparadas la consecuencias de esa omisión a los supuestos en que la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento; y (iii) que ese examen preliminar también corresponde hacerlo al juez penal en el caso de sanciones penales como cuestión previa a la aplicación del tipo penal.»

Y es que ya anteriormente la STS 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS 585/2007, de 20 de junio, establecía que en estos delitos era necesario:

«un análisis particularmente riguroso, de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada. Lo señala la STS 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero: en esta clase de delitos es importante no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto la circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión.»

a. COMO VARIANTE DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

La temprana STS 656/2007, de 17 julio, señaló ya que el bien jurídico del delito de humillación a las víctimas del terrorismo era el honor y la dignidad de las víctimas, por el hecho de serlo. Como recoge el AJCI 2015\258759 de 9 octubre, «el bien jurídico protegido en este caso es el honor de las víctimas de delitos terroristas o de sus familiares, entendido en un sentido objetivo como notoriedad social, imagen pública, fama o reputación, y en sentido subjetivo, como conciencia y sentimiento del individuo de su valía y prestigio». Según la SAN 13/2017 de 21 marzo, «en contraste con el enaltecimiento que se configura como una especie de la apología, la humillación *supone una variante de los delitos contra el honor, calumnia e injuria*, que afecta a un tipo de personas victimizadas por el terrorismo y sus familiares»

Es importante señalar, de nuevo, que la naturaleza más privada de la modalidad de humillación no debería permitir flexibilizar la obligación de ponderación previa de la libertad de expresión. Siguiendo, por ejemplo, la doctrina marcada por la STC 39/2005, de 28 de febrero: «*La dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del “animus iniuriandi”* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, *no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias*».

Parte de la jurisprudencia ha ido, sin embargo, matizando el parentesco con los delitos contra el honor, señalando que estas conductas «exceden del estricto campo del honor» (STS 752/2012) y configuran una suerte de injurias con una doble vertiente privada y pública (ejemplo de esta peculiar amalgama en ANN de 1 de octubre de 2015). En ese sentido, según la STS 846/2015 (también STS 820/2016), «la humillación o desprecio a las víctimas, por su parte, afecta directamente, a su honor y, en definitiva, a su dignidad, (arts. 18.1 y 10 CE) perpetuando su victimización que es como actualizada o renovada a través de esa conducta». A diferencia de enaltecimiento, por tanto,

«esta segunda figura reviste una naturaleza más privada: afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas por el hecho de serlo». Sin embargo, tiene «también sin duda golpea sentimientos de solidaridad de la comunidad que en todo delito de terrorismo percibe un ataque a la convivencia pacífica construida entre todos. Supone una lesión a su dignidad humana, violada con el menosprecio que emana del

comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. Con esa configuración la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados y de que sociológica y criminológicamente la afectación tiende a trascender la esfera individual repercutiendo en sentimientos y valores colectivos lo que otorga a la infracción la morfología de delito público a diferenciación del delito de injurias con el que guarda algún parentesco (las palabras «menosprecio» o «des crédito» traen a la memoria el art. 457 CP 1973 con su clásica definición de injurias)».

Según cierta jurisprudencia, así, la humillación a las víctimas no requeriría de publicidad, tampoco de un ánimo específico de injuriar; sería, además, un delito perseguible de oficio frente en el que no cabe perdón del ofendido, y no exigiría, siquiera, de la creación de un riesgo. Esta corriente jurisprudencial, de la que son algunos exponentes por ejemplo la SAN 9/2017, la STS 4/2017 o la SAN 4/2018 quería muy limitada con la STC 35/2020, que exige la ponderación adecuada de todos esos elementos.

b. COMO DELITO PÚBLICO

La jurisprudencia ha configurado el tipo de humillación a las víctimas del terrorismo como un delito con un cierto carácter supraindividual (STS 846/2015) que «tiende a trascender la esfera individual repercutiendo en sentimientos y valores colectivos lo que otorga a la infracción la morfología de delito público a diferenciación del delito de injurias con el que guarda algún parentesco» (STS 846/2015) y es por tanto perseguible de oficio. Contra las implicaciones de esta configuración, resulta muy ilustrativo el AAN 145/2015 de 2 julio (Caso Zapata), que recoge de manera expresiva el siguiente argumento:

«Y, desde luego, lo que no puede hacerse es perseguir solo a determinadas personas y no a otras (Derecho penal del enemigo) como parece acontecer en este caso, por cuanto tanto en la querrela como en las denuncias se hace constar que el Sr. Oscar es concejal del Ayuntamiento de Madrid. De perseguir tal conducta (obsérvese la pendiente resbaladiza) habría que hacerlo respecto de todos los que han publicado «chisletes» similares en las redes sociales e Internet. Así, supuesto el caso de

que la presente causa «prosperara», tras ello la Fiscalía (no se olvide que este es un delito perseguible de oficio) habría de proceder a la búsqueda intensiva en esas redes; para a continuación abrirse (en esta Audiencia Nacional) las respectivas causas (miles) para cada uno de los autores. Siguiendo la «pendiente resbaladiza», cualquier persona o colectivo que defienda intereses de afectados por un delito de terrorismo como éstos, o bien cualquier persona o colectivo de una determinada ideología, religión o creencia, situación familiar, etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, podrá denunciar la publicación de chistes de humor negro al respecto. Obviamente, el legislador no puede querer esto, ya no solo por el principio de intervención mínima; sino por clara inconstitucionalidad con el derecho a la libertad de expresión.»

Contra esta postura, en la SAN 20/2016 (Caso Strawberry) se diría poco después que:

«En el ejercicio de estas funciones nada les impide realizar servicios de vigilancia y observación por las calles y por cualquier tipo de lugares públicos, incluidas las redes sociales públicas. Es más, estas actuaciones han resultado esenciales para descubrir delitos en los que las víctimas son las personas más vulnerables, los menores. *No es necesaria una denuncia previa para que la policía actúe contra los comportamientos delictivos que observa en un lugar público, sea real o virtual.*»

La obligación de examen previo de la libertad de expresión, en el sentido expresado por el AAN 145/2015 de 2 julio, y más tras la STC 35/2020, se ve acrecentada por la configuración de este delito como un delito público perseguible de oficio, que puede facilitar el desaliento selectivo⁸ del ejercicio de la libertad por motivos políticos de no realizarse una ponderación suficiente de todos los elementos necesarios.

⁸ Sobre el efecto desaliento, ver CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho penal*, núm. 8, 2007; CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», *Estudios de derecho judicial*, núm. 128, 2007; BAILONE, Matías, «El antiterrorismo como paradigma de desaliento de la participación ciudadana», en Díez-Picazo, Luis, Nieto Martín, Adán (coords.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, 2010; CORRECHER MIRA, Jorge, «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», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017; CORRECHER MIRA, Jorge, «Libertad de expresión: sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 39, 2019.

C. COMO MODALIDAD DE DISCURSO DEL ODIOS

La jurisprudencia constitucional se pronunció tempranamente sobre la humillación a las víctimas del holocausto como límite a la libertad de expresión en relación con el antiguo artículo art. 607.2 CP. La STC 176/1995, de 11 de diciembre, denegó el amparo por una condena por delito de injurias presentada por asociaciones de víctimas del holocausto: «La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. *Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional* (SSTC 170/1994 y 76/1995)».

Posteriormente la STC 235/2007, de 7 de noviembre, estableció los límites de la intervención penal en estos supuestos:

«la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, *nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana*», limitando el alcance de la intervención penal a “*conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio*”.

Pese a alguna referencia genérica al odio en relación con la humillación a las víctimas del 578 CP⁹, la jurisprudencia se ha referido más habitualmente al enaltecimiento cuando alude al discurso del odio como fórmula limitadora de la libertad de expresión avalada por el TEDH (ver STS 752/2012). Aun sin expresa referencia a la modalidad de humillación a las víctimas, la STC 112/2016 vendría a confirmar la «similitud estructural» entre delitos de odio y el

⁹ Ver STS 846/2015, que dice de la expresión «Miguel Ángel Blanco, mejor muerto» que son «cinco escasas palabras pero concentran unas tales dosis de odio y desprecio que ineludiblemente han de activar los mecanismos penales de tutela».

art. 578 CP¹⁰, así como la necesidad común de un común elemento tendencial:

«En conclusión, tomando en consideración la jurisprudencia de este Tribunal sobre *la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión* –que está en línea con la preocupación que a nivel internacional y regional se ha desarrollado en relación con la necesidad de sancionar penalmente las conductas de provocación a la comisión de delitos terroristas y la eventual incidencia que ello podría tener sobre el derecho a la libertad de expresión y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular–, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 –“el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución”– *supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio* por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.»

La STS 623/2016 de 13 de julio aborda expresamente la modalidad de humillación como forma de «discurso del odio»: «*no se penaliza aquí el chiste negro, se penaliza la humillación que está inserta en el discurso del odio al que tantas veces se ha referido esta Sala Casacional*». La STS 820/2016 también parece enmarcar tanto enaltecimiento como humillación entre los delitos de odio. Por su parte la SAN 37/2016, en otro supuesto de enaltecimiento/humillación, subraya que: «la reciente STC 112/2016, de 20 de junio (primer pronunciamiento del TC sobre el delito del art. 578 CP) señala cómo en ella se recuerda que «el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, (tiene) un carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio».

¹⁰ Sobre esta relación, ver también GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Odio en la red una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre ciberterrorismo y ciberodio», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, 20, 2018.

Es la STS 4/2017, de 18 enero, la que viene a desarrollar de manera extensa, y no por cierto acrítica, la vinculación directa entre la humillación a las víctimas de terrorismo con el discurso del odio:

«La interpretación de un precepto como el art. 578 del CP no está exenta de dificultades. De una parte, porque no faltan autorizados juristas que estiman que el delito de enaltecimiento del terrorismo o de desprecio y humillación a las víctimas representa la negación de los principios que han de informar el sistema penal. De otra, porque la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de la equívoca locución *–discurso del odio–* con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa. Las dificultades se multiplican cuando de lo que se trata es de determinar, como en tantas otras ocasiones, el alcance de lo intolerable.

De ahí la importancia de no convertir la libertad de expresión –y los límites que ésta tolera y ampara– en el único parámetro valorativo para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578 del CP. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal. El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como *ultima ratio*, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves. No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. 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 intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.*

Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. *El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo dis-*

curso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución –discurso del odio– cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos. El legislador ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 del mismo texto punitivo.»

En un sentido similar, con una vaga referencia a los sentimientos de odio, encontramos la STS 335/2017: «un mero repaso de los enunciados de los mensajes difundidos por el acusado evidencian que estamos ante un caso que desborda los anchos linderos de las libertades ideológica y de expresión y que la respuesta penal es legítima. Los textos, cortos en palabras pero ricos en visceralidad, crueldad y *sentimientos de odio*, hablan por sí solos. Se combinan las referencias despectivas a algunas víctimas ninguneándolas o felicitándose por su muerte o usándolas como punto de comparación de lo que debía pasar a otros (Eloísa Julia), con apelaciones a la reanudación de atentados terroristas señalando a personajes concretos».

Si la tipificación de la humillación a las víctimas resulta legítima, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, como forma de discurso de odio, de nuevo es necesario subrayar que esa legitimidad pasa por someter esta modalidad delictiva a un riguroso examen previo de que se cumplan los límites jurisprudenciales asociados a los mismos.

2. *La exigencia de dolo específico y animus injuriandi*

La jurisprudencia ha sido particularmente contradictoria en cuando a la necesidad o no de que en la humillación a las víctimas haya un específico ánimo de injuriar. Así, por, ejemplo, en la que constituyó una de las primeras condenas por modalidad de humilla-

ción a las víctimas del terrorismo (SAN 4/2010, de 2 de marzo) se podía leer lo siguiente:

«Los hechos constituyen un delito continuado de humillación a las víctimas del terrorismo y a sus familiares del artículo 578 del Código Penal en relación con el artículo 74.1 del mismo texto. Concurren los elementos del tipo penal: uno externo consistente en un acto tangible, las expresiones vejatorias, tanto humillantes, despreciativas como en descrédito hacia las víctimas, incluyen tanto las verbales como las escritas, estas últimas incluso en el caso, identificando claramente a algunas personas de cierta notoriedad pública; un elemento de trascendencia social, lo que nos sitúa en un medio que se preste a la difusión, lo que sucede en la red internauta, y un *elemento interno, que no requiere un dolo específico*, sino un simple conocimiento que alcance a determinar que los actos, bien de palabra o de obra, sean susceptibles de atentar a la dignidad y sosiego de las víctimas y de sus familiares.»

Poco después, la SAN 51/2010 de 8 octubre dictaba lo siguiente:

«Tampoco puede apreciarse que la exhibición de las fotos de sus familiares, para reivindicar su acercamiento a las cárceles próximas al domicilio familiar, constituya un acto en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de los asesinatos perpetrados por tales presos, *al no estar acreditado el dolo específico que para ello se precisa*, pues la totalidad de los acusados son parientes de alguna o algunas de las personas en tales carteles de fotografías exhibidos, y justifican su exhibición en base a la reivindicación de los derechos que como presos estiman les deben ser a tales personas reconocidos.»

La STS 299/2011 vino a confirmar que la modalidad de desacreditar, menospreciar o humillar a las víctimas «exige un dolo específico o ánimo directo, de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas y no cabe su comisión por actos que, teniendo una finalidad específica distinta, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o desasosiego en las víctimas o sus familiares». Así, la SAN 68/2012 de 21 de septiembre recogía esta línea: «en consecuencia, frente a la regla inicial de no exigencia por el tipo de un dolo específico, el TS lo exige en la segunda de las modalidades que en él se definen, lo que es razonable que así sea, para seguir de esta manera el parangón que, en relación con este mismo requisito, viene siendo exigido cuando del de-

lito de injurias se trata, en que es precisa la intención específica de injuriar o *animus injuriandi*».

La STS 752/2012 vino a desarrollar este criterio a partir de la analogía con otras formas de injurias cualificadas. En primer lugar, señala, respecto del desaparecido delito de desacato, que: «esta Sala había destacado el dolo específico del elemento subjetivo del injusto, consistente en la intención de vilipendiar, agraviar o lesionar el honor de la persona escogida, manteniendo una relación directa con el *animus injuriandi* de los delitos de injurias y calumnias, viniendo a ser «una manifestación cualificada de aquellas infracciones en la que ese elemento subjetivo del injusto se completa, a la vez, con el deseo de atacar al principio de autoridad», intención «pertenece a la más estricta intimidad del sujeto activo», por lo que «normalmente ha de deducirse, por lógicos criterios humanos, de los actos y hechos externos configuradores del propósito de ofender» (STS de 14 de febrero de 1991)».

Continúa dicha sentencia diciendo, en relación con el delito de injurias al Rey, que, siguiendo la doctrina marcada por STC 39/2005, de 28 de febrero: «la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del “*animus iniuriandi*” tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, *no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias*» lo que entraña, como hemos visto ya, (STS 752/2012, ver también STS 585/2007, STS 224/2010, STS 585/2007) «de un análisis judicial particularmente riguroso, examinándose caso a caso las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que queda materializado, la ocasión y escenario en que se desarrolla, etc. [...] en el sentido 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 que hayan sido utilizados, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión». (STS 752/2012). La sentencia recurre, sin embargo, a valorar la intención conforme un juicio de «idoneidad subjetiva» que, en el caso enjuiciado, considera que se da de forma «evidente».

El AAN 145/2015 de 2 de julio (*Caso Zapata*) archivaría actuaciones por ausencia del tipo tanto objetivo como subjetivo «el citado tweet (ni los otros) no puede suponer la comisión de delito alguno;

pues no integra ni una conducta especialmente perversa, ni se da el *dolo específico*, ni además ha humillado a la víctima, como así afirma D.^a Irene Villa». El AAN 165/2015 de 1 de octubre de 2015 revoca el archi-vo anterior alegando que *cabría el dolo eventual* y que «para ello se debe oír al imputado e investigar estos hechos». El AAN 180/2015, de 7 de octubre, rechazó que se diera dicho dolo eventual. De nuevo el AAN 36/2016, de 7 de marzo, insistió en que faltaba la «necesaria re-iteración y persistencia para sobrepasar los límites de la libertad de ex-presión», extremo que el auto ilustra con gráficos sobre el funcionamiento de Twitter. Finalmente, la SAN 35/2016, de 15 de noviembre, valoró para absolver el carácter aislado y no reiterado de los mensajes, que sugería que estaba ausente el ánimo injurioso o maltratador, y por tanto la ofensa a la dignidad. Igualmente la SAN 35/2016 limitó la irrelevancia de las explicaciones a posteriori sobre el contenido de los men-sajes (STS 820/2016) a aquellos casos en los que se da reiteración y continuidad en los mensajes.

Poco antes, la STC 177/2015, de 22 de julio, ya había venido a rei-terar la idea de que la importancia constitucional de la libertad de ex-presión «convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus injuriandi*» para fundar una condena: «el Juez penal ha de tener siempre presente su contenido constitucional para no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático».

Esta jurisprudencia parece no del todo recepcionada en sentencias posteriores, que tienden a equiparar la *insuficiencia del criterio subjetivo del animus injurandi* con una suerte de juicio de *idoneidad subjetiva* del mensaje para resultar injurioso. Así, la STS 846/2015 (también STS 820/2016 y SAN 37/2016) viene a negar la necesidad de un dolo específico, sin rechazar la necesidad de considerar el contexto:

«No es exigible una especie de *animus* singularizado de buscar espe-cífica y exclusivamente humillar a esas dos víctimas como si fuese un añadido al dolo genérico: *basta con conocer el carácter objetivamente humi-llante y vejatorio* de las expresiones consideradas aislada y contextual-mente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio. La doctrina más mo-derna y también el Código Penal de 1995 han abandonado las añejas con-strucciones sobre elementos subjetivos especiales en los delitos para-lelos de injuria y calumnia, levantadas sobre una frágil base gramatical (el término en interpretado en clave finalística). La teoría del *animus injuriandi* en los delitos de injuria y calumnia ya se abandonó. Basta un

dolo genérico. Cosa distinta es que el contexto, el momento, el tono, las circunstancias hayan de tenerse en cuenta al evaluar la idoneidad del texto para evidenciar humillación o desprecio.»

Avanza por esa línea, la de la posibilidad de un carácter *objetivamente humillante y vejatorio* del mensaje, la SAN 37/2016 de 16 de noviembre que, citando el párrafo anterior, resuelve inmediatamente después que «la *evidente* carga de odio social ínsita en los mensajes enviados públicamente a través de las redes sociales Twitter e Instagram por el acusado no puede escapar a quien, como él, tiene preservados sus niveles de comprensión y volición. La inexistencia del elemento subjetivo no puede ser atendida».

Un punto álgido en esta línea, de negación de la exigencia de un animus de injuriar, lo encontramos en la STS 4/2017 de 18 de enero (*Caso Strawberry*), luego anulada por la STC 35/2020. En esta sentencia, el ponente, Manuel Marchena, dejó ilustrativamente clara su posición sobre el debate en torno al ánimo específico:

«esta Sala no puede identificarse con una interpretación del art. 578 del CP que para su aplicación exija la valoración de un dictamen pericial sobre la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística. Entre otras razones, porque esos complementos explicativos no se incluyen en el mensaje de burla. Éste llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el dictamen pericial concluye que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. Afirmaciones como las difundidas en la red por Cesar Montaña alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano. Los hechos, por tanto, han de ser calificados como constitutivos del delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas previsto y penado en el art. 578 del CP.»

A pesar de este contundente posicionamiento del TS, que convierte en basura, en un solo párrafo, bibliotecas enteras de lingüística, análisis literario y psicoanálisis, encontramos no poco después, dictadas en el mismo día, dos sentencias de la Audiencia Nacional con criterios opuestos respecto a la necesidad o no de *animus injurandi*.

Por una parte, en SAN 15/2017 de 29 marzo se dicta: «que, así mismo, no debe confundirse este delito de enaltecimiento o justificación, que es por el que aquí se condenó, con el de realización de actos con el propósito de «desacreditar, menospreciar o humillar» a las víctimas del terrorismo, modalidad alternativa y completamente independiente aunque contemplada en el mismo precepto, que *exige un dolo específico o ánimo directo*, de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas, cuya comisión no puede consistir en la ejecución de actos que, teniendo una finalidad específica distinta, de alguna manera y de forma indirecta, puedan producir dolor o angustia en las víctimas o sus familiares, cuyo sosiego y paz merece la consideración de bien jurídico protegido específico en esta concreta figura penal distinta de la del enaltecimiento».

Mientras, en SAN 9/2017, de 29 de marzo, se establece lo siguiente: «precisamente en cuanto a la intencionalidad, establece la ya referida STS 4/2017, de 18 de enero de 2017 que el artículo 578 del Código Penal *solo exige el dolo*, esto es, 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 sus familiares. Ello ocurre cuando el mensaje de burla llega a la víctima en su integridad sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que lo suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el agente alega que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. En aquellos casos, los mensajes de burla y afrenta difundidos alimentan el discurso del odio, legitima el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obliga a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia del asesinato de un familiar cercano. Por lo que la estructura típica del delito que nos ocupa no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la humillación a las víctimas del terrorismo –siempre en el marco de referencia que ofrecen los artículos 572 a 577 del Código Penal–, *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».

Sin embargo, de nuevo en la SAN 4/2018, de 10 de julio, encontramos lo siguiente: «debemos en este punto hacer una importante distinción entre el delito de enaltecimiento y el de humillación las vícti-

mas, en el que *sí habría que constatar el ánimo concreto de ofender* a las víctimas del terrorismo por el hecho de ser precisamente sujetos pasivos de esta clase de hechos delictivos» [...] En esta clase de delitos es importante no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión. (STS 812/2011, de 21 de julio)»

En realidad, como ya ocurrió tradicionalmente en el debate dogmático sobre los delitos de injurias, tras la discusión sobre la necesidad de un ánimo específico «subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y en su caso ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación» (STS 846/2015). La STC 35/2020, impugnando la ya referida STS 4/2017, ha venido a poner fin a esta confusión, identificando la intencionalidad específica como un elemento fundamental del imprescindible juicio de ponderación:

«No corresponde a nuestra jurisdicción pronunciarnos sobre si la intención perseguida con los mensajes enjuiciados se integra como elemento en el tipo objeto de acusación. Ahora bien, desde la perspectiva de la exigencia constitucional de ponderar previamente la eventual concurrencia de una conducta susceptible de ser integrada en el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión, *aquella intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se ha hecho referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis*, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho.

[...] La resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero *desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe de-*

sarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental.

Este Tribunal no desconoce los aspectos reprobables de los tuits formulados por el recurrente que se resaltan en las resoluciones recurridas en relación con la referencia al terrorismo como forma de acción política. Sin embargo, estima que el imperativo constitucional de respeto a la libertad de expresión impide categóricamente extraer conclusiones penales de estos elementos sin ponderar también el hecho de que *los expresados tuits son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos* en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar.»

Por lo demás, son muy escasos los ejemplos de absoluciones por ausencia de dolo genérico en imputaciones por humillación a las víctimas del terrorismo. Puede verse uno en SAN 39/2016, de 20 de diciembre.

3. *La exigencia de creación de riesgo y el elemento tendencial*

Aunque normalmente referido a la modalidad de enaltecimiento, la STC 35/2020 y la propia la Directiva (UE) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo subrayan la necesidad de constatar tanto un elemento subjetivo *tendencial de provocación de atentados terroristas* como la *generación de un riesgo* en la modalidad de humillación a las víctimas del terrorismo. La jurisprudencia constitucional (STC 112/2016) ya había con anterioridad establecido requisitos similares, exigiendo la generación de «aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades».

La STS 378/2017, de 25 de mayo, definió el elemento tendencial como «la necesidad de la concurrencia del 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». La STS 95/2018 (Caso Casandra Vera) recuerda igualmente que «el TC incide de forma muy especial en que los actos que deben ser tipificados como delitos y objeto de sanción penal son aquellos que integran conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores *siempre que operen como una incitación a cometer actos terroristas violentos* que figuran tipificados en el Código

Penal, pudiendo ser considerados como una manifestación del discurso del odio que incita a la violencia». Recuerda además que la Directiva (UE) 2017/541 exige que «al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las *circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto* en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional», y absuelve por falta del elemento tendencial: «ni dio muestras con su conducta de que estaba pretendiendo incitar a la violencia abusando de un ejercicio ilícito de la libertad de expresión, ni provocaba al odio hacia grupos determinados, ni tampoco se valía de mofarse del atentado contra un expresidente de Gobierno ocurrido hace más de cuarenta años con intención de justificarlo o de incitar a nuevos atentados».

Sin embargo, otra corriente jurisprudencial ha venido a negar la necesidad de verificar el elemento tendencial y de concreción del riesgo en la modalidad de humillación, bien afirmando directamente que el tipo no lo exige en absoluto (se trataría de un delito de mera actividad), bien interpretando ese riesgo, especialmente después de que la nueva directiva sobre terrorismo lo exigiera expresamente, como mera aptitud de la conducta para genera riesgo.

La STS 646/2018 (ver también STS 72/2018 y STS 52/2018) resume la cuestión de la siguiente forma:

«desde el plano normativo y jurisprudencial, en el art. 510 Cp., enmarcado en la categoría de delito de odio, su tipicidad *no requiere la generación de un riesgo, abstracto, concreto o hipotético*, que si es preciso en los delitos de provocación o de apología del terrorismo, previstos en el art. 579 Cp, que requieren la idoneidad para incitar a la comisión de un delito terrorista. La tipicidad del art. 578 Cp., *aún requiriendo la generación de un riesgo, en esta tipicidad su exigencia tiene una menor intensidad, no es de incitación a la comisión, sino de aptitud del discurso para generar ese riesgo* “aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades”. (STC 112/2016). Señalado lo anterior, los delitos de discurso del odio, genérico y específico, precisan de los necesarios límites para no llevar a la tipicidad a meras transgresiones a la libertad de expresión.»

Siguiendo lo expuesto, la STS 646/2018 (ver también STS 291/2020 de 10 de junio) resume cuáles son los límites interpretativos en los de-

litos de odio: «*para no llevar a la tipicidad a meras transgresiones a la libertad de expresión*»:

a) 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, *exigencia que también juega respecto de las víctimas de delitos terroristas*.

b) en segundo lugar, la conducta no solo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza.

c) las expresiones realizadas deben agredir, también, a las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios, lo que permitiría excluir de la consideración aquellas opiniones sobre personas de notoriedad pública por su actuación y sometidas a cuestionamiento ciudadano.

d) Además, debe tratarse de mensajes que merezcan una calificación de graves y serios para la incitación a la comisión de actos terroristas (art. 579 Cp), o la generación del sentimiento de odio, aptitud y seriedad para conformar un sentimiento lesivo a la dignidad.

e) El ánimo que persigue el autor es el de agredir, lo que permitiría excluir las manifestaciones pretendidamente hilarantes y las que se efectúan desde la venganza puntual, desprovistas de la necesaria mesura.»

Esta posición, que relativiza la necesidad de creación de un riesgo en los delitos de humillación a las víctimas (conformándose con la mera «aptitud del discurso para generar ese riesgo», cuando no conformándolo como un delito de mera actividad), no ha obtenido respaldo en la STC 35/2020, que reitera que la manifestación del discurso del odio, cualquiera que sea la modalidad aplicada, incluidas las del artículo 578 CP, requiere que suponga «*una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades* como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar

penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores».

La incompatibilidad de la interpretación basada en la simple idoneidad con la última jurisprudencia constitucional queda de manifiesto en la insistencia en el citado voto particular a la STC 35/2020 en distinguir enaltecimiento de humillación, y en la no exigencia de creación de un riesgo en la modalidad de humillación:

«La sentencia de la que respetuosamente discrepamos realiza un amplio examen de la cuestión de los límites existentes entre el delito de enaltecimiento del terrorismo y el derecho a la libertad de expresión. Así, en el fundamento jurídico 4 b) analiza la «jurisprudencia constitucional en relación con la eventual limitación del derecho a la libertad de expresión en la aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo». En particular, con cita de la STC 112/2016, FJ 3, recuerda que la jurisprudencia constitucional ha destacado que «la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática y que esta exigencia también aparece en el contexto internacional y regional europeo, tal como se acredita con la actividad normativa desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores» [...]

Sin embargo, entendemos que *el caso que nos ocupa es, esencialmente, ajeno al delito de enaltecimiento del terrorismo en sentido estricto*. En efecto, el artículo 578.1 CP («El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses») configura un delito de los que habitualmente se definen como tipo mixto alternativo, esto es, aquellos en los que se prevén varias modalidades de conducta no necesariamente concurrentes, siendo suficiente la realización de alguna de ellas. En concreto, el citado artículo 578.1 CP contempla dos acciones delictivas diferentes: la de enaltecimiento del terrorismo y la de humilla-

ción a las víctimas. En el caso que nos ocupa, resulta inequívoco que la condena lo fue por la segunda y no por la primera [...].

Por todo ello, no cabe extrapolar a este caso, sin más, criterios desarrollados en relación con el puro enaltecimiento del terrorismo, puesto que la humillación, burla o escarnio a una víctima del terrorismo, *no conlleva conceptualmente la acción de animar directa o indirectamente a la comisión de nuevos delitos; exigencia de coincidencia que supondría un práctico vaciamiento del tipo y con ello una inasumible desprotección de tales víctimas.*»

Pese a la STC 35/2020, la cuestión parece no cerrada definitivamente. Así, la STS 291/2020 de 10 de junio de 2020 (*Caso La Insurgencia*), vuelve a resumir la evolución jurisprudencial para finalmente concluir que los elementos de juicio *«acreditan el riesgo abstracto que es exigido jurisprudencialmente»*.

a. LA AUSENCIA DE EXPLICACIONES ALTERNATIVAS

La STC 35/2020 ha venido a asentar la necesidad de considerar en relación con la dimensión institucional de la libertad de expresión elementos tales como:

- 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;
- si tales mensajes son susceptibles de ser interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas;
- 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;
- 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.

La necesidad de considerar si cabían explicaciones alternativas de los mensajes aparentemente injuriosos era algo ya recogido en la jurisprudencia constitucional: «en esta clase de delitos es importante no solo

el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión» (STS 812/2011, de 21 de julio)

Así, por ejemplo, AAN 145/2015 de 2 julio, «no otra intención puede seguirse más que hacer humor negro; ánimo, pues, muy distinto al de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas». O el AAN de 1 de octubre de 2015, «lo que concurre en este caso es un ejercicio de humor negro sin ánimo de desprestigiar o rebajar la dignidad de las víctimas, y reduce el posible impacto en el colectivo de las víctimas de terrorismo a una mera perplejidad o indignación, algo que por sí mismo, y según el Juez escapa a la conducta típica del precepto tan citado».

Igualmente, la libertad de crítica excluye la tipicidad. Así lo recoge por ejemplo la STS 820/2016 (ver también SAN 20/2016) «la STC 177/2015 continúa exponiendo que este carácter institucional determina que la jurisprudencia constitucional haya establecido que *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»; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población».*

En cuanto a otros elementos a valorar, sirva de ejemplo la STS 95/2018, de 26/2/2018, caso Cassandra, que fundamenta la ausencia del delito en 1) el transcurso del tiempo desde el atentado de Carretero Blanco, 44 años, y la oxidación o agotamiento del tema en clave de humor negro; 2) la juventud de la acusada, 18 años; y 3) la ausencia de riesgo de comisión de delitos de terrorismo, tal como exige la STC 112/2016 y ahora la nueva Directiva (UE) 2017/541.

En definitiva, la STC 35/2020 viene a revocar la pretensión, recogida en la STS 4/2017, de que todo mensaje potencialmente ofensivo para las víctimas del terrorismo que no sea emitido previamente contextualizado puede ser penalmente relevante, lo cual hacía irrelevantes lo que el TS denominaba «*explicaciones a posteriori*» (sobre la dificultad técnica, por otra parte, de desarrollar ese tipo de contextualización en

un medio como twitter, ver la SAN 12/2017, con un completo análisis del funcionamiento del medio, así como AAN 36/2016 de 7 de marzo).

b. LA PUBLICIDAD E IMPACTO DE LA DIFUSIÓN

De nuevo encontramos un contradictoria evolución jurisprudencial en cuanto al requisito de publicidad, enmendada a través de la STC 35/2020. Una corriente jurisprudencial ha negado la necesidad de publicidad en esta modalidad delictiva. Así, la STS 752/2012 recoge que:

«mientras que el delito de enaltecimiento del terrorismo exige publicidad, («... por cualquier medio de expresión pública o difusión.... «), semejante requisito no resulta exigible en el tipo de humillación a las víctimas de aquél («... o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas... «).[...] De este modo, la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados. En suma, la figura no precisa de la difusión pública, porque no tendría sentido, que, en cambio, resulta difícilmente deslindable del enaltecimiento. Y se consuma con la simple recepción efectiva de la ofensa por la víctima del terrorismo que sufre un acto humillante o despreciativo que sea a tal fin idóneo, subjetiva y objetivamente (ver también STS 846/2015, SAN 37/2016, STS 623/2016, SAN 13/2017, STS 334/2018).»

La concurrencia de publicidad en la humillación ha sido utilizada para argumentar que resulta indiferente distinguirla del enaltecimiento: así STS 820/2016 (también SAN 37/2016): «no es relevante tampoco, por fin, la falta de una discriminación entre las expresiones que suponen humillación de las víctimas y las que son enaltecedoras. Todas se efectúan con publicidad». En un sentido similar, según la SAN 13/2017, de 21 de marzo, el tipo no requiere publicidad, aunque de nuevo, parece exigirse que el sujeto pasivo «reciba la ofensa»: «no exige el tipo la publicidad, a diferencia del enaltecimiento, porque en la medida que afecta al honor de las personas la ofensa privada puede subsumirse en el precepto. Se consuma mediante la recepción de dicha ofensa, soportada por la ejecución de un acto o la emisión de un mensaje idóneo para humillar y degradar a la víctima». En la STS 623/2016, citando la doctrina de la

STS 752/2012, se establece que: «sobre la no necesidad de la publicidad en la humillación [...] *Aunque pudiéramos no compartirlo*, es lo cierto que, en nuestro caso, se ha producido sobradamente tal publicidad en la acción que se reprocha a la acusada, hoy recurrente».

Según cierta jurisprudencia, tampoco sería imprescindible la ofensa efectiva de la víctima, la recepción de su mensaje, o recabar el testimonio de la misma (STS 846/2015: «*no es exigible que la víctima llegue a tener conocimiento de la conducta*»). Contra esta postura, el AAN 145/2015, de 2 julio, considera relevante que la víctima que fue objeto de algunos de los chistes objeto de imputación (Irene Villa) manifestara la nula repercusión que tuvieron los mismos sobre su persona: «así mismo, y entendiendo que los hechos que traen causa la citación, respecto de la querrela interpuesta por la Asociación Dignidad y Justicia, por la publicación en un medio digital determinados chistes, no han afectado a mi persona, ni me han causado ninguna humillación, habiendo convivido desde el atentado terrorista con este tipo de humor negro que he entendido desde mi infancia como una expresión sátira de un grave hecho acaecido, siempre como una expresión de la gran gravedad de los hechos en los que sin quererlo me vi implicada y no como una falta de respeto o humillación hacia mi persona». Como bien recoge dicho auto, esto trasciende de la cuestión de la perseguibilidad del delito, y afecta directamente tanto al juicio de ponderación en relación con la libertad de expresión: «Pues bien, el citado tweet (ni los otros) no puede suponer la comisión de delito alguno; pues no integra ni una conducta especialmente perversa, ni se da el dolo específico, ni además ha humillado a la víctima, como así afirma D.^a Irene Villa».

Un ejemplo de esta peculiar amalgama interpretativa lo encontramos en ANN de 1 de octubre de 2015:

«No cabe duda de que el delito aquí tratado posee una naturaleza más íntima y personal, que afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas, por el hecho de serlo, pero que en último término supone un ataque a su dignidad humana, violada con el menosprecio que supone el comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. De este modo, *la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, pero también cabe un perjuicio a una pluralidad de afectados, y al colectivo en general, si bien no precisa de la difusión pública*, alcanzando su consumación con la simple recepción efectiva de la ofensa por la víctima del terrorismo que sufre un acto humillante o despreciativo que sea a tal fin idóneo, subjetiva y objetivamente.

Por ello debemos concluir que habida cuenta la naturaleza del bien jurídico protegido, la concreta actitud de alguna de las víctimas aludidas en este tipo de comentarios no obsta para que pueda proseguir una investigación criminal, *como tampoco que ante un determinado tipo de manifestaciones el concreto estado de ánimo que genera en una víctima en particular determine la continuación del procedimiento*. En su consecuencia, en este tipo delitos *la declaración de las víctimas no resulta indispensable*, aunque a veces oportuna, dado que la valoración de la conducta ha de hacerse de una manera objetiva en función de las circunstancias del caso, y analizar si alcanzan de aquella manera objetivamente adelantada la suficiente entidad como para rebajar y humillar a las víctimas en general y a sus familiares. Habrá pues que analizar cada caso en concreto.»

De nuevo, el AAN 36/2016 de 7 de marzo insistió en que *«no hay víctima a la que se pueda humillar (dada además la declaración de Irene Villa). No hay, como ha señalado la Sección Tercera de la Sala de lo Penal en otro supuesto, la necesaria reiteración y persistencia para sobrepasar los límites de la libertad de expresión. Con ello bastaría para decretar el archivo de la causa, pero es que también, analizado el contexto, se confirma que tal frase no puede constituir un delito de humillación a las víctimas del terrorismo»*, por falta de difusión. Finalmente, la SAN 35/2016 de 15 de noviembre valoró para absolver el carácter aislado y no reiterado de los mensajes para entender que está ausente el ánimo injurioso o maltratador, y por tanto la ausencia de ofensa a la dignidad. Resulta interesante que la SAN 35/2016 limita la irrelevancia de *las explicaciones a posteriori* (STS 820/2016) a aquellos casos en los que se da reiteración y continuidad en los mensajes.

Al margen de su naturaleza de requisito, la publicidad, entendida a menudo como el uso de medios sociales, se ha tomado como elemento relevante para determinar la gravedad de la conducta: así STS 846/2015: *«no puede dudarse de la publicidad que, además, en esa modalidad delictiva no se exige. Pero es que en todo caso la difusión a través de una red social (internet) la convierte en accesible a un potencialmente indiscriminado número de personas. Tampoco puede aceptarse la minimización que pretende el recurrente cifrando los seguidores de su cuenta: afortunada, explicable y ciertamente escasos, pero más que suficientes para haber de publicidad a efectos penales. En la reforma de 2015 la difusión a través de redes sociales se convierte en tipo agravado (art. 578.2 CP)»*.

También las disculpas públicas se han considerado relevantes para aplicar la atenuante, incluso muy cualificada, de reparación del daño. Ver SAN 13/2017 de 21 de marzo: «en el acto del juicio, el propio acusado leyó la carta, dando publicidad a su conducta reparatoria, publicidad que contrarresta la difusión de los mensajes humillantes. [...] El delito de humillación afecta a bienes jurídicos individuales, el honor y la dignidad de las víctimas del terrorismo y de sus familiares, aunque se ha querido identificar un cierto carácter supraindividual (STS 846/2015), *espacio que constituye el ámbito privilegiado de aplicación de la atenuante*. Su carácter muy cualificado atiende a todos esos datos: arrepentimiento, retractación y crítica de la propia acción, petición pública de disculpas y perdón, ofrecimiento de colaboración para intervenir en campañas de sensibilización sobre el mal uso de la red para emitir mensajes ofensivos hacia las víctimas, carácter ejemplar de su actitud y asunción de la responsabilidad civil». Además, recoge la misma sentencia, «no se ha acreditado que los comentarios hubieran tenido seguidores, por lo que la difusión es hipotética». También se tiene en cuenta la no petición de disculpas en SAN 25/2017, de 11 de diciembre.

La STS 378/2017 considera relevante a efectos de ponderar el elemento tendencial y el riesgo el que «en ninguna de las tres publicaciones de la página de facebook del acusado aparece la réplica de algún internauta. Lo que significa que no consta si dichos mensajes han sido leídos por otras personas, ni siquiera que tenga seguidores». Citando esta última, la SAN 4/2018 considera desvinculado del elemento tendencial y del riesgo que «el número de seguidores estaba en torno a 250 usuarios y que ninguno de los anteriores tuits recibió muestras de adhesión», por tratarse de «un delito de peligro abstracto y no concreto».

Igualmente, la STS 646/2018 considera penalmente irrelevantes los mensajes enjuiciados por ser «expresiones aisladas» cuyo «conocimiento general no resulta de la publicación, sino de la localización posterior, y su divulgación va más allá de la pretensión del emisor; su escasa difusión y el leve impacto causado, hace que, a pesar del mal gusto de las expresiones, deba quedar fuera de la tipicidad penal» [...] Las referencias a la fotografía de una víctima que pudiera reunir la catalogación de acto lesivo a la dignidad, aun tenida por lesiva no ha tenido difusión relevante y su contenido no supera el juicio de proporcionalidad de una pena privativa de libertad por un hecho aislado. El supuesto fáctico, por la escasa difusión, por la concurrencia de un ánimo distinto del puramente vejatorio, resulta desproporcionado al tratarse de un acto aislado que no merece reproche penal tan severo».

La no exigencia de publicidad resultaba también problemática desde el punto de vista no ya de la adecuada ponderación del riesgo, sino del principio de lesividad y de intervención mínima, particularmente en aquellos casos en los que los mensajes injuriosos solo han llegado a tener repercusión debido al enjuiciamiento penal de los mismos. Contra esto, SAN 20/2016 (Caso Strawberry): «en el ejercicio de estas funciones nada les impide realizar servicios de vigilancia y observación por las calles y por cualquier tipo de lugares públicos, incluidas las redes sociales públicas. Es más, estas actuaciones han resultado esenciales para descubrir delitos en los que las víctimas son las personas más vulnerables, los menores. No es necesaria una denuncia previa para que la policía actúe contra los comportamientos delictivos que observa en un lugar público, sea real o virtual». En sentido contrario, la SAN 12/2017, «la mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social, que se convirtieron en destinatarios de los mensajes. Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública». En este sentido, la STEDH Savva Terentyev C. Rusia consideró por ejemplo relevante que «el comentario del demandante permaneció en línea durante un mes antes de que éste, que descubrió los motivos de una causa penal contra él, lo retirara (...). Aunque no restringió el acceso al texto litigioso, aparentemente atrajo muy poca atención pública. De hecho, incluso varios conocidos del solicitante no tenían conocimiento de ella y, al parecer, solo el enjuiciamiento penal del solicitante por haberlo publicado *online* suscitó el interés del público por su comentario».

En definitiva, la configuración del tipo como subsumible en la «ofensa privada», sin que requiera publicidad, o siquiera conocimiento por parte de la víctima, es incompatible con la necesidad de ponderar debidamente el contexto en el que se emiten los mensajes, en particular la intencionalidad y el riesgo creado. En concreto, la STC 35/2020, menciona expresamente algunos de los criterios de la Recomendación n. 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), para valorar el riesgo y ponderar la incidencia que sobre la libertad de expresión puede tener la condena por delitos de enaltecimiento e incitación al terrorismo, entre ellos «el mayor o menor impacto de difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada». Deben tenerse en consideración, por tanto, los criterios de determinación del alcance potencial del mensaje y verosimilitud del riesgo establecidos para el delito de enaltecimiento.

C. LAS VÍCTIMAS: CONCEPTO Y RELEVANCIA

Sobre el concepto de víctima del terrorismo, la STS 656/2007 (Caso Sociedad Alcohólica) estableció ya un criterio restrictivo, distinguiendo en este sentido entre «objetivos» y «víctimas» de ETA, no comprendiéndose entre estos últimos el colectivo policial en general.

«Una cosa es que los hechos a que se refiere la norma no se limiten a la dignidad o al honor de una persona individual y puedan referirse a un colectivo o generalidad de afectados (la STC 183/95 de 11 de diciembre, recordó que el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito a las personas jurídicas) y otra muy distinta que puede extenderse el concepto de “víctima” a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que solo por su cargo ostentarían aquella condición, *por cuanto ello implicaría –como el Ministerio Fiscal argumenta en su escrito de impugnación al recurso– que todos los ciudadanos serían “víctimas” en cuanto posibles sujetos pasivos de las acciones terroristas.* El concepto de “víctimas” debe, por ello, determinarse, conforme a la legislación específica en la materia [...] De esta regulación se desprende que serían víctimas “directas” las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia de cualquier delito terrorista; y en caso de muerte, a título de víctimas “indirectas” diversos familiares (cónyuge o persona que viniera conviviendo con el fallecido de forma permanente, hijos o padres, según los casos).» En el mismo sentido el AAN 145/2015 de 2 julio: «Son solo víctimas las personas que sufren lesiones corporales o daños graves en su salud física o mental como consecuencia de cualquier delito terrorista; y en caso de muerte, a título de víctimas “indirectas” diversos familiares (STS 656/2007, de 17 de julio)».

Ese criterio restrictivo debe imponerse frente a otros expansivos, como el del AAN de 1 de octubre de 2015 cuando afirma que «*humillar a una víctima es humillar a todas, y humillar a todas en general es humillar a cada una en concreto*», u otros que parecen considerar que no son solo las víctimas sino también la «*sociedad en general la afectada*» (ver STS 646/2018).

En cualquier caso, como es lógico, la jurisprudencia a menudo ha considerado relevante el grado de concreción de los mensajes al identificar a la víctima: STS 623/2016: «no se trata de penalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla,

que no está recreada en nuestro caso con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concreto y referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos».

De acuerdo con la STS 72/2018, la humillación debe estar motivada específicamente por la condición de víctima del terrorismo de la afectada. «tampoco cabe predicar delito de humillación de la víctima de terrorismo, dado que además, con abstracción hecha del calificativo o juicio ético que tal humor negro merezca, desde la consideración típica que nos corresponde analizar, siendo la acusación estrictamente por un delito incluido en la sección dedicada al terrorismo, resulta obvio, que se alude a Enriqueta, *exclusivamente como persona con determinada incapacidad*, al margen de la causa concreta que la generó». La STS 95/2018 (Caso Cassandra) estima relevante para absolver que la burla en los chistes sobre Carrero Blanco no se «centrara en las *circunstancias personales privadas y públicas* del acusado [sic] sino en el chiste fácil y de mal gusto relacionado con la forma en que se produjo el atentado terrorista».

Aunque el carácter público del receptor de los mensajes podría ser motivo para considerar las expresiones como una forma de crítica legítima, en SAN 11/2012, también se ha utilizado como elemento que incrementa la gravedad del delito: «el Tribunal, considerando que el acto de humillación reviste cierta gravedad al dirigirse a una víctima en la que coincide además la condición de representante parlamentaria con una pública labor en defensa de las víctimas del terrorismo, entiende ponderada la pena de prisión de un año y seis meses que interesa el Ministerio Fiscal»

IV. Conclusiones

En resumen, la humillación a las víctimas del terrorismo debe considerarse sometida a los mismos requisitos que el enaltecimiento, y por lo tanto su existencia como modalidad autónoma es innecesaria y generadora de interpretaciones incompatibles con la Constitución y la Directiva UE 2017/541. Los actos de descrédito y de humillación a las víctimas serían punibles como enaltecimiento del terrorismo cuando satisfagan el requisito de suponer una incitación idónea para mover a otras personas a la comisión de nuevos delitos de terrorismo, tal y como establece el artículo 5 de la Directiva.

Entender estas conductas como punibles cuando son subsumibles en el tipo de enaltecimiento y justificación del terrorismo, y dejar el resto (*ataques a la dignidad sin provocación*) fuera del ámbito del 578 y, en su caso, en el de los delitos contra el honor, tendría un efecto añadido: evitar que determinados colectivos instrumentalicen el dolor y el nombre de las víctimas para iniciar procedimientos penales, a veces incluso contra el expreso deseo de las víctimas. No se trata de un escenario hipotético: el procedimiento penal contra Guillermo Zapata por la publicación –entre otros mensajes– de chistes sobre Irene Villa fue sostenido por la Asociación Dignidad y Justicia a pesar de que la propia afectada comunicó formalmente a la Audiencia Nacional que no había sentido ningún menoscabo de su honor o dignidad. También un familiar de Carrero Blanco se mostró públicamente en contra de considerar penalmente relevantes los chistes publicados por Cassandra Vera. Los actos graves de descrédito y humillación a las víctimas del terrorismo que no satisfagan el requisito de ser idóneos para la incitación y de creación de un riesgo de nuevos delitos podrán ser, en su caso, penalmente relevantes como delitos contra el honor. Eso permitiría reconocer el perdón del ofendido como causa de extinción de la acción penal (art. 215.3 CP), limitando la posibilidad de instrumentalizaciones y favoreciendo la participación de la víctima.

Este texto ha pretendido ser un recorrido por el peculiar periplo jurisprudencial que ha tenido este tipo penal en los últimos años. Es evidente que en este ámbito las categorías dogmáticas y su aplicación judicial ni han estado a la altura ni han servido de dique frente a la actividad de diversos empresarios morales e institucionales, interesados en poner en marcha una ofensiva, material y simbólica, contra determinadas formas de expresión, a veces a costa de instrumentalizar a las víctimas del terrorismo. Más bien por el contrario, han servido para dar cobertura legal a determinadas operaciones policiales y políticas orientadas contra personas y colectivos consideradas molestas. Menos evidentes son los motivos, actores e intereses tras esas campañas, las formas en que se han articulado, el cómo han ido minando, particularmente en la última década años, la cultura política de este país hacia formas más autoritarias. A eso le tendremos dedicar, lamentablemente, futuros esfuerzos.

LA VALIDEZ DEL DELITO DE CUELLO BLANCO

M.^ª TERESA MARTÍN LÓPEZ

Titular de Derecho Penal. Universidad de Castilla la Mancha

I. Introducción

El delito de cuello blanco es un concepto en constante evolución que adquiere notoriedad en la ciencia criminológica y en el derecho penal en función de los fenómenos económicos. Más, por el contrario, es una realidad, al parecer inmutable, que la actividad económica, que puede ser legal o ilegal, parece ser, con el tiempo, más delictiva. La industrialización trajo nuevas actividades económicas, y, con ello, una específica criminalidad económica: fraudes, manipulación de las bolsas de valores y mercado de materias primas, corrupción en la construcción de infraestructuras de comunicación/servicios (por ejemplo, vías férreas, electricidad, gas), etc. Entre los factores explicativos destaca, especialmente, el control de la riqueza por parte del Estado: políticos y funcionarios también, a veces, están implicados en comportamientos económicamente delictivos y ahí surge la vinculación entre el poder político y un nuevo poder económico individual y corporativo¹. El crecimiento económico en el siglo xx intensifica las oportunidades de realizar negocios ilegales, a nivel nacional y trasnacional, y, con ello, los delitos relacionados con la actividad económica²: mercado de valores diferentes y más globales; grandes proyectos y/o empresas públicas; nuevos ámbitos de negocios como son la salud pública (mercado de medicamentos, empresas farmacéuticas, etc.), seguridad alimentaria, protec-

¹ BERGHOF, H./SPIEKERMANN, U., «Shady business: On the history of white-collar crime», *Business History*, 60:3, 2018, pp. 289-304, DOI: 10.1080/00076791.2018.1414735. Ejemplos de finales del siglo xix y principios del xx: Italia y la Banca Romana; Francia y la construcción fraudulenta de canales; En Gran Bretaña el caso Marconi y, finalmente, en Alemania el escándalo de la empresa Krupp (p. 295).

² Son perfectamente conocidos los casos de las empresas globalmente activas como Nestlé, United Fruit, Shell y Wal-Mart, que además fueron objeto de boicots tras ser denunciadas por prácticas delictivas.

ción del medio ambiente, etc. Todo ello sin olvidar un contexto de economía globalizada, de cambio climático, modificaciones demográficas (fenómeno de la migración), una economía tecnológica (sectores de la energía, químicos, productos tecnológicos, etc.) y el uso de internet y de las redes sociales, que provoca la aparición de nuevas formas de negocios y nuevas formas de criminalidad³.

De forma coetánea, desde mediados del siglo xx, hemos de referir, y valorar, cambios sociales combativos con las prácticas delictivas, resaltando la actuación de los medios de comunicación y los movimientos de defensa civil (sirvan de ejemplos Greenpeace y la activista adolescente sueca Greta Thunberg, instigadora de una huelga escolar para pedir acciones contra el cambio climático que inició un movimiento internacional hasta el punto de ser propuesta para el Nobel de la Paz 2019), como protagonistas en la difusión –y también presión social– para poner límites éticos y jurídicos a los negocios ilegales y/o delictivos. En el siglo xxi, al menos en gran parte del mundo, el ciudadano tiene mayor conciencia de sus derechos personales y sociales (ya sea por motivos egoístas o por responsabilidad social) y participa de forma más activa en la actividad económica (pequeños accionistas, tenencia de planes de jubilación participativos, pequeños inversores, etc.), también hay mayor preocupación por mantener condiciones de vida y salud «seguras», al igual que se quiere seguridad patrimonial respecto a bancos y empresas. Todo ello produce que el ciudadano, sea de forma individual o colectiva, reivindique una actividad económica más responsable socialmente, una mejor regulación legal y el uso del derecho penal como elemento disuasorio y sancionador. Por otra parte, por fin, la sociedad es consciente de los inmensos daños generales que produce la actividad ilegal/delictiva de los poderes económico/ político. Si a ello unimos la presión de instancias supranacionales, el resultado es la obligación de los Estados de combatir de forma eficaz la criminalidad de cuello blanco.

II. Revisión de las características esenciales

Desde la criminología se fija el estudio de los delitos cometidos en el ámbito del poder de los negocios con las teorías del sociólogo y cri-

³ MARTÍNEZ LÁZARO, J. C., «Una visión estratégica para los retos económicos del siglo xxi», 15 de marzo de 2019, artículo digital disponible en <https://www.ie.edu/insights/es/articulos/una-vision-estrategica-para-los-retos-economicos-del-siglo-xxi/>

minólogo Edwin H. Sutherland, uno de los criminólogos más influyentes del siglo xx, quien creó el término criminológico White Collar Crime o «Crimen de cuello blanco» en 1939, y con ello dio luz a la existencia de delitos no cometidos por delincuentes de clase social baja⁴. A partir de entonces se produce un cambio significativo: quiebra el paradigma tradicional de que los hechos económicos cometidos por personas de alto estatus no son delitos. Este autor 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. También ofreció un análisis de los diversos factores que causaban esta situación, entre otros, la escasa y deficiente regulación penal, siendo famosas las palabras –citados por él– de Daniel Drew, un viejo timador: «La ley es como una telaraña; está hecha para las moscas y para el tipo más pequeño de insectos, pero deja escapar a los abejorros. Cuando se me interponían los tecnicismos de la ley, siempre he podido deshacerme de ellos muy fácilmente»⁵. Ciertamente, habida cuenta de que prácticamente en todo el mundo hay delincuentes de cuello blanco en prisión, estas palabras son solo relativamente verdaderas/falsas⁶.

Consideramos que en la actualidad sigue vigente el concepto criminológico del delito de cuello blanco, elaborado por Sutherland, como un delito de contenido económico cometido por personas de respetabilidad y alto estatus social en el curso de su ocupación. 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 económicas⁷. Estas tres son sus notas o características esenciales⁸. Los

⁴ Sobre la denominación de cuello blanco, Vid. HIKAL, W., «Asociación diferencial, delincuencia de cuello blanco, anomia y otros postulados de Sutherland para la comprensión de la criminalidad. propuesta de política criminal», en *Iter criminis. Revista de ciencias penales*, número 12, sexta época enero-marzo 2016, pp. 153-174. Vid. pp. 159 y 160.

⁵ SUTHERLAND, E., *El delito de cuello blanco*, Ed. Endymion, Madrid, 1999, p. 102; SUTHERLAND, E., «White-Collar Criminality», *American Sociological Review* 5, núm. 1, 1940, pp. 1-12 (pp. 8-9).

⁶ En España, respecto al año 2019, hay 19.000 presos (39,9%) que cumplen su condena por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, con un descenso de 306 internos en relación con 2018, es decir, un 0,3%. Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario estadístico 2019*, p. 333. Un 5,6% de los condenados han cometido algún delito económico, esto es, casi 2.400 presos en toda España.

⁷ 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>.

⁸ Un reciente estudio revela que los escenarios en los que los delincuentes tienen un estatus alto se calificaron más alto en una escala de «cuello blanco». El acceso ocupacional también se asoció con calificaciones más altas para los delincuentes de estatus medio y alto. Los escenarios en los que los medios y las consecuencias del delito eran económicos tenían más probabilidades

escándalos financieros/económicos/políticos han provocado que en el siglo XXI resurja el interés por este concepto, en criminología y para el derecho penal⁹.

El objeto de las próximas páginas será revisar las notas esenciales de este concepto. Por otra parte, se hace la advertencia de que no necesariamente un hecho debe presentar todas las características que la mayoría de los estudios señalan, o que no siempre están presentes de forma conjunta y, especialmente, no siempre con la misma intensidad, pero ello no impide que sea calificado como un crimen de cuello blanco, si concurren estas tres notas¹⁰.

1. *El estatus social del autor*

Se trata de persona de respetabilidad y alto estatus social que comete el hecho en el curso de su ocupación. Siguiendo la definición original, los autores de delitos de cuello blanco pertenecen a la élite de la sociedad pues este delito requiere de la «oportunidad» para cometer dichas acciones y ésta no es de común acceso.

En el siglo XXI es preciso matizar esta característica, habida cuenta de que ya no existe una clasificación social tan cerrada: factores como el mayor acceso a la educación universitaria, la globalización económica, la economía vinculada a internet, etc., han originado una nueva clase social media muy próxima en oportunidades/ocupación al tradicional «delincuente de cuello blanco». Los sociólogos expertos en estratificación social tratan de elaborar un concepto de clase social actual. Siguiendo a Requena *et aliter*¹¹ debemos tener en cuenta que la estratificación social, al igual que el concepto de clase, desde la perspectiva sociológica es multidimensional: las desigualdades (renta, riqueza, prestigio, educación, salud, felicidad, etc.) que se observan en las complejas sociedades desarrolladas no pueden reducirse a una única dimensión, por el contrario, entre estos elementos señalados se produ-

de ser considerados delitos de cuello blanco. GALVIN, M./LOGAN, M./SNOOK, D., «Assessing the validity of white-collar crime definitions using experimental survey data», *Journal of Experimental Criminology*, 31 de enero de 2021. <https://doi.org/10.1007/s11292-020-09455-6>.

⁹ 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. 309-324 (pp. 317 ss.).

¹⁰ BERGHOFF, H. & SPIEKERMANN, U., «Shady business...», *ob. cit.*, pp. 290-291.

¹¹ REQUENA, M./RADL, J./SALAZAR, L., «Estratificación y clases sociales». Capítulo V del *Informe España 2011*, Ed. Fundación Encuentro, 2011, pp. 306 y siguientes (disponible en https://www.jonasradl.eu/wp-content/uploads/11_cap5.pdf).

cen inconsistencias; y, siguiendo a Requena, precisamos que «mientras los economistas suelen trabajar con un concepto de la desigualdad que se preocupa de los atributos (en particular, de la renta, de la riqueza y, a veces, de la educación) que en mayor o menor cantidad poseen los individuos, los sociólogos abordan la desigualdad interesándose por el tipo de relaciones sociales en las que unos individuos obtienen ventajas sobre otros. Desde un punto de vista sociológico, en las sociedades actuales, las clases se definen fundamentalmente por las relaciones sociales en el mercado de trabajo», es decir con referencia a la «ocupación», en la terminología clásica de Sutherland.

El estudio de estratificación citado, referente en sociología de estratificación, se centra en las clases sociales como categorías surgidas de las relaciones de empleo y considera que «las clases han de entenderse como conjuntos de posiciones en la estructura ocupacional o, más simplemente, como agrupaciones de ocupaciones». Señalan estos autores¹² que hay una agrupación en 4 categorías («nueva/vieja clase media» y «nueva/vieja clase obrera»), y dentro de la categoría de nueva clase media, se incardinan las cuatro siguientes clases sociales: I. Directivos y profesionales de nivel alto; II. Directivos y profesionales de nivel bajo; III. Empleados de cuello blanco de nivel alto; IV. Supervisores y técnicos de rango inferior.

Conforme al estudio que hacen estos autores en datos referidos a España en 2010 las llamadas «nuevas clases medias» (profesionales y técnicos de las clases I, II, III y IV, ya expuestas y respectivamente por ese orden) suponen: 1,8 millones de directivos y profesionales de nivel alto (clase 1), 2,6 millones de directivos y profesionales de nivel bajo (clase 2) y 2,5 millones de trabajadores en ocupaciones de cuello blanco de nivel alto (clase 3). Constituyen el grueso de las nuevas clases medias (profesionales y técnicos) y, en conjunto, representan un 37,3 % de la población ocupada en España en esa fecha.

Por consiguiente, en el contexto de la estratificación social en países desarrollados en el siglo XXI se debe incluir en la categoría de autor de delito de cuello blanco a personas de clase social media que tiene alta formación y/o que ostentan cargos altos/intermedios en empresas o en la Administración. Caracteriza a estos sujetos una buena formación y que generalmente carecen de antecedentes penales previos, y que comparten zonas de poder con la clase alta: «las formas organiza-

¹² REQUENA, M./RADL, J./SALAZAR, L., «Estratificación y clases sociales», ob. cit., p. 322. Se toma como referencia *Las 10 clases sociales* basadas en la *Clasificación Socioeconómica Europea* (ESeC, por sus siglas en inglés).

les, culturales e ideológicas asociadas al *management* corporativo contemporáneo favorecen la interiorización de nuevas formas de sujeción. De la misma manera la transformación de las modalidades de remuneración de los directivos y ejecutivos –indexación de parte de sus ingresos al valor bursátil de las empresas– consolidó una alianza entre las clases capitalistas accionistas y las capas superiores o aristocracia de cuello blanco; una mancomunidad que, para algunos, nuclea los bloques de poder contemporáneos»¹³.

Así pues, pensemos como ejemplos en 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, y personal equivalente en la administración pública, etc. En definitiva, si bien inicialmente se tenía la imagen decimonónica de un hombre culto, rico y elegante, actuando por sí o en el seno de grandes conglomerados económicos como el autor de estos delitos¹⁴, sea cual sea el debate en la ciencia criminológica de cuan elevada tiene que ser la posición social de la persona para considerarlo como delincuente de cuello blanco, la realidad nos obliga a abandonar esta imagen «de caduca nobleza» que ya no se corresponde exactamente con la sociedad actual. Ciertamente, autores de delitos de cuello blanco ya no son tan cultos, ricos y elegantes, aunque pertenezcan a los estratos medios-altos de la sociedad.

Por otra parte, desde la óptica jurídico-penal es evidente que no puede la ley restringir o delimitar la responsabilidad penal en función de las características sociales del autor: en derecho penal se procede a regular las conductas lesivas socialmente a través de delitos específicos, con independencia de la posición social de los perpetradores.

2. *Los delitos de cuello blanco están relacionados con la actividad u ocupación del autor*

Evidentemente el delito de cuello blanco –en cuanto categoría criminológica– no se relaciona con cualquier ocupación del sujeto, puesto

¹³ PIERRE, M., «Las antinomias de la conciencia de clase de cuello blanco», en *Memoria Revista de crítica militante*, México, núm. 260, año 2016 Vol. 4, pp. 11-14 (p. 12). disponible en: <https://revistamemoria.mx/?p=1314>.

¹⁴ VIRGOLINI, J., *La razón ausente. Ensayo sobre Criminología y crítica política*, Argentina, Ediciones del Puerto, 2005. pp. 161 y 162.

que el marco criminológico está determinado por la actividad de una persona de alto o medio-alto estatus (y, como veremos seguidamente, con un contenido económico). Ello supone excluir de este concepto actividades ya en desuso como el duelo y también aquellas acciones delictivas realizadas por dichos sujetos que, aún habiendo sido cometidas en el ámbito de su ocupación profesional, no tengan relación con su actividad económica (homicidio, abuso sexual, etc.). Por otra parte, la concurrencia de esta característica también supone excluir como delito de cuello blanco la actividad delictiva por sí misma, por ejemplo, tráfico de drogas, personas o armas, en cuanto *per se* son actividades ilegales. Si es posible considerar como delito de cuello blanco el «aflo-ramiento» o blanqueo de los dineros procedentes de las actividades delictivas en cuanto, a priori, se realizan en el marco aparente de una actividad económica legal. Tampoco se consideran incluidos dentro de este concepto actividades ocupacionales relativas a actividades de pequeña o escasa dimensión económica (por ejemplo, el fraude a consumidores de un pequeño establecimiento). El *modus operandi* exigido para cometer un delito de cuello blanco es mucho más refinado y técnico, y, por tanto, no es una conducta al alcance de todo el mundo (al contrario de lo que sucede con la llamada delincuente tradicional o la delincuencia patrimonial). La relación ocupación-delito está en la base del nombre de este concepto «cuello blanco», que actualmente se mantiene como categoría laboral, como clase laboral intermedia¹⁵.

En nuestra opinión, es una característica definitoria de la categoría criminológica delincuencia de cuello blanco la ocupación o actividad laboral del autor del delito, que es necesaria para que el «hecho sea factible», es decir, que esa conducta delictiva solo puede ser realizada por un autor que cuenta con la «oportunidad» para realizarlo: no todo el mundo puede realizar un delito fiscal, abuso de información privilegiada, acuerdo de precios, etc. Es evidente que en función del nivel en la escala ocupacional se pueden establecer distintos niveles de delincuentes de cuello blanco¹⁶: *Top (high) level White collar criminal*: quienes ostentan el poder en una organización criminal, dan las órdenes y to-

¹⁵ WRIGHT MILLS, C., *White Collar: The American Middle Classes*, Oxford University Press, 2002. Como tal clase laboral, también puede tener consideraciones políticas: «Las implicaciones políticas de la extensión de los cuellos blancos, una mutación sociológica que va aparejada a las metamorfosis del capitalismo, suscitaban dramáticas discusiones en los partidos de izquierda desde finales del siglo XIX». PIERRE, M.: «Las antinomias de la conciencia de clase de cuello blanco», ob. cit., p. 11.

¹⁶ CÁMARA ARROYO, S., «El perfil del delincuente de cuello blanco». *Derecho y Cambio Social*, núm. 59, 2020, pp. 446-500. Cita este autor a Danilo Lugo y Gottschalk (pp. 477-479).

man las decisiones importantes. También tienen la mayor parte de la responsabilidad legal y penal por los comportamientos desviados en el seno de una empresa. Este delincuente es persona respetable y de nivel socioeconómico elevado, y con ello ejerce mayor influencia para evitar que el delito se descubra o que sea denunciado; *Medium level executive criminal*: determinado este nivel por tener una influencia media en el mundo financiero, normalmente compuesto por abogados, brókeres de bolsa, economistas, jefes de contabilidad y gerentes de compras y, por último, *Low level criminal*, que supone el último grado de delincuente de cuello blanco, en el que se encuentran contables, personal administrativo y pequeños propietarios de negocios.

Dado que son muy diversas las posibilidades de ocupación vinculadas a la actividad económica, podríamos señalar que la ocupación del autor del delito puede ser: la estricta actividad económica productiva o constructiva (fabricación y venta de productos y servicios, etc.); la actividad profesional (médicos, abogados, asesores, intermediarios financieros, deportistas de élite, youtubero e influencer, etc.) y, finalmente, también una actividad institucional vinculada a la actividad económica (altos cargos de la Administración y el gobierno, organismos de contratación pública, organismos reguladores de la actividad económica, etc.). Así pues, delitos de cuello blanco son cometidos por personas de una posición social elevada o media-alta en el desempeño de actividades empresariales, profesionales o políticas.

A partir de este elemento la criminología desarrolla varias subcategorías delictivas (delitos ocupaciones, delitos profesionales, etc.). El aspecto que resulta más interesante, actualmente, es el contexto de la actividad profesional/ocupación de carácter público. El término «actividades políticas» está referido a una actuación de carácter político/público: la corrupción en los altos cargos de la administración y de la política en un Estado o a nivel supranacional. Desde la criminología es factible calificar, si concurren sus notas características, estos actos como delitos de cuello blanco. En este sentido se pronuncia Acale Sánchez¹⁷ «si bien es fácil considerar que el enriquecimiento ilegal de un funcionario público en el ejercicio de su cargo es corrupción pública y que el enriquecimiento ilegal de un empresario en su empresa es un acto de corrupción privada, nada impide que se encuentren ambos fenómenos corruptos desde el momento en el que el político quiere el dinero del

¹⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., «Las relaciones entre la delincuencia de cuello blanco y los delitos contra la administración pública en el banco de prueba de la corrupción», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm.53/2019, BIB 2019\846, *vid.* p. 7.

empresario y el empresario quiere el poder del político, poniendo con ello de manifiesto la *vis atractiva* cruzada que tiene el poder para quienes cuentan con el dinero y el dinero para quienes cuentan con el poder. Es más, el uno sin el otro no puede sobrevivir porque puede decirse que se proporcionan mutuamente el aire que necesitan para respirar. Se trata pues de fenómenos criminales que a la vez que se requieren mutuamente, generan sus efectos con independencia del otro». El poder económico que tiene el sector público no es desdeñable, tanto de forma directa como indirecta, con fondos públicos estatales o europeos y, en países en desarrollo, fondos internacionales. Señala esta autora en relación con la actividad urbanística que «respecto al grupo de sujetos que desarrollan profesionalmente actividades relacionadas con el mundo de la construcción, los delitos relativos a la ordenación del territorio son incluíbles dentro de la criminalidad de cuello blanco. Y es en este ámbito de la corrupción en el que se produce la confluencia de esta clase de delincuencia con la delincuencia funcional»¹⁸. Por supuesto no todo delito funcional puede integrarse en la categoría del delito de cuello blanco, puesto que han de darse todas o la mayoría de las notas que lo caracterizan. Finalmente, es preciso dejar constancia de que la delincuencia de cuello blanco en la actividad funcional/política genera un efecto especialmente perverso: lesiona el Estado de Derecho y la democracia.

3. *Los delitos de cuello blanco son netamente delitos de contenido o naturaleza económica*

Son actos delictivos en los que la principal motivación de los delinquentes es la ganancia económica directa o indirecta, propia pero incluso ajena, pues ello también puede suponer una ventaja con valor económico en un futuro. Individuos, grupos de personas o corporaciones actúan de manera ilegal para asegurarse rendimientos financieros que no pueden ser obtenidos por medios legales. De forma clásica se ha afirmado que la motivación del delincuente de cuello blanco es la avaricia, el afán de riqueza: el beneficio que no puede obtenerse por modos legales y que, de forma real o simbólica, necesita. Ciertamente caben otras motivaciones personales (el desafío, la necesidad de alcanzar me-

¹⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., «Las relaciones entre la delincuencia de cuello blanco...», ob. cit., p. 11.

tas más altas, el afán de poder, la demostración de una valía profesional, etc.). Desde la teoría de la anomia de Merton se llegaba a la misma fundamentación: «su motivación es la avaricia», pues el delito es consecuencia del anhelo de éxito financiero como testimonio de valía personal. Según Merton, en los estratos altos de la sociedad existe una «anomia de éxito», que «surge cuando cada éxito temporal, así como las expectativas aumentadas que los asociados exponen [a las personas con éxito], fomentan unas aspiraciones cada vez más elevadas»¹⁹. La cuestión es que los deseos de esta naturaleza son ilimitados y pueden ser insaciables, y que además en el contexto de una empresa u organización también hay que valorar otros factores que rigen la conducta personal, un marco institucional que puede ser decisivo para actuar criminalmente.

La delincuencia de cuello blanco puede ser una delincuencia económica individual, si bien –y muy a menudo– es sistémica, es decir, parte de un entorno, de una forma de hacer. Este entorno puede tener diferentes «tamaños»: por ejemplo, puede ser en el ámbito de una empresa, en la cual los mecanismos de control sean débiles, intencional o involuntariamente. En estos casos la responsabilidad individual puede ser difícil de determinar y los acusados negarán la responsabilidad señalando a sus superiores que los hicieron cometer delitos o, al contrario, a sus inferiores que se dedicaban a negocios turbios sin su conocimiento o autorización. Puede ser en el ámbito de un sector económico también.

Ciertamente, la existencia de un «entorno» favorable al delito es un factor de predisposición que ya tuvo en cuenta Sutherland con su teoría de la asociación diferencial: «Su teoría señala que los sujetos han llegado a aprender a ser criminales por una serie de técnicas transmitidas culturalmente, principalmente por el empoderamiento que adquiere el crimen en determinados grupos, donde se consolida dicha actividad y se refuerza para continuar haciéndola»²⁰.

Que el delito económico pueda ser cometido por las entidades o empresas no es una idea nueva, pues ya estaba indirectamente reflejada en la creación de Sutherland. A partir de la década de los 60 algunos autores sostienen que el concepto de delito de cuello blanco se divide

¹⁹ GEIS, G., «El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico...», ob. cit., p. 319.

²⁰ HIKAL, W., Asociación diferencial, delincuencia de cuello blanco..., ob. cit., p. 155. Realiza esta obra un estudio de diferentes teorías explicativas de la criminalidad de cuello blanco.

en dos categorías: delito ocupacional/profesional y delito corporativo²¹ que es aquel cometido por los integrantes de una empresa en interés de ésta (perjudicando a clientes, trabajadores, la sociedad, etc.) y también por la propia corporación contra otras empresas. Desde un punto de vista legislativo y judicial se pueden considerar dos tipologías diferentes, pero desde un punto de vista criminológico no hay duda de que ambas categorías están muy relacionadas y quedan integradas en la categoría de delito de cuello blanco.

El delito corporativo tiene lugar por acciones cometidas en el interior de la empresa (regidas por normas de procedimiento, relaciones de poder, estructuras subdivididas, etc.). Cuanto mayor es esta estructura y las relaciones económicas con otros agentes, más se relaciona el delito con el ámbito de actuación económica de la empresa (en su interés o beneficio). Ello no obsta, por supuesto, a que el delito obedezca a un acto interesado de una persona física concreta. Pero, incluso en estos casos, debemos sopesar que las estructuras empresariales perduran más allá de la vida de sus miembros. El delito surge cuando concurre la motivación criminal de un individuo en concreto²² con el ámbito situacional de la empresa (parámetros económicos, políticos, tecnológicos, etc. en la vida de una organización), de modo que en algún punto es la estructura propia de la empresa la que debe «tomar el control», la que debe actuar y evitar la comisión del delito. Trasladando el concepto criminológico de delito corporativo a la esfera penal, en los arts. 31 bis y siguientes del Código penal se establece que el delito debe ser cometido en provecho o beneficio de una persona jurídica y que, bajo ciertas condiciones de ineficaz control «situacional» por la persona jurídica, se prevé su responsabilidad penal de forma independiente a la responsabilidad penal individual.

Así pues, con independencia de una autoría individual o situacional por parte de la persona jurídica, 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

²¹ ALALEHTO, T., «The logic of agency or the logic of structure in the concept of white-collar crime: a review», *Crime Law and Social Change*, núm. 69, 2018, pp 385-399, <https://doi.org/10.1007/s10611-017-9744-9>

²² En este enfoque sería interesante conocer qué eventos o circunstancias actúan como «puntos de inflexión» en una persona adulta que le lleva a cometer un delito de cuello blanco: ENGBAHL, O., «White-collar crime and first-time adult-onset offending: Explorations in the concept of negative life events as turning points», *International Journal of Law, Crime and Justice*, núm. 43, 2015, pp. 1-16. Curiosamente en los casos estudiados el delito cometido lo fue no por afán económico, de mejora de estatus o ambición sino, por el contrario para ocultar sus errores y déficit a su entorno y no caer en la jerarquía de estatus profesional y social que disfrutaban.

en propio interés o en beneficio de un tercero, ya sea presente o futuro, directo o indirecto. Esta característica ha sido el elemento más significativo de esta categoría criminológica para el derecho penal, de donde ha derivado la subcategoría de delito económico, delincuencia o criminalidad económicas. 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 Sutherland²³. Siendo su naturaleza económica, hay múltiples aspectos de la vida económica que pueden ser o no definidos como infracciones administrativas o mercantiles, por ejemplo, pero también como delito económico. Esto es un trabajo de política criminal, como destaca Arroyo Zapatero al elaborar un «cuadro de delitos económicos» en España que «se ha venido construyendo legislativamente de modo fragmentario y asistemático desde que en 1977 comencare la reforma penal de la Democracia española» y que ha ido desarrollándose por cuanto, como señala este autor, el derecho penal debe «proteger al individuo en sus posiciones concretas en el orden socioeconómico» y, a su vez, «ha de proteger la esencia del sistema económico»²⁴. El catálogo de delitos económicos o socioeconómicos es una cuestión, pues, a determinar por las ciencias del derecho penal, de acuerdo con su merecimiento y necesidad en un tiempo dado.

III. El delincuente de cuello blanco y las teorías de la criminalidad

Es común considerar en la literatura científica que el delito, y por extensión el delincuente de cuello blanco, generalmente es no violen-

²³ 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, núm. 1, 1983, pp. 59/68 (p. 60).

²⁴ ARROYO ZAPATERO, L., «Actualidad político criminal del derecho penal económico en España», *Estudios de Derecho penal económico*, ob. cit. pp. 15-23. Quien señala (p. 19) que los diversos delitos que se incluirían –no todos lo estaban en esa fecha– en esta categoría de delitos se agruparían en torno a los siguientes bienes jurídicos: a) protección de los intereses fundamentales de la persona en el orden socio-económico (que incluiría protección de los derechos laborales, derechos de los consumidores y protección de medio ambiente) y b) protección de los elementos esenciales del orden económico constitucional (fraude fiscal y a la seguridad social; garantía de los bienes y derechos específicos de la participación de los agentes en la vida económica; garantía de las reglas de comportamiento económico en el mercado; garantías de legalidad material en el funcionamiento de sociedad mercantiles en tutela de los socios y de terceros, delito societario).

to, entendido en el sentido de ausencia de violencia física directa, al menos como método de actuación estándar. Este aspecto de sus actos le diferencia de una delincuencia por motivaciones económicas que incluya métodos violentos. La realización de un delito de cuello blanco exige de conocimientos teóricos, técnicos, incluso científicos o tecnológicos, entre otros, por lo que su acción no es un acto de violencia, sino una imbricación de actos difusos, por acción u omisión, con comportamientos abstractos o sutiles. Así, por ejemplo: inflar facturas, ocultar pagos, desviar recursos, ingeniería contable, prácticas empresariales abusivas, etc. Claramente la imagen del delincuente de cuello blanco no es la del mafioso con la metralleta, sin embargo ello no obsta para que pueda llegar a actuar de una forma agresiva: el criminal de cuello blanco «es desalmado, planifica sus crímenes en una mesa ejecutiva, en una junta directiva, tiene la capacidad, la inteligencia y la frialdad para desarrollar múltiples estrategias y conseguir sus objetivos al precio que sea, y no duda ni un instante en usar su poder e influencia, para eliminar a sus enemigos». Ciertamente, se abstrae del daño que causa a personas, colectivos diversos y a la sociedad en su conjunto. Pero, incluso «usa la intimidación, el chantaje, la extorsión y el soborno, para lograr sus fines. Este tipo de criminal es un individuo que maneja los hilos del poder, compra votos para favorecer partidos, compra políticos para cambiar leyes, soborna funcionarios para obtener contratos»²⁵. Incluso sin llegar a este nivel, no se puede negar su peligrosidad respecto a generar peligros y daños a bienes jurídicos protegidos penalmente y a influir en otras personas para realizar estas conductas.

El delito de cuello blanco nace en el contexto de una actividad económica más o menos formalizada o reglada: nace en el contexto de transacciones comerciales legales y el delito no es el fin social de la entidad o empresa (no nace esta entidad para cometer delitos económicos, sino que se realiza una actividad económica real esencialmente legal, aunque sea mínima). Se diferencia pues de los delitos cometidos por organizaciones criminales que operan en mercados ilegales. Los delincuentes de cuello blanco realizan negocios perfectamente sólidos y legítimos, lo cual no quiere decir que no cometan delitos en su esfera

²⁵ MERCADO MALDONADO, A., «Excesos y criminalidad en la élite de poder», *Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad*, vol. 7 (núm. 1), Colombia, 2012, pp. 149-172. Concretamente ver p. 152 y citando literalmente como fuente: DANILO, L. (3/V1/2005), Auditoría Criminal. En <http://www.interamericanusa.com//>, p. 5; por otra parte, un estudio de casos en América latina puede verse en Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Corrupción y derechos económicos y sociales*, 2020.

de negocio o actividad económica. Ahora bien, es perfectamente posible la existencia de una «delincuencia de cuello blanco organizada» formada por un entramado de individuos y /o entidades que cooperan o colaboran en la realización de delitos económicos, por lo que entraría en juego la figura de la asociación ilícita y la organización criminal. Por otra parte, puesto que existe una actividad económica legal (de producción o servicios, profesional o en el marco de una actividad pública/política), está naturalmente presente el llamado «principio de confianza»: que se actúa conforme a la normativa y los códigos éticos que rigen tal actividad en concreto. En este sentido, es una idea clásica con relación a los delitos de cuello blanco que conllevan un abuso de la buena fe de las diversas partes interesadas (sean los clientes, accionistas, autoridades o hasta el público en general). Por lo tanto, el crimen de cuello blanco a menudo conlleva una violación de la confianza y el delincuente de cuello blanco «abusa de la confianza» en él depositada. El delito de cuello blanco es un delito de contenido económico cometido por personas privilegiadas en un contexto profesional en el que los delincuentes tienen acceso legítimo a los recursos sobre la base de la confianza.

El concepto de delito de cuello blanco supuso un cambio de paradigma en la criminología. Los investigadores criminológicos han desarrollado una serie de explicaciones o teorías para la delincuencia cometida por la élite de la sociedad. Sutherland²⁶, como es sabido, elaboró la teoría de la asociación diferencial, según la cual el delito se aprende de los demás, de tal manera que los delincuentes se asocian con otros delincuentes y, simultáneamente, se apartan de aquellos que son críticos con dicho comportamiento. Si tenemos que clasificar esta teoría la consideramos como una teoría explicativa conductual. Como refiere Zaffaroni²⁷, la idea central de Sutherland era que el delito es una conducta aprendida y que se reproduce –como cualquier enseñanza– por efecto de contactos con definiciones favorables y del aprendizaje de los métodos y que así pretendía explicar la criminalidad de forma más amplia que la Escuela de Chicago, porque los de Chicago no explicaban más que los delitos de los pobres, en tanto que Sutherland dejó en claro que la criminalidad atraviesa toda la escala social y que hay tanto deli-

²⁶ Sutherland introdujo esta tesis en su obra *Criminology* en 1939, con su principio de la asociación diferencial: una persona se vuelve delincuente por efecto de un exceso de definiciones favorables a la violación de la ley, que predominan sobre las definiciones desfavorables a esa violación.

²⁷ ZAFFARONI, R., *Criminología*, Colombia, Temis, 2003, p. 138.

tos de pobres como de ricos y poderosos. Muchas son las teorías criminológicas que la han criticado y que, a su vez, han elaborado diferentes argumentaciones explicativas del delito de cuello blanco²⁸.

Las teorías explicativas también dependen de la dimensión de la criminalidad y, con relación al delito de cuello blanco, es preciso distinguir tres niveles²⁹: el macro nivel, se centra en patrones de comportamiento a gran escala entre países; el siguiente nivel, intermedio, se centra en los patrones de comportamiento a nivel de grupo de personas, como organizaciones, profesiones o industrias, o, como en la última crisis, entidades bancarias³⁰; Por último, el micro nivel se centra en patrones de comportamiento a nivel –dentro o entre– personas. En la actualidad, debe ser objeto de especial atención –legal, doctrinal y judicialmente– los aspectos supranacionales de la delincuencia de cuello blanco³¹. Su configuración y la problemática en la persecución de estos delitos es más compleja debido, entre otros factores, a la intervención de empresas transnacionales³².

En cualquier nivel, el delito puede ser explicado desde la teoría de la conveniencia (Theory of convenience) desarrollada por Gottschalk³³: el delincuente de cuello blanco tiene motivo, oportunidad y voluntad. La conveniencia viene determinada por el hecho de que el delincuente dispone de acciones alternativas para alcanzar sus metas que no son el

²⁸ De forma esquemática puede consultarse en CÁMARA ARROYO, S.: «El perfil del delincuente de cuello blanco», ob. cit., pp. 485 a 493.

²⁹ Estos niveles del White-Collar Crime son expuestos en SEVERSON, R./KODATT, Z./BURRUSS, G., «Explaining White-Collar Crime: Individual-Level Theories», *The Handbook of White-Collar Crime*, First Edition. Edited by Melissa L. Rorie, 2020, pp. 159-174 (p. 159).

³⁰ Vid. MARKHAM, J., «Regulating the “Too Big to Jail” Financial Institutions», *Brooklyn Law Review*, 83, 2017, pp. 516-577. <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol83/iss2/12>

³¹ Vid. sobre esta cuestión, ODED, S., «Multi-Jurisdictional Anti-Corruption Enforcement: Time for a Global Approach», *Journal of Law and Policy*, Vol. 28, 2020 núm. 2, pp. 510-573. <https://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol28/iss2/3>; MARCO FRANCIA, P., «Criminología, Derecho Penal Económico y Derechos Humanos», *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 191-211.

³² BLANCO CORDERO, I., «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem*», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 22-16 (2020), pp. 1-47. En el ámbito europeo un estudio sobre los sistemas de cooperación judicial en material penal puede verse en MUÑOZ DE MORALES, M., *Derecho penal europeo*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 91 ss.

³³ 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*, <https://doi.org/10.1016/j.ijl-cj.2018.10.001>. Estas tres dimensiones están vinculadas en el triángulo de conveniencia que da como resultado seis relaciones entre construcciones. En este artículo, se analizan estas relaciones a través del correspondiente estudio de un caso: diversos delitos financieros cometido por un profesional en un contexto organizativo.

delito y, por otra parte, generalmente es en el entorno organizativo donde se produce el acceso a los recursos para que surja la oportunidad de cometer y ocultar los delitos. 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. Esto se produce fácilmente cuando existe la posibilidad de hacerlo, pero también puede suceder por miedo, tensión o amenaza en el contexto organizativo. Por otra parte, para otros criminales de cuello blanco, el dinero es solo 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 ejemplo). Esta «oportunidad» organizativa es esencial pues el hecho adquiere apariencia de «lícito», el autor tiene acceso a locales, documentos y sistemas con los que comete el delito y, finalmente, distancia en tiempo y lugar al autor respecto a las víctimas³⁴. Todas estas circunstancias suponen una gran diferencia respecto a la delincuencia tradicional pues este delincuente oculta su delito entre las actividades legales y el delincuente tradicional o de calle tiene que esconderse. Finalmente 3.º), 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: apoyo en técnicas de neutralización; factores personales (conflictos relacionales, identificación narcisista, etc.), influencia de otras personas, etc.³⁵. Para su autor el delito es un error aceptable que no debiera ser penado, si fuera detectado. Según esta teoría de la conveniencia, la medida en la que personas en posiciones privilegiadas eligen romper la ley en situaciones difíciles o tentadoras depende de la orientación de su conveniencia: cometerán el delito si les parece conveniente, esto es, si les ha permitido ahorrar tiempo y esfuerzo, así como evitar el dolor, sufrimiento e incertidumbre. Lógicamente, dentro de esta conveniencia deberían contar con la probabilidad de detección del delito y el castigo futuro, lo que supondría «pagar por conve-

³⁴ Vid. Sobre este punto BENSON, M. L./SIMPSON, S. S., *Understanding White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, New York: Routledge. 2015.

³⁵ 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.

niencia». Pero ¿Cuántos pagan? No hay demasiados datos sobre la «cifra dorada» de delitos de cuello blanco, si bien se estima que es muy elevada: a las dificultades de la tipificación de las conductas se añaden los múltiples factores que dificultan que sean detectados, y se suman las dificultades probatorias o de acreditación de los hechos y de la participación de los autores³⁶. Y, siguiendo con las dificultades, hay que añadir que, al disponer de recursos, su efectiva persecución se dilata en el tiempo, que en España se ha bloqueado la acción popular tras la «doctrina Botín», y que en general no tienen estos delitos excesivos plazos de prescripción. Llegado el caso se pueden «conformar» para rebajar la pena de prisión, la cual, al no tener elevada previsión les permiten acceder a la suspensión de la ejecución de la pena y, si la pena de prisión ya fuese impuesta judicialmente, pueden evitar el ingreso con un indulto³⁷. Más, incluso con este cúmulo de obstáculos, a veces la gravedad y reiteración de hechos conlleva necesariamente la ejecución de la pena de prisión. No faltan voces, entonces, señalando que no es la pena adecuada conforme a los fines constitucionalmente establecidos. No compartimos este posicionamiento. En todo caso, en aras al fin constitucional de resocialización, si es admisible arbitrar mecanismos y programas adecuados de ejecución de la pena de prisión para esta tipología de delincuente³⁸, como parece que pronto será real en España según ha informado Instituciones Penitenciarias. Cuestión distinta es la posible aplicación de un sistema de justicia restaurativa con los delincuentes de cuello blanco³⁹. Ciertamente, hoy por hoy, son demasiadas las condiciones concurrentes que se deberían cumplir y no parecen fáciles de solucionar, por lo que la respuesta debe ser negativa.

³⁶ NEIRA PENA, A., «La prueba pericial en los delitos económicos: de la pericial contable al perito de compliance», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020) pp. 689-749. Estudio que aborda cuestiones técnicas y procesales de su intervención en el proceso penal.

³⁷ En 2011 a Alfredo Sáenz, Consejero Delegado del Banco de Santander (condenado con una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas por STS 1193/2010, de 24 de febrero) se le conmutó la pena de arresto mayor y la accesoria de suspensión de ejercicio profesional por una multa de 6.000 euros.

³⁸ Vid. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, A., «La resocialización o desocialización del delincuente de cuello blanco», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, REEPS 7 Especial. 2021. <https://www.ejc-reeps.com/RodrezSanchez.pdf>, pp. 1-16. Sobre las dificultades de su elaboración Vid. ARRIBAS LÓPEZ, E. «¿Reeducación y reinserción social del delincuente de cuello blanco?», *Diario La Ley*, núm. 8464, 327/2015, de 22 de enero de 2015.

³⁹ GUARDIOLA LAGO, M. J., «¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020) pp. 529-591. Señala por ejemplo (p.537) ¿Es legítimo, de acuerdo con los principios de la justicia restaurativa, utilizar víctimas representativas u organizaciones representativas? ¿Qué tipo de daño se genera en un delito de peligro? ¿Qué es necesario reparar y cómo?.

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA PARTE GENERAL DE LA PROPUESTA DE EURODELITOS

CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad de A Coruña

Para mi querido y entrañable amigo Luis Arroyo Zapatero, a quien conocí con motivo de unas oposiciones al extinto cuerpo de profesores adjuntos, allá por el año 1982. Allí iniciamos una relación de amistad que se ha mantenido inalterable hasta el presente.

Entre las magistrales contribuciones al Derecho penal se cuenta precisamente su decisiva aportación al movimiento para la creación de un Derecho penal europeo

I. Introducción

La denominada *Propuesta de Eurodelitos* es el resultado de una iniciativa científica privada, debida a un numeroso grupo de penalistas procedentes de diversos Estados miembros de la UE, que, a través de una regulación similar en su estructura a la de un Código (con una Parte general y una Parte especial), pretende ofrecer una normativa penal relativa no sólo a la tutela de instituciones de política económica de la UE, sino también a la de otras materias tradicionales del Derecho penal socio-económico latamente concebido.

La Propuesta, dirigida por K. Tiedemann, representa el fruto de varios años de trabajo y de diversas reuniones en diferentes Universidades europeas (San Sebastián, Mallorca, Poitiers y Bolonia), que culminaron en el congreso de Friburgo de Brisgovia¹. La metodología sugerida

¹ Vid. Euro-Delikte (*Vorschläge zur Harmonisierung des Wirtschaftsstrafrechts in der Europäischen Union. Allgemeiner und Besonderer Teil*), Internationales Symposium, Freiburg i Br., 2002. La

por el gran penalista alemán partía de la idea rectora de que «cada tipo penal o regulación de Parte General debía resultar un mosaico que recogiera las mejores aportaciones y soluciones de los ordenamientos nacionales»².

En lo que atañe, en concreto, a la Parte general, cabe resaltar que, tras una regulación expresa de los principios penales básicos (legalidad, territorialidad, *non bis in idem*), en ella se contienen normas referentes a la teoría jurídica del delito: en particular, preceptos referentes al *iter criminis*, a la autoría y a la participación, a la imputación subjetiva (dolo, imprudencia, conocimiento de la antijuridicidad y error), a los concursos de leyes y de delitos y, en fin, a algunas causas de exención de la responsabilidad criminal (legítima defensa y estado de necesidad, tanto justificante como exculpante).

Debido a las limitaciones de espacio del presente trabajo, aquí me voy a ocupar únicamente de efectuar algunas reflexiones sobre la imputación subjetiva, así como sobre la autoría y la participación, aunque incidentalmente pueda aludir a otros aspectos de teoría del delito relacionados con los anteriores, como, singularmente, la tentativa.

II. El dolo, la imprudencia y el error sobre el tipo

La Propuesta reconoce las dos formas tradicionales de imputación subjetiva admitidas en el sistema penal de progenie romano-germánica: el dolo y la imprudencia. En el art. 4-2 se establece que «el elemento subjetivo requiere la existencia de dolo (art. 5) o, en los casos en que así se prevea expresamente, de imprudencia o imprudencia grave (art. 6)».

De la definición del dolo en el art. 5-1 (según la redacción de Vogel) cabe resaltar varios aspectos³.

Se exigen dos elementos para su caracterización, un elemento cognitivo o intelectual, integrado por el «conocimiento del hecho», y otro volitivo, integrado por la «decisión de realizar el hecho».

En lo concerniente al elemento volitivo, el dolo aparece identificado por una «decisión» (entroncada, indudablemente, con la moderna

versión en idioma español puede verse en Tiedema, Nn, K./Nieto Martín, A., (dirs.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la UE*, Ed. UCLM, Cuenca, 2003.

² Cfr. NIETO MARTÍN, A., «Cuatro razones para recordar y admirar a Klaus Tiedemann», en *Revista Foro FICP*, 2019, núm. 4, p. 1.

³ Sobre este precepto, *vid.* la fundamentación que ofrece VOGEL, H. J., «Presupuestos y exclusión de la responsabilidad subjetiva», en Tiedemann/Nieto Martín, (dirs.), *Eurodelitos*, cit., pp. 39 ss.

fórmula doctrinal de la «decisión en contra del bien jurídico»), que abarca tanto el dolo directo («se decide a realizar el hecho quien actúa intencionadamente, sabiendo que éste se realizará con seguridad») como el dolo eventual («o actúa sin confiar seriamente en la no producción o inexistencia de las circunstancias que se describen en el segundo inciso de este apartado»). Por lo que respecta a la acreditación del dolo, la Propuesta no impone criterios psicológicos, en virtud de lo cual cabe sostener que admite un enfoque normativo para su constatación.

En lo que se refiere al elemento cognitivo, el conocimiento propio del dolo ha de ser un conocimiento *actual* («conoce el hecho quien en el momento de su comisión considera al menos posible la concurrencia o la aparición de todas las circunstancias objetivas del hecho exigidas por la ley»), que abarca no solo los términos descriptivos, sino también los normativos («cuando existan elementos normativos, el autor debe conocer además su correspondiente valoración normativa»), así como las normas extrapenales que sirven de complemento en el caso de las leyes penales en blanco («en el supuesto de normas penales en blanco resulta además necesario el conocimiento de las normas de complemento»). La decisión de la Propuesta de incluir los elementos en blanco como parte del tipo es, a mi juicio, correcta, dado que en la esfera del Derecho penal accesorio (donde la ofensividad del delito no posee perfiles tan nítidos como en los delitos pertenecientes al Derecho penal nuclear), parece ciertamente difícil encontrar supuestos en los que la norma extrapenal de remisión no quede englobada ya en el tipo, es decir, supuestos en los que la infracción de la norma extrapenal no forme parte del sentido material auténtico del tipo en cuestión⁴.

En sintonía con esta definición del elemento cognitivo, en el art. 5-2 se define el *error sobre los elementos del hecho* (error sobre el tipo) del modo siguiente: «No actúa dolosamente quien desconoce el hecho en el momento de su realización. Tampoco existe dolo cuando el desco-

⁴ Vid. en este sentido TIEDEMANN, K., «Introducción», en Tiedemann/Nieto (dirs.), *Eurodelitos*, cit., p. 16, quien subraya que esta solución resulta acertada «pues no es posible trazar una frontera nítida entre los elementos normativos y los tipos penales en blanco e, igualmente, la norma penal en blanco, sin la normativa que la integra, resulta valorativamente neutra desde el punto de vista del injusto, razón por la cual solo el conocimiento de la norma de complemento da lugar a la proclamación del injusto que caracteriza al dolo del hecho».

Por ello, no me parece compartible la opinión de un sector doctrinal de dilucidar la cuestión con el expeditivo criterio de entender que el error sobre la existencia de la norma integradora es siempre un error sobre la prohibición. Vid. las razones en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El error en la teoría jurídica del delito (Un estudio a la luz de la concepción significativa)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 89 ss.

nocimiento se debe a un error de valoración o a un error de derecho o era evitable». Por tanto, es evidente que el dolo debe abarcar el conocimiento de las valoraciones en los supuestos de términos normativos⁵.

Por otra parte, merece ser resaltado el dato de que la Propuesta considera explícitamente que el error sobre los presupuestos materiales u objetivos de una causa de justificación debe recibir el tratamiento asignado al error sobre el tipo. Así se infiere inequívocamente del art. 5-3, en el que (en sintonía con la terminología de *error sobre los elementos del hecho*) se indica que «no será sancionado con la pena prevista para el hecho doloso quien en el momento de su realización considera equivocadamente que concurren aquellas circunstancias que, de existir, justificarían su comportamiento (arts. 8 y 9)» –scil., legítima defensa y estado de necesidad justificante–.

En fin, en el último inciso de este mismo precepto se recoge el tratamiento (usual en los CP de nuestro entorno) que debe otorgarse al caso en el que el error sobre los elementos del hecho fuese vencible: «Lo anterior resulta también de aplicación a los supuestos en que el error sea evitable. En este caso, si el error se debe a imprudencia o imprudencia grave el autor puede ser castigado de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 4-2 y 6».

III. El conocimiento de la antijuridicidad y el error sobre la prohibición

La Propuesta distingue explícitamente entre el *conocimiento de los hechos*, en el sentido que acabo de exponer, y el *conocimiento de la antijuridicidad* con una fórmula clarificadora. Así, el art. 7-1 dispone que: «conoce la antijuridicidad quien en el momento de la realización del hecho considera al menos posible que su comportamiento se halle prohibido por el Derecho».

De esta fórmula se colige, por de pronto, que el sujeto debe poseer un conocimiento *actual* del significado antijurídico de la conducta, aunque basta con un conocimiento *eventual*, en sintonía con la posi-

⁵ Cfr. expresamente al respecto VOGEL, «Presupuestos», cit., p. 42, quien parte de la premisa (p. 39) de que los Eurodelitos son fundamentalmente tipos penales pertenecientes al Derecho penal económico y accesorio, en los que se tutelan bienes institucionales conformados por el Ordenamiento jurídico, lo que trae consigo que sean frecuentes las remisiones, las normas penales en blanco y los elementos normativos de contenido jurídico. Esta circunstancia implica que en su formulación resulte de singular importancia el grado de exigencia que se establezca en relación a los conocimientos jurídicos, a su valoración, así como a las consecuencias de los posibles errores.

ción que me parece más adecuada. En efecto, el conocimiento *actual* incluye no solo los conocimientos seguros, sino también las situaciones en las que el autor no está totalmente seguro del carácter prohibido de su hecho (supuestos de duda). En otras palabras, basta con que el sujeto considere *posible* que su acción u omisión sea contraria a las exigencias del Ordenamiento. En suma, el conocimiento *actual* engloba también un *conocimiento eventual* de la antijuridicidad, de forma análoga a lo que sucede con la figura del dolo eventual. Por tanto, para determinar la conciencia de la ilicitud no es suficiente el denominado *conocimiento potencial* de la antijuridicidad (que algunos autores asimilan, inadecuadamente, al conocimiento eventual). En rigor, dicho conocimiento potencial no representa una forma especial de existencia del conocimiento de la ilicitud, puesto que, en realidad, constituye ya la ausencia (evitable) de dicho conocimiento actual, es decir, supone ya la presencia del error de prohibición vencible⁶.

Así se corrobora paladinamente en el art. 7-3 de la Propuesta, en el que, tras indicarse previamente que «el desconocimiento de la antijuridicidad excluye la responsabilidad penal cuando... (scil., al autor) no le era posible o exigible conocer la antijuridicidad» (art. 7-2), se añade que «si al autor que actúa sin conciencia de la antijuridicidad le era posible y exigible adquirir su conocimiento, la pena a imponer será menor que la que le correspondería en caso de poseer dicho conocimiento. La pena puede rebajarse hasta la mitad».

Una importante peculiaridad de la Propuesta es la mención expresa de los criterios que deben ser utilizados para valorar la invencibilidad del error sobre la prohibición (art. 7-2, inciso segundo): «esta situación se admitirá por regla general si el error se debe a la jurisprudencia vigente en el momento de la comisión del hecho, a una información oficial o al asesoramiento de un abogado»⁷.

Otra importante peculiaridad es la alusión expresa que efectúa al denominado *error de subsunción* (o, mejor, *error sobre la definición del concepto*), una alusión que no se suele incluir en los Códigos penales y que, desde luego, no se incluye en el CP español.

Así, en la descripción (por lo demás, muy completa) del error sobre la prohibición del art. 7-4 se aclara que «en la aplicación de lo dispues-

⁶ Sobre el llamado «conocimiento potencial», *vid.* las precisiones que efectúo en MARTÍNEZ-BUJÁN, *El error*, cit., p. 62, núm. 105, con amplias indicaciones.

⁷ En este sentido, TIEDEMANN, «Introducción», cit., p. 16, ha destacado la relevancia de tal explicitación de criterios (en consonancia con el derecho belga y la jurisprudencia del TC italiano), a diferencia de «las fórmulas vacías de la jurisprudencia alemana».

to en los apartados segundo y tercero resulta indiferente si el desconocimiento de la antijuridicidad se debe a que el autor no conocía un determinado precepto legal, lo considerara nulo o inaplicable, *lo interpretara incorrectamente* o considerara aplicable una autorización legal inexistente, inaplicable o nula».

Repárese, pues, en que se prevé una referencia al error de subsunción, efectuada a través de la expresión (eso sí, no muy precisa) «error sobre la interpretación de la ley»⁸.

Indudablemente, esta referencia debe ser concebida como alusiva a los casos *relevantes* del denominado «error de subsunción». Por consiguiente, ello no implica que cualquier error sobre la interpretación de la ley deba merecer el tratamiento reservado para el error sobre la prohibición, sino solo aquellos errores que, por su especial relevancia, puedan ser equiparados materialmente a aquel⁹.

En fin, ni que decir tiene que, en lo que concierne al tratamiento del error, la Propuesta acoge, sin duda, la teoría de la culpabilidad, al fijar reglas diferentes para el error sobre los elementos del hecho (art. 5) y el error sobre la prohibición (art. 7), y señalar que el dolo únicamente queda excluido por el error sobre el tipo, y no, en cambio, por el error sobre la prohibición, que deja subsistente el dolo y que, en caso de que el error fuese vencible, tan solo prevé una atenuación facultativa de la pena («la pena puede rebajarse hasta la mitad»). Por tanto, repárese al respecto en que, a diferencia del CP español, en el que se prevé una rebaja *obligatoria* (a mi juicio, preferible) en el caso del error vencible sobre la prohibición, la Propuesta asigna una rebaja *facultativa*, lo cual se acompasa plenamente con la teoría de la culpabilidad.

IV. Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría

En el art. 13-1 de la Propuesta (conforme a la redacción de Schünemann y Tiedemann), se define la autoría de un modo idéntico a como se hace en el CP español, puesto que se incluye la misma *referencia* legal al autor en sentido estricto: «es autor quien mediante un comportamiento propio realiza el hecho (...)». Y repárese en que en el art. 12, al referirse a las conductas de intervención en el delito en gene-

⁸ Vid. las razones de esa imprecisión en MARTÍNEZ-BUJÁN, *El error*, cit., pp. 111 s., núm. 215.

⁹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *El error*, cit., pp. 112 ss.

ral (del autor, el inductor y el cómplice), se emplea la locución «tomar parte» en el hecho típico.

De la definición expuesta se infiere, por una parte, que la autoría se caracteriza simplemente, pues, por «realizar» el hecho típico, sin que se explicita en qué consiste esa realización, del mismo modo que sucede en el CP español¹⁰.

Lo primero que cabe resaltar, pues, es que la autoría consiste en «realizar», y no en «dominar» el hecho. Según explico más abajo, la idea material del «dominio» únicamente se tiene en cuenta para caracterizar la autoría en comisión por omisión, basada en la «responsabilidad por comportamientos ajenos» que realicen el hecho (art. 15). De este precepto se infiere *a contrario sensu* que la autoría activa (por hecho propio) se fundamenta en una concepción formal.

En segundo lugar, hay que destacar que, si ponemos en relación el mencionado art. 13-1 con el art. 18-1 (definidor de la tentativa) llegamos a la conclusión de que basta la realización de una acción de tentativa para que surja la autoría¹¹ y que solo el autor (y no un partícipe) puede realizar un comportamiento que suponga una tentativa.

En efecto, conforme a la redacción de Cancio, el art. 18-1 indica que «hay tentativa cuando el autor dolosamente realiza un comportamiento que significa el comienzo de la ejecución del hecho»¹².

Por lo demás, con respecto a esta definición baste con añadir la ulterior precisión de que la tentativa presupone en todo caso el comienzo de la *ejecución* del hecho, dado que antes de dicho comienzo solo podrá existir el acto preparatorio de la conspiración (art. 17)¹³ y

¹⁰ Esta ausencia de explicitación se condice con la premisa de la concepción significativa, puesto que, si se asume que es imposible formular un supraconcepto material y unitario de acción, también lo será definir unitariamente lo que entendemos por realizar una acción. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 27, núm. 12, con indicaciones.

¹¹ Por consiguiente, hay que descartar también la tesis que exige para la delimitación de la autoría la realización de algún acto *consumativo*. La Propuesta parte de un concepto de *realización del hecho* equivalente al de *ejecución* del hecho, según el cual la ejecución comienza antes del inicio de los actos consumativos. Ello comporta poder diferenciar entre actos ejecutivos y actos consumativos, como dos clases de actos *típicos*, caracterizadores ambos en todo caso del concepto de autor en sentido estricto frente a la noción de cooperador. Esta es también la tesis que se extrae de la regulación del CP español. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, *La autoría*, cit., p. 36, con indicaciones.

¹² Sobre la fundamentación del precepto relativo a la tentativa, *vid.* CANCIO MELIÁ, M., «Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa», en Tiedemann/Nieto (dirs.), *Eurodelitos*, cit., pp. 53 ss., quien, por lo demás, subraya la orientación *objetiva* que se adopta para la caracterización de la tentativa (eso sí, no vinculada necesariamente a una versión externo-fáctica del suceso), a cuyo efecto resulta innecesaria una mención al plan del autor.

¹³ Con arreglo a la redacción de Tiedemann para la figura de la «conspiración para cometer un hecho», el art. 17 establece que «cuando varias personas acuerdan participar en un hecho delicti-

que queda vedada ya conceptualmente la existencia de una tentativa imprudente¹⁴.

En su art. 14 la Propuesta regula la *autoría mediata*. Y lo hace de una manera muy amplia, conforme a la redacción de Tiedemann, al contentarse con que el *instrumento* (la Propuesta emplea este vocablo en la definición general de autoría en su art. 13-1) «carezca total o parcialmente de responsabilidad penal, como consecuencia de un error o por la existencia de una causa de justificación, exculpación o atenuación de la culpabilidad que únicamente a él le afecta»¹⁵.

A mi juicio, esta caracterización resulta cuestionable, al desnaturalizar la figura de la autoría mediata y ser incompatible con una definición que califique a la persona de delante como auténtico «instrumento» al servicio de la persona de atrás¹⁶. Por lo demás, en sentido inverso, la fórmula es incorrecta, por incompleta, al no incluir los supuestos en

vo, pero ninguna de ellas da comienzo a su ejecución, la conspiración solo resultará punible si así se establece expresamente en la ley».

¹⁴ Eso sí, al limitarse a mencionar el vocablo «dolosamente», hay que entender que el art. 18 admite cualquier clase de dolo en la tentativa. Ello resulta correcto, puesto que (como se reconoce por parte de la opinión dominante y con independencia de dónde se ubique el dolo) el dolo referido a un hecho intentado se corresponde con el dolo referido a un hecho consumado. *Vid.* por todos ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band II*, 1 Aufl., C. H. Beck, München, 2003 (hay trad. española y notas por D.-M. Luzón Peña, Dir., J. M. Paredes Castañón, M. Díaz García-Conlledo, J. de Vicente Remesal y otros, Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Madrid 2014) ROXIN, A. T. (=P. G.), II, § 29/71.

Si la Propuesta hubiese querido configurar la tentativa como un genuino delito de intención (intención añadida a la resolución de llevar el proceso ejecutivo hasta el final) lo habría indicado de forma explícita, a través de una fórmula sencilla: «hay tentativa cuando el sujeto da principio intencionadamente a la ejecución del delito». *Vid.* este argumento para el Derecho alemán en ROXIN, A. T. (=P. G.), II, cit., § 29/77, quien añade acertadamente que, dado que el legislador no lo ha querido así, hay que concluir que la tentativa se diferencia de la consumación solo en la ausencia de un elemento objetivo del tipo, y no en modo alguno en la clase de dolo.

¹⁵ *Vid.* TIEDEMANN, K., «La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo», en *Revista Penal*, (5), 2000, p. 93, quien, a la hora de exponer la fundamentación del precepto, subraya en todo caso el acierto de que, al definir la figura de la autoría mediata, «los grupos de casos típicos se mencionaran expresamente» y resalta, en concreto, la previsión de la «posibilidad de punición del autor mediato en el caso de un instrumento que obra conforme a Derecho».

En la doctrina española se halla también extendida la opinión de que el instrumento no tiene por qué carecer plenamente de responsabilidad criminal: *Vid.* por todos HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1996, pp. 155 ss. y 356; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 159 ss., sobre la base de distinguir entre autoría mediata *stricto sensu* y autor detrás del autor.

¹⁶ Y es que, en efecto, comparto la premisa de que la autoría mediata no se caracteriza tanto por la posición predominante de la persona de atrás como por un déficit *personal del intermediario* (cfr. PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Ed. Tecnos, Madrid 1990, p. 294), a diferencia de quienes, partiendo de la idea del dominio del hecho, consideran que lo relevante es el dominio que posee la persona de atrás sobre la cualidad lesiva de la acción del sujeto de delante (*vid.* por todos HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría*, cit., pp. 211 ss.).

los que el instrumento no llega a realizar ya el tipo de acción (o tipo objetivo, en la tesis de la opinión dominante).

Por lo demás, el art. 14 (según la redacción de Tiedemann) descarta explícitamente la autoría mediata imprudente al exigir que el autor hubiese originado «*dolosamente* el comportamiento de un tercero».

En el art. 13-2 de la Propuesta se define la *coautoría*. Tras establecerse en su apartado 1 que la coautoría es una genuina forma de autoría («es autor quien mediante un comportamiento propio realiza el hecho solo o conjuntamente con otros»), en su apartado 2 se indica que «es coautor quien realiza el hecho conjuntamente con otro autor como consecuencia de una resolución conjunta»¹⁷.

De esta definición se desprende que son dos los elementos de la coautoría, en la línea apuntada por la doctrina dominante¹⁸: un elemento objetivo, integrado por la «realización conjunta del hecho con otro autor», y un elemento subjetivo, plasmado en la exigencia de una «resolución conjunta».

En fin, en el art. 13-3 se incluye un precepto que (según la redacción de Schünemann y Tiedemann) reconoce, correctamente, la existencia de delitos especiales, en los que únicamente el sujeto que reúne las específicas cualidades descritas en el tipo puede ser autor: «en aquellos casos en los que la punibilidad se fundamenta en especiales circunstancias o cualidades personales solo puede ser autor la persona en quien concurren, o asuma, las funciones descritas en estos elementos». Y, a renglón seguido, en el inciso 2.º se regula la actuación en nombre de una persona jurídica, previéndose que, cuando dichas «circunstancias concurren exclusivamente en una persona jurídica, sociedad personal o empresa», serán también autores «sus órganos representantes, personal de dirección o cualquier persona con capacidad de decisión o de control», siempre que hubiesen «asumido efectivamente sus funciones».

V. Responsabilidad por comportamientos ajenos (comisión por omisión)

En el art. 15 de la Propuesta (bajo la rúbrica de «Responsabilidad por comportamientos ajenos», conforme a la redacción de Schüne-

¹⁷ Sobre el art. 13 de la Propuesta de Eurodelitos, redactado por TIEDEMANN y SCHÜNE-MANN, *Vid.* TIEDEMANN, «La regulación», cit., pp. 90 ss.

¹⁸ *Vid.* por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, *La autoría*, cit., pp. 261 ss., con amplias indicaciones. Con todo, el CP español no contiene expresamente elemento subjetivo alguno.

mann y Tiedemann), se incluye un precepto que reconoce una autoría en comisión por omisión.

Tras establecerse en el art. 13-1 que esta figura es una genuina forma de autoría («es igualmente autor el responsable de comportamientos ajenos que realizan, total o parcialmente, el hecho cuando concurren en él los presupuestos restantes de punibilidad –art. 15»), en el art. 15-1 se indica que «será también sancionado como autor, en los supuestos a que se refiere el apartado segundo quien, debido a su dominio sobre otra persona está obligado legalmente a evitar que actúe ilícitamente, siempre que tenga conocimiento del hecho y hubiera podido impedir o dificultar esencialmente su realización mediante una supervisión adecuada. La pena se atenuará en un cuarto de su extensión si el autor únicamente hubiese podido dificultar la realización del hecho»¹⁹.

Ante todo, repárese en la amplitud que posee la caracterización de esta forma de autoría, puesto basta con que la persona de atrás hubiese podido «dificultar» la realización del hecho por parte de la persona de delante (por más que en tal caso la pena simplemente se atenúe). Además, téngase en cuenta que, según reconoce Schünemann, la equiparación entre acción y omisión se basa exclusivamente en la idea del «dominio sobre el fundamento del resultado» (dominio de la vigilancia de la fuente de peligro o dominio de la protección del bien jurídico), criterio que constituye la *ratio essendi* del precepto²⁰.

Ello significa que, como escribe Schünemann²¹, en el caso del propietario o jefe de una empresa (art. 15-2-b) será también el criterio del dominio el que suministra un fundamento adecuado para fijar el deber de garantía de tales personas, esto es, para establecer la responsabilidad de los sujetos que detentan la dirección –y en última instancia el propietario de la empresa– por los comportamientos defectuosos de los subordinados en los supuestos en que éstos hubiesen actuado en beneficio de la empresa y hubiesen seguido una orden expresa. Por lo demás, estos últimos requisitos implican que los excesos del subordinado no pueden ser imputados al directivo o propietario, salvo en aquellos casos en que el subordinado utilice material peligroso perteneciente a la empresa,

¹⁹ En los apartados 2 y 3 del art. 15 se describen las clases de sujetos que pueden ser autores por omisión.

²⁰ Vid. SCHÜNEMANN, B., «Sobre la regulación de los delitos de omisión impropia en los Eurodelitos», en Tiedemann/Nieto (dirs.), *Eurodelitos*, cit., pp. 35 ss. No obstante, sobre este criterio rector que propone el penalista alemán Vid. las matizaciones que efectuó en MARTÍNEZ-BUJÁN, *La autoría*, cit., pp. 328 s., núm. 139, con el fin de obtener una caracterización más restrictiva de la omisión impropia.

²¹ SCHÜNEMANN, «Sobre la regulación», cit., pp. 37 s.

sobre el que exista un dominio fáctico por parte del superior, puesto que en tales supuestos existiría un dominio efectivo de la fuente de peligro.

A tal efecto, eso sí, la *Propuesta* ofrece una correcta regulación del fenómeno de la delegación de competencias, acotando las notas conceptuales que permiten fundamentar la responsabilidad del delegado y reconociendo la responsabilidad originaria o residual del delegante, en la línea sugerida por la doctrina especializada. Así, en el art. 15-4 se indica: «La delegación de responsabilidad sólo exime de responsabilidad penal si se refiere a un determinado segmento de la actividad y existe certeza de que el delegado puede realizar eficazmente las tareas y competencias que le han sido transferidas. Lo anterior no modifica ni la responsabilidad por la elección, vigilancia y control, ni la responsabilidad general derivada de la organización»²².

VI. Formas de participación y accesoriadad de la participación

La Propuesta describe dos formas de participación: la inducción y la complicidad (no reconoce la figura hispánica del cooperador necesario).

Conforme a la redacción de Tiedemann, en el art. 16-1 se indica que «es inductor quien, sin ser autor mediato (art. 14) o responsable por comportamientos ajenos (art. 15), determina dolosamente a otro para que realice un comportamiento doloso y antijurídico», previéndose la imposición de la misma pena que al autor. En el art. 16-2 se contiene una regla semejante para el cómplice, caracterizado por «ayudar dolosamente al autor mediante una contribución de menor importancia» y previéndose una atenuación obligatoria de la pena.

Del tenor literal de ambos preceptos se deduce, pues, que no cabe la participación imprudente.

En punto a la accesoriadad, si nos atenemos a la justificación de este precepto que ofrece el propio Tiedemann²³, es indudable su opción por el criterio de la accesoriadad limitada, plasmada en la exigencia de un comportamiento «doloso y antijurídico en el autor». Veamos ambos aspectos.

²² Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 535 ss.

²³ Vid. TIEDEMANN, «La regulación», cit., pp. 93 s.

Por una parte, la exigencia de dolo en el autor (en la línea prevista en el StGB²⁴) consagra, ciertamente, la accesoriadad cualitativa *subjetiva*, lo que, a mi juicio, constituye un error, puesto que origina indeseables lagunas de punibilidad, que, además, se hacen particularmente palpables en el ámbito de la delincuencia socioeconómica²⁵.

Ilustrativa al respecto es la opinión de Tiedemann, al comentar el antecitado art. 13-3 de la Propuesta, cuando reconoce que, dado que los *extranei* solo pueden ser partícipes²⁶, como sucede en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos europeos, pueden surgir lagunas de punibilidad cuando el hecho principal del *intraneus* no cumple los presupuestos de la accesoriadad, por ejemplo, porque actúa de manera no dolosa²⁷.

Por otra parte, en cambio, la afirmación de que se ha consagrado la accesoriadad limitada (en el sentido de requerir que en la conducta del autor no concurra una causa de justificación) puede ser puesta en tela de juicio. Tal conclusión no es ineluctable a la vista del tenor literal del precepto, dado que cabría interpretar que el vocablo «antijurídico» puede ser entendido en su sentido objetivo o material, como equivalente exclusivamente a ofensividad o desvalor de resultado (sin que deba tomarse en consideración, pues, la infracción de la norma personal de conducta, antijuridicidad formal o subjetiva). Ello permitiría, al menos, mantener la accesoriadad mínima subjetiva, que, en mi opinión, sería

²⁴ Los §§ 26 (inducción) y 27 (complicidad) StGB exigen, además de la tipicidad y la antijuridicidad del hecho del autor, también su carácter doloso. Vid. por todos ROXIN, A. T., II. (P. G., II), cit., § 26/6.

²⁵ Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Desarrollos de la dogmática de la autoría en el Derecho penal económico y empresarial. Peculiaridades a la luz de la concepción significativa de la acción (y del Código penal español)», en Demetrio Crespo, E. (Dir.), *Derecho penal económico y Teoría del Delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 257 ss.

²⁶ En el art. 16-3 de la Propuesta se admite, obviamente, el castigo del partícipe *extraneus* en el delito especial realizado por el *intraneus*, si bien no distingue entre las diferentes clases de delitos especiales: «los elementos personales que pertenezcan al injusto del hecho se imputarán a inductores y cómplices cuando concurren en el autor y tengan conocimiento de ello».

²⁷ Vid. TIEDEMANN, «La regulación», cit., p. 94, quien extiende la observación a los delitos de propia mano. No obstante, este penalista entiende que estas lagunas de punibilidad han de «asumirse, puesto que el *extraneus* no se ve afectado por un deber especial y solo puede realizar un injusto derivado».

Con todo, frente a este argumento, cabe oponer que ello podrá justificar una menor punición (como prevé el CP español en el art. 65-3), pero en modo alguno puede justificar una total ausencia de responsabilidad, dado que el *extraneus* está contribuyendo a la realización del hecho por parte del *intraneus*. Además, la inmensa mayoría de los delitos especiales que incorporan la especial infracción de un deber extrapenal son delitos mixtos, por lo que no hay duda de que (además del aspecto personal) existe en ellos una dimensión general u objetiva accesible para cualquier persona. Únicamente en los delitos que consisten exclusivamente en la infracción de un deber o que poseen un sentido exclusivamente personal (que agota ya plenamente el contenido del tipo de acción) cabría sostener que el partícipe no debería responder penalmente: pero, aparte de que estos delitos son muy escasos, resulta incluso discutible mantener la plena impunidad del *extraneus*. Vid. indicaciones, por todos, en MARTÍNEZ-BUJÁN, *Parte General*, cit., pp. 621 ss.

preferible, a la accesoriedad limitada, si bien lo más satisfactorio sería acoger el criterio de la accesoriedad mínima objetiva, para la cual no hay obstáculo en el CP español²⁸.

Finalmente, con respecto a la regulación de la responsabilidad del partícipe *extraneus* en el delito especial realizado por el *intraneus*, hay que lamentar que no se ofrezca una atenuación para dicho partícipe *extraneus* (como, en cambio, se prevé en el art. 65-3 del CP español) cuando menos para los delitos especiales que presuponen la infracción de un deber²⁹.

²⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *La autoría*, cit., pp. 62 ss.

²⁹ Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Autoría y participación en el delito fiscal», en Demetrio Crespo/Sanz Díaz-Palacios (Dir.), *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, Ed. Atelier, Barcelona 2019, pp. 130 ss.

UMA ESTRATÉGIA PATRIMONIAL CONTRA A CRIMINALIDADE ORGANIZADA – A LUTA CONTRA O BRANQUEAMENTO E A UTILIZAÇÃO DO CONFISCO

ANABELA MIRANDA RODRIGUES
Professora Catedrática Direito Penal. Universidade de Coimbra

I. Introdução

A política criminal atual confronta-se com uma via de intervenção em que cada vez mais se procura identificar e fazer perder as vantagens provenientes de atividade criminosa organizada lucrativa, que o Estado tem dificuldade em perseguir e punir, de acordo com uma lógica de impedir que os seus agentes retirem benefícios da sua prática. A explicar esta tendência não está só o menor efeito preventivo que se aponta à cominação de penas em relação a esta criminalidade. Pode falar-se, a este propósito, da *pena-custo*, contabilizada de acordo com uma lógica comercial de encarar o crime por parte do delinquente. É, além disso, a crença de que se logra mais eficientemente o objetivo preventivo em relação a uma criminalidade que gera benefícios económicos ou outros benefícios materiais recorrendo a mecanismos que atingem as vantagens que ela proporciona. É assim que a política criminal atual tem procurado estabelecer uma «estratégia patrimonial contra o crime», em que, ao lado da prevenção e repressão do «branqueamento» dos proventos do crime, conta crescentemente com o seu confisco.

Vamos apreciar, em alguns dos seus aspetos, estas linhas de força da atual política criminal contra a criminalidade organizada, do ponto de vista da expansão que tem conhecido a nível internacional, com especial enfoque na União Europeia, e das repercussões que conhece nos ordenamentos jurídicos nacionais, por referência ao português.

II. O branqueamento

1. A prevenção do branqueamento

A política de luta contra o branqueamento conhece uma dimensão cada vez mais importante de prevenção do fenómeno. O estabelecimento de um sistema preventivo do branqueamento obedece a finalidades que são próprias e distintas do sistema punitivo, que a União Europeia tem identificado na preservação do sistema financeiro e da confiança pública que nele se deposita «contra o infiltramento de fundos de origem ilícita». Com a adoção, em 2015, da Diretiva relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento¹ –que as diretivas posteriormente adotadas, em 2018² e 2019³, não alteraram a este respeito–, tornou-se clara, a nível europeu, a institucionalização de dois sistemas distintos. Ao relevar que os sistemas de prevenção e de repressão do branqueamento não têm de se decalcar, queremos chamar a atenção, ao mesmo tempo, para que o âmbito do branqueamento relevante para o sistema de prevenção pode ser mais amplo do que o branqueamento punível. Assim, o sistema preventivo pode delinear-se erigindo um modelo em que as entidades obrigadas tenham certos deveres de impedir que agentes de quaisquer crimes possam dissimular, ocultar, conservar ou utilizar as suas vantagens, sempre que se verifiquem situações *idóneas* a poder configurar operações que incidem sobre bens que têm origem criminosa ou exista a *suspeita* de realização de tais operações sobre esses bens. A instauração de uma rede de *deveres de identificação e diligência* para efeitos de prevenção do «branqueamento», confortado normalmente por infrações administrativas ou contraordenações, salvaguarda o interesse de que essas operações, que não têm que ver com o cometimento do crime de branqueamento, sejam identificadas, desde logo para que aquelas vantagens não sejam reintroduzidas no mercado. E, assim, para garantir a «pureza da circulação de bens», que é uma pretensão legítima do Estado. Mas, para além disso, o sistema preventivo assim concebido tem ainda uma utilidade, que é a de servir a prevenção e a punição da atividade criminosa de onde provêm os bens que são objeto de branqueamento, constituindo, assim, uma opção político-criminal que tem boas razões para fazer cur-

¹ Diretiva (UE) 2015/849, de 20 de maio de 2015.

² Diretiva (UE) 2018/843, de 30 de maio de 2018.

³ Diretiva (UE) 2019/2177, de 18 de dezembro de 2019.

so. Por um lado, cabe destacar que a incriminação do branqueamento não terá tanto efeito preventivo da chamada criminalidade «antece-dente» quanto o próprio sistema de prevenção do branqueamento, porquanto, se as medidas de prevenção do branqueamento dificultarem muito a tarefa de quem pretende ocultar, dissimular ou utilizar vanta-gens obtidas na atividade criminoso, isto poderá ser um fator relevante de dissuasão da prática de crimes. Por outro lado, quando se detetam, através do sistema preventivo, bens de origem criminoso, é a própria perseguição da criminalidade de onde eles provêm que se favorece. De qualquer modo, não deve deixar-se passar em claro a expansão que hoje conhece este sistema preventivo –em muitos casos servido por uma po-derosa estratégia de *compliance*–, a fazer perigar o equilíbrio entre exi-gências de prevenção e salvaguarda de direitos e liberdades individuais,

2. *A incriminação do branqueamento à luz da Diretiva (UE) 2018, de 23 de outubro de 2018*

a. A JUSTIFICAÇÃO DA INCRIMINAÇÃO

Pelo que diz respeito à incriminação do branqueamento –que, em sentido criminológico, visa dissimular ou ocultar a origem criminoso de bens obtidos com a prática de crimes, de acordo com um processo em três fases que é comumente descrito na literatura como de colocação (*placement*), dissimulação (*layering*) e reintegração (*integration*)–, ela inscreveu-se, na origem sem dúvida –ligada, como esteve, aos crimes de tráfico de estupefacientes–, naquele propósito do Estado de detetar e confiscar os lucros, vultuosos, da criminalidade organizada, e de perse-guição e punição dos seus autores. Neste contexto, defende-se que os interesses que estão na base da prevenção do branqueamento não justi-ficam a sua incriminação. A autonomia do crime de branqueamento tem de ser encontrada a outro nível. É aqui fundamental a correta iden-tificação do bem jurídico-penal –do bem jurídico *digno* de proteção pe-nal– para ele poder funcionar como padrão crítico da tarefa do legisla-dor de descrição das ações típicas de branqueamento e de definição dos elementos objetivos e subjetivos do tipo de ilícito.

A questão do bem jurídico protegido pela incriminação do bran-queamento tem sido por demais debatida na doutrina e não se tem em vista aqui um seu qualquer aprofundamento. O objetivo, ao convocar este tópico, prende-se com o alertar para uma característica do direito

penal que, por tantas vezes repetida e generalizadamente aceite, tende a banalizar-se e a não se extraírem dela as devidas consequências. A referência é ao princípio da *ultima ratio* ou da necessidade penal. Sendo que uma das questões aqui envolvida é a de saber se um bem jurídico como o da proteção do sistema económico-financeiro contra a circulação de bens de origem ilícita deve ser erigido a valor digno de proteção penal, moldando a configuração típica da incriminação do branqueamento.

Com efeito, há uma dimensão de *eficácia* no discurso legitimador e limitador do bem jurídico – para que apelam os corolários da adequação, proporcionalidade (em sentido estrito) e subsidiariedade – ligada à criminalização de ações ou omissões em função daquele princípio da necessidade. É esta dimensão que tem justificado a crítica correta à chamada criminalização *simbólica*, cujos efeitos dissuasores, especiais e gerais, são escassos ou nulos. O direito penal para ser legítimo (também) tem de se traduzir em resultados, designadamente decisões de condenação, apresentadas pelo sistema judiciário. Neste contexto –e, no caso, são apontadas elevadíssimas cifras negras–, acompanho a ideia⁴ de uma *incriminação subsidiária* de branqueamento, que tenha subjacente a noção de que apenas as *condutas particularmente perigosas* para evitar a deteção e perda de vantagens provenientes de crimes *graves* e, portanto, as condutas que envolvem a sua dissimulação, através da conversão ou transferência ou do auxílio ou facilitação dessas práticas, ou a sua ocultação e não a mera aquisição, detenção ou utilização devem ser criminalizadas. O que se quer exprimir desta forma é que apenas o branqueamento que envolve uma danosidade autónoma justifica a sua criminalização, (também) da perspetiva da realização das finalidades que lhe estão indissociavelmente ligadas. A que pode, então, corresponder a sua punição com penas graves e a possibilidade de utilização de meios de investigação criminal mais invasivos do que em geral dos direitos fundamentais das pessoas, *maxime*, do arguido, como é o caso em certos ordenamentos jurídicos, tal como é o caso do ordenamento jurídico português, em que o crime de branqueamento é catalogado na categoria da «criminalidade altamente organizada»⁵.

⁴ Cfr., por todos, CAEIRO, Pedro, «A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente. Necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1087s; id, «Contra uma política criminal “à flor da pele”: a autonomia do branqueamento punível em face do branqueamento proibido», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Direito Penal*, Volume I, Instituto Jurídico, Universidade de Coimbra, 2017, pp. 291s.

⁵ Cfr. Artigo 1.º, alínea m), Código de Processo Penal Português.

b. A EXPANSÃO DA INCRIMINAÇÃO E AS MODALIDADES DE AÇÃO TÍPICAS

É recorrente falar-se na *expansão* da incriminação do branqueamento, quer pelo que diz respeito aos crimes antecedentes, quer em relação às atividades de branqueamento propriamente ditas. Na verdade, começou por se centrar a política antibranqueamento numa certa criminalidade e, depois, o discurso criminalizador foi-se ocupando de outras áreas para as quais não foi pensado e acabou por incluir *modalidades de ação* que na realidade não têm a mesma dignidade penal.

A construção do tipo legal de crime de branqueamento, na generalidade das legislações europeias, seguiu de muito perto, num primeiro momento, a descrição do branqueamento presente na Convenção de Viena⁶, que se tornou um *quase* tipo legal para os sistemas jurídicos nacionais⁷. Que, com ligeiras variações, foi seguida pelas Convenções de Palermo⁸ e de Mérida⁹, no âmbito das Nações Unidas, ou, no espaço mais restrito do Conselho da Europa, pelas Convenções de Estrasburgo¹⁰ e de Varsóvia¹¹. E, assim, constituíam atividades de branqueamento –tendo marcado o primeiro período da sua incriminação em Portugal– a conversão ou transferência, ou de auxílio ou facilitação de alguma operação de conversão ou transferência, de vantagens provenientes de infrações antecedentes, «com o fim de ocultar a sua origem ilícita ou de ajudar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infrações a eximir-se às consequências jurídicas dos seus atos»; a ocultação ou dissimulação da «verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade» daquelas vantagens; ou, ainda, a aquisição, recebimento, utilização, detenção ou conservação de tais vantagens. A este respeito, cabe lembrar que o enquadramento internacional vinculativo perante o qual os Estados Parte estavam obrigados não significava uma imposição de incorporar literalmente no seu direito interno

⁶ Convenção das Nações Unidas relativa ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (1988).

⁷ Num primeiro período da nossa evolução legislativa, de 1993 até 2004, Portugal não constituiu exceção a esta tendência e as diversas configurações típicas do crime moldadas pelo legislador nacional reproduziram, de forma praticamente literal, a descrição das atividades de branqueamento contida na Convenção de Viena.

⁸ Convenção das Nações Unidas contra a delinquência organizada transnacional (2000).

⁹ Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (2003).

¹⁰ Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime (1990).

¹¹ Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo (2005).

as disposições constantes daqueles instrumentos internacionais referidos. O princípio da legalidade, na sua faceta de tipicidade, exige, em nome da segurança jurídica, limiares mais elevados de determinabilidade e clareza dos elementos constitutivos dos tipos legais de crimes. E, assim, que as descrições constantes daqueles instrumentos internacionais sejam consideradas os *pontos de referência* que devem orientar os legisladores penais nacionais na configuração que lhes está reservada dos tipos penais.

Com respaldo na margem de liberdade de que gozam os legisladores na determinação do direito interno, com a aprovação, em Portugal, do diploma de 2004¹² –que aditou o artigo 368^o-A ao Código Penal e marca o segundo período da evolução legislativa–, foi feito um esforço de depuração do tipo legal, consagrando duas modalidades de branqueamento: de conversão e transferência das vantagens (próximas do *layering*); e de ocultação e dissimulação das vantagens (próximas das condutas de *placement* e de *integration*). Desta forma, eliminaram-se do tipo legal –corretamente, de acordo com uma parte significativa da doutrina¹³– a simples aquisição, recebimento, detenção, conservação ou utilização das vantagens, incriminadas pelo direito anterior. Neste contexto cabia, assim, aos tribunais a valoração *in casu* das ações praticadas que correspondiam apenas a uma simples utilização ou aproveitamento normal (aquisição, recebimento, detenção ou conservação) das vantagens obtidas, cuja punição autónoma como branqueamento se entendia que exigia que obstaculizassem concretamente a identificação da proveniência ilícita destas. E, assim, tivessem a finalidade de as ocultar ou dissimular.

Com as recentes alterações introduzidas ao Artigo 368^o-A pela Lei núm. 58/2020 –e a abertura de novo período na evolução legislativa–, verificou-se que o legislador alargou a incriminação do branqueamento, a *quaisquer* condutas de aquisição, detenção ou utilização por terceiros de vantagens, em que o agente, no momento da aquisição ou no momento inicial da detenção ou utilização, conhece a sua proveniência ilícita. Desta forma, em nosso entender, o princípio da *necessidade* da intervenção penal –entre nós, de nível constitucional¹⁴– abre o passo à consideração da inconstitucionalidade da norma neste segmento. Im-

¹² Lei núm. 11/2004, de 27 de março.

¹³ Cfr., por todos, CAEIRO, Pedro, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor da Costa Andrade*, cit., pp. 291 e 292.

¹⁴ O apelo é ao Artigo 18.º, núm. 2, da Constituição da República Portuguesa, como referente do direito penal do bem jurídico.

porta, com efeito, acentuar o facto de as condutas em causa não terem ínsita a danosidade social específica e intrínseca e *legitimamente* ligada à incriminação destes comportamentos, que é o modo particularmente perigoso de efetuar branqueamento. Basta pensar na atuação de um qualquer cidadão prestador de serviços que recebe, como contraprestação, um bem cuja origem ilícita conhece. Em última análise, do nosso ponto de vista, justifica-se, *pelo menos*, uma interpretação restritiva da atual previsão legal ao nível da sua aplicação pelos tribunais. Por um lado, a afastar que se tenha de aceitar que estamos perante «um tipo de isolamento», a que se referia *Bottke*¹⁵ em relação ao tipo legal de branqueamento previsto no parágrafo 261.2, do Código Penal Alemão, já tendo em conta a sua versão de 1998, e que, neste ponto, se mantém inalterada com a última revisão operada pela Lei de 19 de junho de 2019. E em que se teria em vista «isolar», quer o autor da infração antecedente, quer as vantagens desta provenientes, por forma a que não seja possível a sua circulação. E, por outro lado, a significar conceder na distinção, em relação à conduta do agente que utiliza bens sabendo que provêm da prática de ilícitos típicos, entre as condutas que sejam e as que não sejam levadas a cabo com a finalidade de dissimular ou ocultar a sua origem ilícita. Para, assim, numa interpretação restritiva, só punir a utilização de vantagens que seja realizada com essa finalidade. E a mesma interpretação restritiva, com recurso àquele elemento subjetivo, deverá valer, também, para as condutas de aquisição e detenção com conhecimento, no momento inicial da aquisição ou detenção da proveniência ilícita dos bens. De notar que já não são abrangidas pela incriminação as situações de conservação de vantagens que implicam detenção continuada, em que um agente tem conhecimento da origem ilícita dos bens em um qualquer momento não inicial da detenção. Sendo certo que – a revelar a contradição da opção legislativa – a utilização destas vantagens em qualquer momento, então já com o conhecimento da sua proveniência¹⁶, é uma conduta incriminada pelo legislador.

¹⁵ Cfr. *BOTTKE*, Wilfried, «Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche», *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (Wistra)*, 14, núm. 2, 1995, p. 89.

¹⁶ Pense-se em casos em que o agente se desfaz de um bem que detinha, de cuja origem ilícita entretanto soube, ou que utiliza, nas mesmas condições, para ocorrer a uma necessidade pessoal.

C. A EXPANSÃO DA INCRIMINAÇÃO DO BRANQUEAMENTO A NÍVEL DA UNIÃO EUROPEIA

Importa destacar que a Diretiva (UE) 2018/1673, que abrange na obrigação de incriminação do branqueamento as condutas de aquisição, detenção ou utilização de bens, com conhecimento no momento da sua receção, de que provêm de uma atividade criminosa, não a subordina à cláusula de reserva dos princípios constitucionais e conceitos fundamentais dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros¹⁷.

Relativamente a este aspeto, cabe referir que, desta forma, se consolida uma tendência para criminalizar, a nível da União Europeia, qualquer modalidade de conduta que se realize sobre bens de procedência ilícita, sem se terem em conta considerações de *ultima ratio* ou de necessidade penal. Ao mesmo tempo que igualmente se obriga os Estados «a tomarem as medidas necessárias para assegurar que a cumplicidade, a instigação e a tentativa» relativas (também) a estas condutas «sejam puníveis como infrações penais»¹⁸. Abre-se, assim, o caminho para a pan-criminalização do branqueamento. Em que –se tivermos em conta que, como acaba de se colocar em relevo, se deve considerar como branqueamento quaisquer procedimentos mediante os quais, com conhecimento da sua proveniência ilícita, bens com essa proveniência se integram no circuito económico-financeiro– condutas que poderiam constituir tentativa de branqueamento em qualquer das modalidades de dissimulação ou ocultação são agora elevadas à categoria de crimes autónomos de branqueamento. É assim que, nestes termos, resultou para o legislador nacional a obrigação –não tendo o Estado Português considerado, no decurso do processo legislativo, a invocação de um «aspeto fundamental do seu sistema de justiça penal»¹⁹–, de incriminar a mera utilização de vantagens. A questão a equacionar é a de não ter estado vedado ao legislador nacional optar por expressamente incriminar apenas as condutas de quem utiliza vantagens na atividade económico-financeira ou os casos em que a sua utilização pelo agente tem como finalidade dissimular ou ocultar a sua origem ilícita. De resto, na mesma linha de raciocínio, as condutas de aquisição e de detenção, com conhecimento no momento inicial, respetivamente, de aquisição

¹⁷ Cfr. Artigo 3.º, núm. 1, alínea c).

¹⁸ Cfr. Artigo 4.º

¹⁹ Cfr. a possibilidade de utilização do «travão de emergência» contida no Artigo 83.º, núm. 3 do TFUE.

e de detenção, da proveniência ilícita dos bens²⁰ poderiam ter-se já considerado abarcadas pela nossa incriminação de branqueamento, ao contemplar condutas de auxílio ou facilitação da dissimulação de vantagens – opção que o nosso legislador não tomou.

Quanto ao círculo de autores possíveis do crime de branqueamento –e este é já outro aspeto a referir–, a Diretiva, na linha de expansão da criminalização, vem exigir, de forma *expressa*, diversamente do que acontece nos instrumentos internacionais até agora vinculantes, que os Estados-Membros tipifiquem como crime o autobranqueamento, não sendo esta obrigação aplicável à aquisição, detenção ou utilização de vantagens ilícitas²¹. A incriminação destas condutas, pelo que se refere à modalidade de aquisição, levaria, desde logo, a situações absurdas, já que o interveniente no facto antecedente, por um lado, não pode adquirir o que já detém como consequência do cometimento do facto e, por outro lado, ainda que adquira os bens que podem caber a outro dos participantes –por exemplo, depois da repartição dos benefícios obtidos–, estas situações podem desencadear a aplicação mecanismo do confisco. Por seu turno, incriminar como branqueamento a mera detenção ou utilização de vantagens obtidas com a prática de um facto típico e ilícito por quem deve ser perseguido e punido por este facto suscitaria, do nosso ponto de vista, a violação do princípio *ne bis in idem* ou eventualmente do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. De saudar é, pois, os termos em que, neste preciso aspeto, o legislador português transpôs a Diretiva, não incriminando o autobranqueamento no caso de condutas de detenção ou utilização de vantagens ilícitas. Não deixando de se reforçar que outra solução levaria à *exasperação* da expansão do crime de branqueamento no nosso ordenamento jurídico. Entretanto, pelo que se refere às modalidades de dissimulação ou ocultação de vantagens, pode aceitar-se –sem prejuízo do significado expansivo que tal injunção encerra– a imposição expressa de criminalização do autobranqueamento que agora se consagra. Importará tão-só salvar, tal como entre nós se clarificou já de há muito²², que isto não significa que o participante no facto antecedente possa ser sempre (de forma automática) *punido* como autor do crime de autobranqueamento quando dissimula ou oculta as vantagens obtidas com a prática daquele.

²⁰ Note-se que a Diretiva não impõe a criminalização da detenção de vantagens em que o detentor só posteriormente sabe da sua proveniência ilícita (cfr. Artigo 3.º, núm. 1, alínea c).

²¹ Cfr. Artigo 3.º, núm. 5, da Diretiva, em contraposição, sublinhe-se, com a obrigação *tácita* de incriminação, resultante do disposto na Convenção de Varsóvia.

²² Cfr. CAEIRO, Pedro, *Liber Discipulorum*, cit., pp. 1104 s.

A resposta a esta questão dependerá do caso concreto e deverá ser decidida em função do tipo de concurso que se verificar.

III. O confisco

O confisco, como já se disse, tem vindo a conhecer um grande incremento nos últimos tempos: do confisco clássico dos instrumentos, produtos e vantagens do crime, passando pelo confisco alargado até às modalidades de confisco não baseadas em condenação (*Non Conviction Based-NCB*). Entretanto, deve ter-se em mente que a adoção de diferentes modalidades crescentemente invasivas dos direitos fundamentais das pessoas e desligadas da função preventiva da criminalidade não reflete apenas uma tendência da atual política criminal para sobrevalorizar a eficácia na luta contra o crime à custa de limitações cada vez mais profundas dos direitos individuais. Vai para além disso e coloca em causa a função preventiva do jus *puniendi* alicerçada num ordenamento jurídico-penal concebido como um «ordenamento de liberdade», legitimado e limitado à luz da realização e proteção destes mesmos direitos. É isto que, em última análise, pode dizer-se que significa a adoção de procedimentos de confisco *in rem*, de natureza administrativa.

1. O processo de harmonização e o seu significado

Recorde-se que a Convenção de Viena, considerada a «convenção-mãe» em matéria de incriminação do branqueamento, salientou, do mesmo passo, a importância de «privar» as pessoas que se dedicavam ao tráfico ilícito de estupefacientes «dos produtos das suas atividades criminosas» e, assim, de «eliminar» o seu «principal incentivo para tal atividade». E esta mesma linha foi mantida, no âmbito regional do Conselho da Europa, com as Convenções de Estrasburgo e de Varsóvia.

A estreita relação entre branqueamento e confisco vai subsistir na União Europeia. Os dois primeiros instrumentos legislativos relativos à incriminação do branqueamento, a Ação Comum de 1998 e a Decisão-Quadro de 2001, versavam simultaneamente sobre o instituto da perda. Esta última dava sequência, de resto, às orientações do Conselho Europeu de Tampere, de 1999, que, nas suas Conclusões formuladas para o domínio do branqueamento, enfatizou a importância das medi-

das de confisco dos produtos do crime. E este entendimento avulta na Diretiva de 2018/1673, ao ponto de ter sido inserida no seu articulado uma disposição que não constava da respetiva Proposta, cuja finalidade é tão-só lembrar a legislação entretanto adotada pela União no domínio da harmonização legislativa quanto ao confisco.

A atenção dispensada ao confisco como *questão europeia* só ganha autonomia, em 2005, com a adoção da Decisão-Quadro 2005/212/JAI e, posteriormente, consolida-se com a Diretiva 2014/42/UE. Observa-se, entretanto, que o caminho foi trilhado sempre invocando a necessidade de cooperação mais efetiva entre as autoridades competentes dos Estados-Membros, dificultada pelas diferenças existentes neste domínio entre as legislações dos Estados-Membros²³. A Proposta de Diretiva²⁴ delineou mesmo a opção de uma solução legislativa máxima²⁵, que *incluía* disposições referentes ao reconhecimento mútuo, que todavia se ficaram – e bem – por um mero *desideratum*.

Não se nega a complementaridade entre os dois vetores de construção do espaço penal europeu que são a harmonização e o reconhecimento mútuo em que se faz assentar a cooperação judiciária²⁶. A questão, todavia, é a de saber se a promoção da cooperação num domínio onde esta se revela essencial para alcançar o objetivo de prevenção e luta contra a criminalidade organizada não se faz à custa de uma intenção menos clara da União de vincular os Estados-Membros a um alargamento das modalidades de confisco. E, assim, permitindo que a harmonização surja como «um fim em si mesmo», ao arrepio do entendimento que temos por mais consentâneo com o papel *subordinado* que lhe deve caber em relação à facilitação da cooperação.

Este recurso algo abusivo à harmonização ficou patente nas oscilações evidenciadas pelo legislador europeu quanto às bases legais em que se apoiou para adotar a Decisão-Quadro e a Diretiva: quanto à primeira, invocou, entre outras, a competência decorrente do Artigo 31.º, alínea c), do Tratado de Amesterdão, que se referia ao asseguramento da compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros, na medida do necessário para melhorar a cooperação; já na Diretiva escolheu como base legal o Artigo 83.º, núm. 1, TFUE, que o habilita a harmonizar no domínio das sanções penais, tendo ainda reco-

²³ Assim, Decisão-Quadro 2005/212/JAI, Considerando 1.

²⁴ COM/2012/085 final, Bruxelas, 12 de marzo de 2012, 2012/0036 (COD).

²⁵ Cfr. ponto 2.2.

²⁶ Cfr. MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008, pp. 67s.

rido, de uma forma vaga, ao Artigo 82.º, núm. 2, TFUE, mas não –e é isto que queremos sublinhar– à alínea d), do núm. 1, do mesmo Artigo, que lhe permite adotar medidas para «facilitar a cooperação entre as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-Membros, no âmbito da investigação e do exercício da ação penal, bem como da execução das decisões». Dito isto, não é com surpresa que o objetivo da Diretiva enunciado no Considerando 5, como sendo o da «aproximação dos regimes de congelamento e de perda dos Estados-Membros» mediante a «adoção de regras mínimas», surja *disfarçado sob as vestes* da promoção da «confiança mútua» e de «uma cooperação transfronteiriça eficaz». Acrescendo ainda sublinhar como, também neste domínio do confisco se favorece, desta forma, a realização da vocação securitária e expansiva do direito penal europeu, porquanto se impõem apenas regras mínimas e se permite que nos vários ordenamentos jurídicos nacionais sejam consagrados instrumentos mais agressivos.

A Diretiva prosseguiu na via da harmonização do confisco alargado, que «condensou» numa previsão única. Este instrumento não era desconhecido de muitos ordenamentos jurídicos nacionais, incluído o português²⁷, correspondendo, no direito europeu, a uma decisão de confisco em que se visam os bens pertencentes a uma pessoa condenada por determinadas infrações penais que possam ocasionar um benefício económico, quando «um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso»²⁸. Quanto ao confisco NCB, ele foi introduzida na Diretiva, embora somente para casos de *doença* ou de *fuga* do arguido ou suspeito e exigindo-se que um processo penal *in personam* já tenha sido instaurado «por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, e em que tal processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou arguido tivesse podido comparecer em juízo»²⁹. De qualquer modo, no âmbito jurídico europeu, isto constituiu uma novidade, já que esta modalidade de confisco só era conhecida da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³⁰.

²⁷ A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (cit. Lei núm. 5/2002), consagrou o regime do confisco ou perda alargada no Artigo 7.º

²⁸ Cfr. Artigo 5.º, núm. 1, Diretiva 2014/42/UE.

²⁹ Cfr. Artigo 4.º, núm. 2, Diretiva 2014/42/UE.

³⁰ Cfr. Artigo 54. 1. alínea c), alargada aos casos de falecimento.

Neste contexto, é interessante observar como as disposições referentes ao confisco NCB da Proposta de Diretiva foram das que sofreram mais alterações, orientadas no sentido de reforçar as garantias e os direitos fundamentais face ao potencial de eficácia do instituto, podendo concluir-se que o legislador europeu foi cauteloso na sua previsão. Para além de a ter limitado aos casos de doença ou fuga, saliente-se que não contemporizou com a suficiência de um padrão civilista de prova, referindo-se a um processo penal capaz de conduzir a uma condenação penal –logo com um estalão superior de prova– caso o julgamento tivesse sido possível. Pode aqui falar-se, pois, em confisco NCB *de índole criminal* que é possível mesmo na ausência de condenação.

2. O princípio do reconhecimento mútuo aplicado às decisões de confisco

Acentuado que a cooperação judiciária assume um relevo particular no que diz respeito à recuperação de ativos, é sabido que a União Europeia acolheu como sua pedra angular, desde Tampere, o princípio do reconhecimento mútuo. Não pode esquecer-se, entretanto, que, na origem, o princípio foi formulado pelo Tribunal de Justiça, no âmbito comunitário, para o mercado interno³¹, não devendo importar-se para o domínio penal sem atender às diferenças que intercedem entre estes domínios³². Sem desconsiderar que a adoção de alguns (poucos) instrumentos legislativos ou o desenvolvimento de alguns princípios³³ permitem que o reconhecimento mútuo no âmbito penal assegure a realização de direitos fundamentais das pessoas visadas com as decisões judiciárias, sublinha-se que o que está em causa é facilitar a realização do «direito de punir» de cada Estado-Membro e promover a eficácia dos sistemas penais nacionais e a realização da repressão no espaço europeu. E, neste contexto, chamou-se desde sempre a atenção para a orientação

³¹ A referência é ao caso *Cassis de Dijon*, já do final dos anos setenta do século passado.

³² Cfr. FLORE, Daniel, *Droit Pénal Européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, 2009, p. 369. Também neste sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, «Judicial Cooperation in Criminal Matters. The Principle of Proportionality and the Effectiveness of the European Arrest Warrant», *Joachim Vogel in memoriam, Cahiers de Défense Sociale*, 2013, p. 89. Especificamente, para as referências que se seguem, cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, «A importância da cooperação judiciária para efeitos de recuperação de ativos – o Regulamento (EU) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018», Conde, João (org.), *Cooperação Judiciária para efeitos de Recuperação de Ativos*, Coordenadores: Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia, Almedina, 2021, p. 9s (p. 25s).

³³ A referência é aos desenvolvimentos do princípio *ne bis in idem* no espaço de liberdade, segurança e justiça.

securitária do princípio, ao proteger mais os interesses egocêntricos dos Estados e menos os direitos das pessoas.

Neste ponto, entretanto, deve lembrar-se que o Tratado de Lisboa veio conferir um *novo peso* à harmonização do direito processual penal, traduzida em progressos efetivos, e que permite minorar os riscos de o reconhecimento mútuo ser o gérmen de um «nivelamento por baixo» das garantias processuais. O caminho que está a ser feito permite avaliar a construção de um processo penal *européu*, em que se pretende garantir a todos os suspeitos e arguidos um nível mínimo comum de garantias processuais no espaço da União. A harmonização em matéria de processo penal permite, pois, justificar a via *específica* da cooperação judiciária que é, aqui, o reconhecimento mútuo. E em que, do mesmo passo que (aquela) não se deixa funcionalizar à realização deste objetivo, serve indiscutivelmente a sua facilitação: o facto de uma autoridade judiciária saber que uma decisão processual tomada num Estado-Membro respeita garantias equivalentes às que são tidas em conta caso ela seja tomada no seu Estado favorece a aceitação do bem fundado daquela decisão e o seu reconhecimento como sua.

O que se vem de dizer, todavia, não isenta da necessidade de se estabelecerem controlos jurisdicionais adequados tendo em vista a garantia dos direitos fundamentais das pessoas visadas num procedimento de reconhecimento mútuo. Questão que se equaciona à luz de uma variável de valor descritivo, mas não normativo: a confiança mútua.

Quer-se aqui chamar a atenção para o carácter *artificial* de que esta se pode revestir. E, assim, para o lado criticável do «brevet de boa conduta» passado aos Estados-Membros: quando se trata de direitos fundamentais, eles não valem se não forem efetivos, devendo prevalecer uma lógica de controlo pelo seu respeito. O que implica defender a possibilidade de as autoridades judiciárias competentes de um Estado-Membro não executarem uma decisão proferida em outro Estado-Membro em nome da salvaguarda de direitos fundamentais. E, assim, não ceder, neste domínio, a uma espécie de *otimismo balofo* e antes assegurar que «as garantias garantem realmente». A questão do património comum europeu que constituem os direitos fundamentais é uma questão de controlo jurisdicional do respeito dos direitos fundamentais³⁴. E que deve ser vista à margem da confiança mútua, não se situa numa lógica de confiança, pois que é uma questão de garantia «concreta» e «real» e não

³⁴ Assim, e no que se segue, RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, cit., pp. 132 s. e nota 331; *id.*, «Criminalidade organizada – das fronteiras à cooperação judiciária», Manuel Valente (coord), *Corpus Delicti I*, Almedina, pp. 31 s. (pp. 42 s.).

«ilusória» ou «formal». É apenas na base desta garantia que é racional acordar-se mutuamente confiança. Não está aqui em causa uma «confiança confiante», politicamente fundada na vinculação teórica dos Estados-Membros a um património de valores comuns, antes uma confiança que exige mecanismos que permitam garantir a sua efetividade e se assume, por contraposição, como uma «confiança desconfiada», juridicamente fundada. O que o controlo jurisdicional demonstra, em último termo, é que a confiança, como pressuposto do reconhecimento mútuo, é *infundada e ilegítima*³⁵. A existência de controlos pode servir para remediar as eventuais violações de direitos fundamentais, mas nem estes nem, antes deles, os textos legais podem impedir que os direitos e liberdades não sejam desrespeitados, as garantias ignoradas e os valores menosprezados. Deste ponto de vista, portanto, a confiança é tão-só uma aposta, algo que ignora a realidade, apegando-se a uma *verdade anterior* que *resistirá* à possível negação do concreto. Sem poder ser um pressuposto do reconhecimento mútuo, a sua *pré-existência* é-lhe, todavia, necessária. Não só porque comprometer-se na via do reconhecimento mútuo implica a sua *existência anterior* a este compromisso, como bem compreendeu o Tribunal de Justiça logo no início do século, na decisão *Gozutok e Brugge*³⁶; mas também na medida em que apenas a efetividade da confiança mútua –como garante da participação ativa dos atores do sistema da justiça penal sem a qual o princípio do reconhecimento mútuo seria letra morta– pode assegurar o funcionamento em concreto do princípio do reconhecimento mútuo. A confiança pode, então, ser concetualizada como o elemento meta-jurídico que resulta da interação dos atores do sistema e que permite o desenvolvimento de uma justiça penal europeia comum, numa referência a *Habermas* e à «intersubjetividade superior dos processos de entendimento que se efetuem, nomeadamente, na rede comunicacional dos espaços públicos» e, assim, nas «relações concretas e nos acordos mútuos que se estabeleçam entre os atores do sistema, para além das fundamentações políticas ou jurídicas». Atores que, se não atuam exclusivamente baseados na racionalidade, não são um «povo de diabos» –de novo na senda

³⁵ Assim, FLORE, Daniel, «La notion de confiance mutuelle: l' «Alfa» ou l' «Oméga» d'une justice pénale européenne?», *Mutual Trust in the European Criminal Area* (Ed. Gilles De Kerchove/ Anne Weyembergh), IEE, Université de Bruxelles, 2005, pp. 27 e 28.

³⁶ Diferentemente do sentido do reconhecimento mútuo para que apontava o Programa de Medidas –que não se podia realizar a não ser que uma confiança mútua existisse (como seu pressuposto)–, o Tribunal de Justiça *deduziu da existência de normas materiais de reconhecimento a existência anterior* de uma confiança mútua. Assim, cfr. Casos C-385/01 e C-187/01, Processo Penal c. Klaus Brugge e Processo Penal c. Huseyin Gozutok, de 11 de fevereiro de 2003.

de Habermas—, mas «indivíduos de boa vontade, desejosos de estabelecer o laço social sobre uma base cooperativa». Por isso a confiança mútua releva da intersubjetividade e é *evolutiva*: não pode repousar inteiramente em critérios objetivos e é o resultado de ajustamentos permanentes entre os atores do sistema de justiça penal. O que, no espaço de liberdade, segurança e justiça europeu, faz com que se possa ter mais confiança quando há menos razões objetivas para se ter confiança e ter-se menos confiança quando há mais razões objetivas para se ter confiança, uma vez que o grau de expectativa contido na confiança aumentou mais rapidamente do que a capacidade do sistema penal para se adaptar a esta expectativa. A confiança mútua é, assim, afinal, o que faz com que se seja cada vez mais exigente em face do mecanismo que a permitirá *ir atingindo* e que é o reconhecimento mútuo.

Nesta perspetiva, concorda-se, pois, em geral, que o princípio está construído sobre o entendimento de que (algumas) diferenças legais são ignoradas em favor da cooperação, sendo «inaceitável» ou «um sinal de desconfiança» uma verificação do preenchimento dos pressupostos de um mandado ou de uma decisão. Num modelo de cooperação assim concebido, pelo que se refere especificamente ao confisco, o objetivo é que a decisão sobre ele produza o efeito de as autoridades judiciárias do Estado onde os ativos se encontram o reconheçam e o executem. Mas isto não faz esquecer a exigência de que a diversa legislação europeia que desenvolve o princípio do reconhecimento mútuo deve incluir cláusulas de salvaguarda dos direitos fundamentais a que as autoridades judiciárias devem atender no cumprimento dos mandados ou das decisões nos vários domínios onde o princípio vale, assegurando o controlo jurisdicional efetivo perante as suas eventuais violações. Por forma a poder concluir que os progressos no sentido da eficácia da cooperação que assim se pretende instituir no espaço da União não são prosseguidos à custa, apesar de tudo, de um sacrifício da garantia da proteção de um nível mínimo comum de direitos fundamentais.

A aprovação do Regulamento 2018/1805/UE representa o culminar de uma evolução marcada por estas linhas de desenvolvimento. De um lado, chamava-se a atenção para o facto de os instrumentos adotados até ao momento não estarem à altura das alterações legislativas levadas a efeito, quer nas legislações nacionais de alguns Estados-Membros, quer na União Europeia, com a Diretiva 2014/42. Por outro lado, invocava-se que a utilização de decisões-quadro não se tinha mostrado eficaz, uma vez que não se transpuseram nem aplicaram de maneira uniforme nos Estados-Membros: um regulamento, de aplicação direta

nas ordens jurídicas internas, subtraído à álea da transposição, favorece a pretendida uniformização de aplicação. A opção suscitou reparos no Conselho, perante a *novidade* do tipo de instrumento utilizado no domínio da cooperação judiciária penal –que levaram à inclusão de um Considerando no Regulamento em que se assume, embora com tibieza, o compromisso de alguma prudência a este respeito³⁷–, e *perplexidade* na doutrina. A este propósito, refira-se que a base jurídica invocada para a adoção do Regulamento é a alínea a), do núm. 1, do Artigo 82.º, TFUE, com o que se interpretou – ou, mais ainda, se sufragou – esta base de competência do legislador europeu como uma atribuição de competência *direta* em matéria de processo penal. Apesar de se tratar de uma possibilidade de competência apenas para efeitos de cooperação vertical –relativa à adoção de regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento mútuo em toda a União–, o passo dado pelo legislador europeu ao utilizar pela primeira vez neste domínio um regulamento tem um impacto político-criminal muito forte. Que releva, não só do alcance do Regulamento em si mesmo, mas também do *efeito de arrastamento* do reconhecimento mútuo sobre as questões substanciais. Sem esquecer, ainda, a repercussão sobre os direitos fundamentais que a matéria de reconhecimento mútuo e execução de decisões judiciais envolve.

Uma das questões mais controversas levantadas pelo Regulamento prende-se com o seu âmbito de aplicação pelo que se refere às decisões de confisco por ele abrangidas e ao sentido a conferir às medidas de confisco «emitidas *no âmbito de processos em matéria penal*» para efeitos de reconhecimento mútuo. Em nosso entender, a resposta deve ser encontrada a partir da interpretação conjugada das definições de decisão de confisco e de bens que são passíveis de confisco, com o enquadramento que lhe confere o Considerando 13 do Regulamento, tendo ainda em conta o elenco *fechado* de motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de confisco³⁸. Neste contexto, há que lembrar que o critério decisivo de distinção das decisões de confisco para efeitos de cooperação judiciária passa por as diferenciar em função de elas serem ou não impostas na base de uma condenação e que, além disso, o reconhecimento mútuo está, como deve, limitado à sua expressa previsão para os casos específicos que se pretendam contemplar. No âmbito do Regulamento, isto significa que uma decisão de confisco sem condenação não pode prescindir, para efeitos de reconhecimento

³⁷ Cfr. Considerando 53.

³⁸ Cfr. Artigo 19.º, núm. 1.

mútuo, de uma *conexão* entre uma infração penal e determinados bens, que deve ficar *clara* no *processo penal* onde essa conexão foi estabelecida. O que se verifica, quanto às decisões de confisco previstas na Diretiva 2014/42/UE e quanto a outras tomadas «relativamente a uma infração penal». E, assim, sem dúvida, decisões de confisco sem condenação penal. Neste ponto, se confrontarmos o atual dispositivo do Regulamento com o da Proposta de Regulamento contidos nos respectivos artigos 2.º, núm. 3, alínea d), observa-se que este inciso não constava da Proposta. A sua inclusão, agora, veio inclusivamente contribuir para esclarecer que estamos perante um confisco NCB *penal*. O que o Regulamento não abrange são decisões de confisco tomadas por um tribunal fora de um processo em que não tome em conta na decisão a relação entre uma infração penal e determinados bens e as exigências, de nível penal, de prova, que se colocam para estabelecer a conexão. E, assim, (não abrange) as decisões de confisco sem condenação que, neste sentido, não sejam penais, independentemente da circunstância de o tribunal que as tome ter ou não ter jurisdição penal. O que quer dizer, com efeito, que as decisões de confisco abrangidas pelo Regulamento não têm de ser emitidas por um tribunal com jurisdição em matéria penal –o Regulamento não se refere a este aspeto³⁹, mas antes a decisões de confisco emitidas «no âmbito de processos em matéria penal» por um tribunal relativamente a uma infração penal⁴⁰–, mas já têm de referir-se a decisões de confisco tomadas com estalão de prova penal. Por aqui avultando como a delimitação do âmbito de aplicação do Regulamento relativamente às decisões emitidas «no âmbito de processos em matéria penal» deve fazer-se por referência às decisões de perda especificamente definidas no Regulamento. Neste sentido, estão apenas abrangidas pelo Regulamento as decisões sem condenação penais, *independentemente do tribunal que as pronuncie*, mas já não as decisões tomadas em procedimentos *in rem*. Que, como se observa, o legislador europeu excluiu expressamente –sem surpresa, neste contexto– do âmbito de aplicação do Regulamento (Artigo 1.º, núm. 4).

³⁹ Cfr. Artigo 1.º, núm. 1, do Regulamento, ao invés do que se verificava na Decisão-Quadro 2006/783, Artigo 1.º, núm. 1,

⁴⁰ Cfr. Artigo 2.º, núm. 2, do Regulamento.

IV. A concluir

A luta contra a criminalidade organizada e lucrativa desenvolve-se hoje segundo três eixos: o recurso ao instrumento do confisco, a instauração de um apertado sistema preventivo de branqueamento e a incriminação de condutas que visam a conservação das vantagens obtidas com a prática daquela atividade criminosa. Aliados ao alargamento crescente do confisco, o relevo que vem assumindo um arcaboço legal de cariz preventivo de malha cada vez mais fina e a expansão do sistema repressivo do branqueamento obrigam a repensar o sentido da orientação político-criminal prosseguida e a interrogarmo-nos sobre a sua legitimidade e eficácia.

A ampliação da incriminação do branqueamento a nível nacional faz-se sentir num contexto em que a União Europeia colocou mais uma pedra no caminho do expansionismo penal com a adoção da Diretiva 2018/1673. A deriva securitária do direito penal europeu aqui manifestada é patente, quando se *proclama*⁴¹, sem demonstrar, que a obrigação de criminalização já existente não é «suficientemente coerente» para o «combater eficazmente», traduzindo-se em «lacunas na aplicação da lei e em obstáculos à cooperação entre as autoridades competentes dos diferentes Estados-Membros». Não se descortinam as razões que levaram a União, com esta iniciativa legislativa, a ir mais longe na amputação da margem de liberdade dos legisladores nacionais do que a que resulta dos instrumentos internacionais em vigor na matéria e pelos quais –note-se– os Estados-Membros já se encontravam vinculados. Entretanto, é no espaço de competência que permanece para os legisladores nacionais de conformação dos tipos legais de crimes que se levanta a questão da transposição do instrumento legislativo europeu, também ela a suscitar um juízo em termos de expansionismo punitivo. O problema vai para além da margem de liberdade do legislador nacional que resulta do princípio da legalidade, na vertente da tipicidade. E de acordo com o qual a transposição não supõe a transcrição dos termos da Diretiva e não afasta a exigência, para o legislador, não só de determinabilidade dos elementos típicos do tipo legal de crime, mas também de considerar o ordenamento jurídico no seu conjunto e, a partir daí, ponderar a eventual desnecessidade, designadamente por redundância, de uma criminalização de certas condutas. A questão situa-se, para nós, ao nível das opções político-criminais que, à luz do respeito pelos princí-

⁴¹ Considerando 4.

pios constitucionais, cabe ao legislador nacional verter nas normas incriminadoras. E que, no caso das alterações legislativas da incriminação do branqueamento que apreciamos nos suscita reservas fundadas.

Já para efeitos de reconhecimento mútuo das decisões de confisco o Regulamento não deixa dúvidas de que todas elas têm de ser tomadas, nos Estados-Membros, asseguradas as garantias processuais em matéria penal. As salvaguardas exigidas no Considerando 18 confirmam o bem fundado das modificações que sofreu, durante o processo legislativo da Diretiva 2014/42, o confisco sem condenação, no sentido da sua conformação como um instituto que não tivesse apenas em vista a eficácia e descursasse a proteção dos direitos fundamentais dos visados. Na verdade, não é só o patamar mínimo comum de direitos fundamentais em matéria processual penal afirmados por uma série de instrumentos jurídicos adotados nos últimos tempos na União Europeia que constituem um passo muito relevante na construção de um processo penal comum. Atesta de sobremaneira a firmeza que se quer atribuir a esse passo a afirmação⁴² de que esses direitos processuais devem ser aplicáveis, no âmbito de aplicação das respetivas diretivas, aos *processos penais* abrangidos pelo Regulamento, e, especificamente, que as salvaguardas essenciais dos processos penais estabelecidas na Carta deverão ser aplicáveis aos processos em matéria penal abrangidos pelo Regulamento «que não são processos penais». Isto representa, desde logo, uma via consistente para melhorar certos institutos de confisco conhecidos nos diferentes ordenamentos jurídicos do ponto de vista do nível das garantias que devem respeitar, tendo em conta a prevenção dos entraves à cooperação judiciária que se visa no presente Regulamento. Que se promoverá através do aumento de garantias de que se rodeie a utilização dos instrumentos em causa e não, ao invés, pela delapidação de garantias dos direitos das pessoas visadas por eles. E assume, ainda, uma importância decisiva, no bom sentido do caminho a ser feito, o poder de recusa de reconhecimento e de não execução das decisões de confisco cuja execução «nas circunstâncias específicas do caso», iria «implicar uma violação manifesta de um direito fundamental relevante tal como estabelecido na Carta, em especial, o direito a um recurso efetivo, o direito a um julgamento equitativo ou o direito de defesa»⁴³. A garantir que a confiança mútua só existe na interação entre os protagonistas do sistema judiciário que constantemente a colocam à prova e a fazem progredir.

⁴² Cfr. Considerando 18.

⁴³ Cfr. Artigo 19.º, alínea h), do Regulamento 2018/1805.

HACIA EL DERECHO PENAL QUIMÉRICO: LA PROTECCIÓN DE LOS INVERSORES Y LA CONFIANZA EN LOS MERCADOS FINANCIEROS

FERMÍN MORALES PRATS

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona

A Luis Arroyo Zapatero, maestro de maestros, buen amigo y persona entrañable.
«tres personas pueden guardar un secreto si dos de ellas están muertas»

Benjamin Franklin

I. Introducción

La criminalización de la fuga o abuso de información privilegiada en el mercado bursátil ya motivó en el pasado la división de la doctrina en torno al recurso al Derecho penal para la tutela de intereses de gran trascendencia para el sistema económico y financiero.

Efectivamente la protección de la información privilegiada en el mercado de valores se hace dificultosa pues se trata de un ámbito inversor de carácter especulativo en el que los valores (no reconocidos legalmente) son la anticipación y la adivinación. Por tanto, se trata de un ámbito en el que parece que los instrumentos más adecuados de tutela se sitúan fuera del Derecho penal a través de normas preventivas que por ejemplo garanticen la imposibilidad de las denominadas «*puertas giratorias*» entre la ostentación de cargos en las comisiones de control públicas y las entidades privadas de inversión.

No obstante, lo anterior la Unión Europea no ha cesado de echarse en brazos del Derecho penal en pos de la protección de los intereses de los inversores en los mercados financieros. La bandera es instaurar la confianza necesaria en esos mercados para su fortalecimiento, y el medio para alcanzar tal objetivo es poner freno al abuso de mercado. A tan altos intereses y menesteres (al margen de inalcanzables) se endereza la Directiva 14/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de

abril de 2014, relativa a las sanciones penales aplicables al abuso de mercado. La Directiva establecía como plazo para la trasposición en el Derecho interno de los Estados Miembros el periodo de dos años, de manera que el vencimiento para la recepción en Derecho interno venía en julio de 2016.

II. La Reforma del Código Penal de 2019

En España la recepción de la referida Directiva, no se ha producido hasta la Reforma de 2019, operada por Leyes Orgánicas 1/2019 y 2/2019. El Estado español de manera urgente recepcionó la Directiva, puesto que, vencido ya el plazo legal para la trasposición, se había ya iniciado un procedimiento formal de infracción contra el Estado español por parte de la Comisión Europea, circunstancia a la que se alude incluso en el propio Preámbulo de la LO 1/2019 de modificación del Código Penal.

La Directiva sobre abuso de mercado viene a establecer normas mínimas en materia de sanciones penales que resultan aplicables a las operaciones con información privilegiada; pero el instrumento comunitario añade ahora como objeto de intervención del Derecho penal la comunicación ilícita de información privilegiada y la manipulación de mercado, lo que se ha reflejado en la introducción de nuevas tipicidades en el Código Penal español. Y el objeto jurídico de protección lo señala claramente la Directiva, cifrado en la garantización de la integridad de los mercados financieros de la Unión Europea y el aumento de la protección de los inversores como medio para garantizar la confianza en los mercados financieros.

Este mandato de la Directiva ha supuesto la inclusión en el Código Penal de tres nuevos tipos penales que se ubican en los artículos 285 bis, 285 ter y 285 quáter. Amén de lo anterior, además, se ha abordado la modificación del artículo 285, incluyéndose la tipificación de nuevas formas comisivas del hecho delictivo, especificándose además de manera explícita los supuestos en los que legalmente se entiende que una persona tiene acceso reservado a la información privilegiada; a todo lo anterior hay que añadir la inclusión de un tipo agravado para los casos en los que el responsable del hecho fuera trabajador o empleado de determinadas entidades de crédito o de inversión, o bien ejerciera funciones como autoridad supervisora o reguladora.

Por consiguiente, un plan legislativo robusto en cuanto a la intervención del Derecho penal, cuestión distinta será si esta intervención es efectiva o por el contrario produce una jurisprudencia absolutamente exigua como ha ocurrido hasta la fecha.

Junto a todo este cuadro cifrado en el fortalecimiento de la intervención penal, en la Reforma de 2019 se produce otra medida legislativa que refleja la confianza ilimitada de las instituciones comunitarias y del legislador español en la intervención del Derecho penal en la materia. En efecto, la reforma apuesta por un adelantamiento de las barreras de protección que ofrece el Derecho penal, pasándose a tipificar expresamente (art. 285 quáter) la punición de los actos preparatorios para delinquir en el sector referenciado. Otras exigencias presentes en la normativa comunitaria relativas a la necesaria punición de los actos de incitación para delinquir, de la complicidad y de la tentativa no han exigido cambios en la legislación penal española por cuanto ya eran punibles a través de las normas de la Parte General relativas a las formas de participación (arts. 28 y 29 CP) y las formas imperfectas de la ejecución del delito (art. 16 CP). La novedad por tanto se limita a la incriminación de los actos de proposición, conspiración y provocación para delinquir en el art. 285 quáter CP, una muestra más de lo que podemos denominar «Derecho penal quimérico».

Se ha querido ver en la nueva regulación operada con la reforma de 2019 un cambio en el objeto jurídico de protección por cuanto el Derecho penal pasaría a orientarse a la protección de la integridad de los mercados y de la confianza de los inversores que actúan en ellos, de manera que quedaría diluida las referencias al contenido patrimonial de las infracciones. Esto solamente es cierto en términos relativos por cuanto la nueva regulación del Código Penal, y en particular el art. 285, no han podido desanclarse definitivamente de referencias de impronta patrimonial. Pero es cierto que el principal eslogan de la Directiva comunitaria pretende alejarse de referencias patrimonialistas; así, en su Considerando Primero (1) la Directiva señala: «un mercado financiero integrado y eficiente de una mayor confianza de los inversores requiere integridad del mercado. El buen funcionamiento de los mercados de valores y la confianza del público de los mercados son requisitos para el crecimiento y la riqueza económica. El abuso de mercado daña la integridad de los mercados financieros y la confianza del público de los valores, los instrumentos financieros derivados y los índices de referencia»

III. El nuevo tenor del art. 285 CP

La regulación anterior de la reforma de 2019 afrontaba ya la sanción de concretas conductas delictivas por utilización de información privilegiada y manipulación de información de mercado, pero el contenido del art. 285 CP originario no abarcaba todos los supuestos específicamente reclamados en la normativa europea.

En la reforma de 2019, como se ha dicho, se añaden nuevas modalidades típicas y, en particular, se modifica el art. 285 ampliando la esfera típica de conductas. El texto anterior a la reforma incriminaba el uso de alguna información relevante para la cotización de valores o instrumentos negociados en mercados organizados a la que se hubiera tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de una actividad profesional o empresarial; alternatively se incriminaba el suministro de esa información. A tenor de lo anterior, el precepto delimitaba la esfera potencial de sujetos activos con respecto a los que de forma directa o por persona interpuesta perpetraran alguna de las dos modalidades típicas antes reseñadas (uso o bien suministro de esa información).

El legislador de 2019 en el apartado 4 del art. 285 pasa a especificar la esfera de sujetos que tiene acceso reservada a la información privilegiada. De este modo se alude a los miembros de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor o del participante del mercado de Derechos de emisión, a quienes participen en el capital del emisor o del participante del mercado de Derechos de emisión, a quienes conozcan la información con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, y a quienes la obtengan a través de una actividad delictiva. El tipo penal pues verifica una ampliación de los sujetos potencialmente concernidos por el precepto. Esta expresa introducción de estos grupos de sujetos activos tiene parangón en las previsiones de la Directiva de abuso de Mercado que, en relación con las «operaciones con información privilegiada, recomendación o inducción a otra persona a realizar operaciones con esa información» fija un ámbito de sujetos aptos típicamente que guarda simetría con el que ahora se ha introducido en el Código Penal en la reforma de 2019 (art. 3.3 de la Directiva).

No obstante, parece de más calado la reforma del art. 285.1 CP en punto a la introducción de nuevas conductas típicas, puesto que, probablemente, con una interpretación teleológica del texto anterior del art. 285 CP se hubiera podido abrazar a una esfera equivalente de sujetos activos. Centrados pues en las nuevas conductas típicas, debe remarcar que ahora el precepto robustece el área de intervención del

Derecho penal. Se sigue manteniendo la expresión de conducta directa o por persona interpuesta pero ahora se alude a actos de adquisición, transmisión o cesión de un instrumento financiero, o bien de cancelación o modificación de una orden relativa a tales instrumentos, siempre que en tales conductas se hubiere utilizado información privilegiada para que se hubiere accedido de manera reservada en los términos del apartado 4 del art. 285 que antes hemos reseñado. Hasta aquí podría sustentarse que este enjambre de conductas podría haberse cobijado en la modalidad típica de «uso» de información privilegiada conforme al tenor previo del precepto a la reforma de 2019. Lo relevante es que el precepto ahora alternativamente añade la recomendación a terceros del uso de dicha información privilegiada para llevar a cabo alguno de los actos anteriormente referidos que se hayan en el primer segmento del precepto antes expresado.

De nuevo el art. 285.1 CP se sitúa en conexión directa con la Directiva de abuso de mercado que en su art. 3 alude como conductas que deben ingresar en la esfera de incriminación las relativas a la recomendación e inducción. En concreto el apartado 6 del art. 3 de la Directiva preceptúa: A efectos de la presente Directiva, recomendar que una persona realice operaciones con información privilegiada o inducir a una persona a que realice operaciones con información privilegiada se produce cuando una persona posee dicha información y: a) recomienda sobre la base de dicha información, que otra persona adquiera, transmita o ceda instrumentos financieros a los que se refiere la información, o induce a esa persona a realizar la adquisición, transmisión o cesión, o b) recomienda sobre la base de dicha información, que otra persona cancele o modifique una orden relativa a un instrumento financiero al que se refiere la información, o induce a dicha persona a realizar la cancelación o modificación.

También han variado los condicionantes típicos del art. 285.1 CP. Ahora la relevancia penal de las conductas queda condicionada típicamente a la consecución de un beneficio económico o causación de un perjuicio en cuantía superior a 500.000 € (en la redacción anterior se fijaba en 600.000 €), a que el valor de los instrumentos financieros utilizados sea superior a 2.000.000 € o bien a que se cause un grave impacto en la integridad del mercado. La introducción de esta última alternativa no debe extrañar, puesto que la directiva persigue fijar como objeto jurídico de protección la idea de integridad en los mercados y confianza en los inversores, como valor que incluso se antepone al contenido patrimonial subyacente en las infracciones. No obstante, este *desidera-*

tum de la Directiva no excluye la crítica por la utilización sistemática de cláusulas típicas indeterminadas que van a quedar al albur de los tribunales sin que se pueda generar un mínimo de seguridad jurídica.

Por lo que respecta a los tipos agravados del art. 285 CP, el numeral 2 recoge figuras agravadas que implican la imposición de la pena en su mitad superior. Debe precisarse la exasperación punitiva que trae consigo la reforma puesto que en el tipo básico ya se opera una elevación del tope máximo de la pena de prisión que pasa de 4 a 6 años.

Se mantiene la modalidad típica agravada relativa a que el sujeto se dedique de forma habitual a las anteriores prácticas de operaciones con información privilegiada; en consecuencia deberá mantenerse la interpretación de la habitualidad conforme a patrones interpretativos estrictamente penales, lo que supone que concurra la repetición de tres actos típicos a efectos penales, sin que sea suficiente para conformar la habitualidad la comisión de infracciones administrativas relativas a prácticas con información privilegiada.

Se suprime el tipo agravado relativo a que la conducta típica cause grave daños a los intereses generales. La supresión de esta modalidad agravada parece plausible dado que la determinación del concepto de grave daño a los intereses generales sume de nuevo al intérprete en la indeterminación e inseguridad jurídica, solo solventable a través de la mera especulación o el voluntarismo interpretativo. No obstante, se mantiene el tipo agravado relativo a la obtención de un beneficio de notoria importancia, hipótesis que igualmente nos sumerge en la imprecisión y falta de taxatividad. Al menos, el legislador de 2019 ha dejado de referirse con carácter exclusivo a la obtención de un beneficio para referirse también a la evitación de pérdidas o bien a la causación de perjuicios de notoria importancia, precisiones que desde el punto de vista del incremento desvalor tienen su lógica.

Pero el desasosiego del legislador no cesa. Tras la trasposición de la Directiva, ha optado por incorporar una nueva agravación específica (pena en su mitad superior) si el responsable del hecho fuera empleado de empresas de servicio de inversión, entidades de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidades rectoras de mercados regulados o centros de negociación.

De nuevo el Código Penal se sitúa en la línea de las previsiones de la Directiva abuso de mercado, identificando un mayor desvalor de acción efectivo y un mayor valor de resultado potencial para los intereses protegidos, cuando el responsable opera profesionalmente en empresas

o entidades del sector. La referencia a las autoridades supervisoras merece una reflexión que más adelante se expondrá.

En otro orden de consideraciones el art. 285 en su apartado 5 contempla un tipo atenuado cuando el responsable del hecho, sin tener acceso reservado a la información privilegiada, la obtenga de cualquier modo distinto de los previstos en el apartado anterior y la utilice sabedor de que se trata de información privilegiada.

Esta nueva previsión típica guarda similitud con la configuración de la estructura típica que ofrece el Código Penal en otros ámbitos en los que se tutela también la información. En el caso de los delitos contra la intimidad me refiero al artículo 197.3 párrafo 2 y en el relativo a los delitos contra los secretos de empresa al artículo 280 CP. Como se puede comprobar se trata de dos previsiones típicas que deben quedar encuadradas en lo que se ha venido a denominar por la doctrina como «delitos de indiscreción». En este tipo de configuraciones típicas el autor del delito perpetra una utilización ilícita de la información, ya sea concerniente a la intimidad de otro o bien a la información empresarial sensible, mediante la difusión, revelación o cesión de datos e informaciones, sin haber tomado parte en la conducta típica básica relativa al acceso ilícito a la privacidad o bien a los secretos de empresa. En estas estructuras típicas el legislador tan solo exige como elemento de cierre de la esfera incriminada que el sujeto tuviera conocimiento del origen ilícito de la información, por provenir bien de un acceso ilícito a la intimidad o a la esfera protegida de los secretos de empresa perpetrado por otra persona.

Este parece el patrón estructural que ha adoptado el legislador en los delitos de abuso de mercado para configurar un tipo atenuado en el art. 285.5 CP. De esta manera el responsable de esta modalidad típica no protagoniza un acceso reservado a la información privilegiada, del mismo modo que no lleva a cabo cualquier otra conducta alternativa de las previstas en el art. 285.1 CP. Como reza el precepto, obtiene la información por medios distintos a los previstos en el art. 285.4 CP donde se define la conducta típica de acceso reservado a la información privilegiada. Junto a lo anterior utiliza esa información con conocimiento de que se trata de una información privilegiada. Esta última expresión determina que el autor del delito debe obrar de manera dolosa (sin exclusión del dolo eventual), sobre la base de un conocimiento del carácter privilegiado de la información. Este tipo penal atenuado (pena inferior en grado) es autónomo respecto de los anteriores.

IV. El nuevo delito de comunicación ilícita

La reforma de 2019 incorpora un nuevo artículo 285 bis en el que de nuevo se recurre a una estructura típica presente en otros ámbitos de tutela de bienes jurídicos relativos a informaciones sensibles.

El precepto reza así: «Fuera de los casos previstos en el artículo anterior quien poseyera información privilegiada y la revelare fuera del normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, poniendo en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores, será sancionado con penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de uno a tres años. A los efectos de lo dispuesto en este artículo se incluirá la información privilegiada en una prospección de mercado cuando se haya realizado sin observar los requisitos previstos en la normativa europea en materia de mercados e instrumentos financieros».

Este nuevo precepto adopta una estructura típica similar a la del delito de infracción del secreto profesional previsto en el art. 199.2 o del deber de secreto laboral ubicado en el art. 199.1 CP. Por consiguiente, la infracción se construye sobre un presupuesto de partida relativo a la posesión lícita de la información privilegiada en razón de la profesión ejercida, cifrándose la esfera de desvalor en una posterior revelación ilícita de la misma. En el núcleo típico se sitúa pues la infracción de deberes de discreción o sigilo. Pero el precepto se antoja de interpretación complicada por cuanto esa infracción de deberes adopta como parámetro el anormal ejercicio del trabajo de quien poseyera la información. Cláusula contraria a cualquier significado de la seguridad jurídica, pues va a resultar tremendamente complejo establecer un patrón de normalidad en el ejercicio del trabajo. Por si lo anterior fuera poco en la estructura típica se adosa una exigencia relativa a un desvalor de resultado cifrado en la generación de un peligro concreto para la integridad del mercado o la confianza de los inversores. Establecer este parámetro de peligro supone un segundo nivel de complejidad interpretativa que probablemente determinará la práctica en inaplicación del precepto en el futuro.

Por último en el apartado segundo el legislador incluye una suerte de interpretación auténtica de lo que debe entenderse por concepto de comunicación o revelación de información privilegiada en la prospección de mercado, lo que ocurre es que se trata de una definición legal absolutamente indeterminada por cuanto la definición bascula en la

exclusiva idea de que esa revelación o comunicación se haya verificado sin que sean respetados los requisitos previstos en la Normativa Europea en materia de mercados e instrumentos financieros. Otro brindis a la inseguridad jurídica.

V. Otras modificaciones verificadas en la reforma de 2019 del Código Penal

En primer lugar, la reforma incorpora un nuevo artículo el 285 ter que contiene una cláusula de remisión a la normativa extrapenal, mediante la cual se pretende armonizar los tipos penales con la normativa extrapenal española y europea. A tal menester se incorpora una remisión normativa que permite asegurar la actualización de las previsiones penales para el caso de que se produzcan revisiones o reformas relativas a los instrumentos financieros, contrato, operaciones u órdenes en el sector de actividad analizado.

En segundo lugar, se verifica una modificación en el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de abuso de mercado financiero. Se opera así una reforma del art. 288 CP que ahora alude a la comisión de las conductas tipificadas en los artículos 285, 285 bis y 285 quáter como hechos de referencia para abrir la puerta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a los requisitos de los artículos 31 bis y concordantes.

Desde luego paradójico parece que la comisión de meros actos preparatorios (art. 285 quáter) pueda habilitar para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A mi juicio todas estas previsiones son quiméricas y probablemente van a producir muy poca jurisprudencia.

Además la reforma de 2019 modifica puntualmente las penalidades para la persona jurídica: a) multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuplo del beneficio obtenido o que se pudiera obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tenga un pena prevista de más de dos años de prisión; b) multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener si la cantidad fuese más elevada, en el resto de los casos.

Parece criticable que el legislador determine las penas imponibles a la persona jurídica adoptando como punto de referencia las penas de prisión aplicables a la persona física, por cuanto la responsabilidad penal de los entes reside en el defecto relevante de organización, preven-

ción y control del delito, fundamento por tanto de responsabilidad absolutamente diferente del propio de las personas físicas.

VI. La relación normativa entre los delitos de abuso de mercado y el art. 442 CP

El art. 442 CP se sitúa en el Capítulo IX de Título XIX entre los delitos de abuso en la función pública. Concretamente en el referido precepto se tipifica el uso ilícito por autoridad o funcionario público de información privilegiada con el ánimo de obtener un beneficio económico. Se suscita así un problema de relación normativa con los delitos tipificados en los arts. 285 y siguientes, tras la reforma de 2019.

Una primera conclusión es que las conductas de utilización ilícita de información privilegiada, relativa a mercados financieros cometida por autoridad o funcionario deberá incriminarse a través del art. 442 CP, por aplicación del principio de especialidad ex art. 8.1 CP. En efecto, esta conclusión, que supone el desplazamiento del art. 285 CP en el concurso de normas, para lo que afecta estrictamente a las conductas de utilización de esa información viene fundamentada en el hecho de que en el art. 442 CP el castigo del abuso a la función pública no tiene los condicionantes típicos del art. 285 CP, a saber que el beneficio obtenido sea superior a 500.000 €, que el valor de los instrumentos financieros fuera superior a 2.000.000 € o que se cause grave impacto a la integridad del mercado. Aquí el abuso en el ejercicio de la función pública no viene condicionado típicamente, pues no tendría sentido someter la intervención penal en este ámbito a los presupuestos típicos del art. 285 CP. Esta reflexión tiene importancia por cuanto el personal adscrito a la Comisión Nacional del Mercado de Valores tiene la consideración de funcionario público a los efectos penales, por cuanto ejerce funciones públicas de control en el sector. Más concretamente, la CNMV es el organismo encargado de la supervisión o inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantos intervienen en los mismos, de manera que el objeto de tal autoridad supervisora es el de velar por la transparencia en los mercados de valores españoles y por la correcta formación de precios, abrazando también la protección de los inversores.

Esta reflexión determina que el concurso aparente de normas entre el art. 442 CP y el art. 285 apartado tercero, que contempla un tipo agravado para cuando la conducta típica la cometan empleados de una

autoridad supervisora reguladora, deba resolverse a favor del primero de los preceptos citados.

Pero es que, además, si se quiere contemplar el problema desde el punto de vista del principio de alternatividad (art. 8.4 CP) la conclusión será la misma por cuanto ya no es que el art. 442 CP tenga un ámbito de incriminación mayor, sino que el precepto contempla penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público mucho más graves que las previstas en el art. 285 CP. Así, en el tipo básico del art. 442 CP, se prevé la referida inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años, y en el tipo agravado (que reclama la obtención de un beneficio) se establece una previsión punitiva de dicha inhabilitación de cuatro a seis años. En el segundo nivel de cualificación típica del art. 442 CP se sitúa la previsión de que resultare grave daño para la causa pública o para tercero, como producto del uso ilícito de información privilegiado por funcionario o autoridad pública. Aquí, al margen de la pena de prisión, la inhabilitación especial prevista es de nueve a doce años. Todas estas consideraciones acreditarían que el art. 442 CP contempla una íntegra desvaloración del hecho que supondría el desplazamiento del art. 285 CP.

Ningún problema supone la definición contextual que obra en la cláusula del art. 442 *in fine* relativa a lo que se entiende por información privilegiada: toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada. Esta cláusula de definición auténtica puede abrazar perfectamente la información privilegiada relativa a mercados financieros.

No obstante, tras la reforma de 2019, los delitos de abuso de información relativos a los mercados financieros, como se ha expuesto anteriormente, se han ampliado de manera notoria. En el propio art. 285 CP se ha incluido como conducta típica la mera recomendación al tercero del uso de dicha información privilegiada. Aquí, salvo que se recurra a la cláusula de incriminación de los actos preparatorios que obra en el art. 445 CP (por tanto, aplicable al art. 442 CP), deberá resolverse la cuestión aplicando el art. 285 CP tanto desde el punto de vista de principio de especialidad 8.1 CP, como desde el punto de vista del principio de alternatividad art 8.4 CP; nos estamos refiriendo a que dicha recomendación a tercero de uso de información privilegiada la efectúe una autoridad o funcionario público.

Todavía es más intensa la falta de sintonía y coordinación sistemática en la Reforma de 2019 relativa a los abusos de información privile-

giada por parte de funcionario público si atendemos a las nuevas modalidades típicas de delito de indiscreción (art. 285.5 CP), y de delito de vulneración de deberes de sigilo art. 285 bis. Aquí ante la falta de previsiones en el ámbito de los delitos contra la función pública lo lógico será que entren en juego los arts. 285.5 CP y 285 bis CP (respecto de este último precepto no parece que el art. 417 CP puede ofrecer una vía de solución que permita un mejor encaje incriminador).

LA COMPLEJA INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO «A SABIENDAS» EN LA PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

LORENZO MORILLAS CUEVA
Catedrático de Derecho Penal y Profesor Emérito. Universidad de Granada

I. Introducción

El delito de prevaricación tiene una continuada trayectoria en la Codificación española, no exenta de críticas y de controvertidas interpretaciones. Cada termino empleado en su redacción adquiere y necesita de una reflexión a fondo para comprender el contenido global, su alcance y sus límites. Nacido legislativamente en el año 1813, incluso antes del primer Código penal de 1822, e inmerso en el Decreto de Cortes, de 24 de marzo de dicho 1813, marcó, con una relevante dimensión penal, las «Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos», en cuyo Capítulo 11 destacaba ya la prevaricación junto al cohecho, entre otras infracciones elevadas también a criminales. Su permanente presencia da lugar a lo que se ha llamado «tradicción de estabilidad»¹ y que supone una pretendida respuesta a las actuaciones más relevantes de desvío de poder de los funcionarios, pensada, en sus inicios, como un faltar conscientemente a los deberes del cargo de funcionario que implican decisión o resolución.

No es momento ni lugar para hacer un repaso en profundidad de la evolución de este delito en los diferentes Códigos penales, pero sí parece adecuado y necesario tratarlo con brevedad de síntesis en los dos últimos Textos punitivos, pues sus diferencias marcan con una cierta claridad el objetivo de este trabajo. El Código penal de 1944, igualmente el Texto refundido de 1973, acogía, en el Título VII, Libro II, los

¹ Vid. HAVA GARCÍA, E., «Prevaricación de los funcionarios públicos», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Tratado de Derecho Penal Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 119.

denominados, con carácter general «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», dedicando el Capítulo primero precisamente a la prevaricación presentada desde una dimensión unitaria y posiblemente demasiado extensiva. Incluía la prevaricación judicial, artículos 351-357, la prevaricación administrativa, artículo 358, –en esta última, optaba por una doble dimensión sumamente interesante para la comparativa posterior con la regulación actual: a) el funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución injusta en asunto administrativo; b) el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo. El legislador combina en un doble tipo, pero separados e independizados en su contenido, la prevaricación dolosa con la imprudente, utilizando los términos asimismo entrecruzados algunos de «resolución injusta», «manifiestamente injusta», «a sabiendas» y «negligencia o ignorancia inexcusable»²–.

El Texto punitivo vigente de 1995, cuyo contenido en relación a la prevaricación queda prácticamente sin modificaciones hasta la actualidad –únicamente la reforma 5/2015, modifica la pena establecida por el artículo 404 que pasa de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años a la de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años³, diseña, sin embargo, importantes cambios que afectan al Título en general y al delito de prevaricación en análisis. En primer lugar, y con respecto a aquel, se crea un nuevo Título –XIX– con la denominación más amplia pero al mismo tiempo más unitaria y clarificadora de Delitos contra la Administración Pública, con lo que se le da un especial protagonismo protector, en clave de bien jurídico a dicha Administración, alejándose de esta manera, con buen criterio, de la vieja fórmula antes explicitada, con el objetivo, no en todos los casos conseguido, de dar respuestas a las exigencias constitucionales y a la comprensión y proclamación más moderna del Estado social y democrático de Derecho y a la propia Admi-

² En este sentido y con mayor amplitud: OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 353-381.

³ El nuevo Texto separa las modalidades de prevaricación, incorporando alguna nueva. De tal modo, junto a la prevaricación en estudio, la administrativa, en el artículo 404, se manifiesta, acaso la más tradicional y típica de las prevaricaciones la del Juez o Magistrado que dicta, a sabiendas, sentencia o resolución injusta, de los arts. 446 a 449, dentro de los Delitos contra la Administración de Justicia. En el ámbito de la prevaricación de autoridades o funcionarios también existen tipologías diseminadas en otros pasajes del Código penal con parecida naturaleza –artículos. 320, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo; artículo 322, delitos contra el patrimonio histórico; artículo 329, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente–.

nistración Pública, entendida en su desarrollo y estructura como derivación de este.

Con tal perspectiva en el ámbito estrictamente penal, lleva a la protección concreta de un bien jurídico que sobre la cobertura genérica de la Administración Pública protege la actividad pública, su correcto desempeño, bajo los principios de imparcialidad y objetividad, en los diferentes servicios y prestaciones a dar a los ciudadanos, bajo las directrices constitucionales. Con este sostén, se le dedica, al tema en estudio, el capítulo primero –De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos–, Curiosamente se mantiene, en dicho capítulo, la mención como sujetos únicamente a los funcionarios públicos, en línea con el texto anterior; aunque el artículo 404 y siguientes hacen alusión, además, a la autoridad.

Novedad más destacada de la nueva tipología introducida por el Código de 1995, junto las ya citadas inclusión de la autoridad y la de arbitraria para la resolución que añade a la anteriormente señalada de injusta, sea la no continuidad típica del antiguo párrafo segundo del 358, esto es, la prevaricación negligente o por ignorancia inexcusable. Semejante omisión no es baladí, pues pone de manifiesto una posición del legislador marcadamente restrictiva en el ámbito punitivo que sustenta en la única posibilidad de comisión dolosa y que presenta una visión de «despenalización parcial» al contrario de como era anteriormente entendida.

Ello ha llevado a algún sector de la doctrina a afirmar que se esté o no de acuerdo con dicho planteamiento restrictivo, yo sí lo estoy, del reiterado delito de prevaricación, este tiene la ventaja de fijar una determinante frontera entre el alcance punitivo del Derecho penal con otros sectores del Ordenamiento jurídico, en especial con el Derecho administrativo, en una, al menos inicial, adscripción de aquel al principio de intervención mínima⁴. El texto anterior acogía supuestos, como prevaricación penal dentro del artículo 358, párrafo segundo, que ahora, con la nueva regulación estarían en el ámbito administrativo. Así, por ejemplo, la STS de 3 de febrero de 1992, condena a un Alcalde que sin más trámite, ni acuerdo de la Corporación, dio orden al Jefe de

⁴ De esta manera. MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «De la prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos, Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, Aranzadi, 2016, p. 1273. HAVA GARCÍA, E., *Prevaricación*, p. 121. MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración Pública (I), Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en Morillas Cueva. (Dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. 3.ª ed., Dykinson, 2020, p. 1222.

Personal del Ayuntamiento para que procediese a la demolición de lo edificado ya que «es patente que la conducta del recurrente, tal como es descrita en el *factum* de la sentencia recurrida, constituye una resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo, dada, sin la menor duda, por ignorancia inexcusable, como dice el Tribunal de instancia, y, en cualquier caso, con inexcusable negligencia, al no haber pedido, en su caso, los asesoramientos pertinentes»; asimismo la STS 1140/1995, de 14 de noviembre, no censura en casación a la de instancia que condena a Concejal que dicta resolución injusta de adjudicación de obras careciendo de competencia y prescindiendo de procedimiento, por prevaricación culposa, no sin reconocer que dicha calificación jurídica y su incardinación como culposa es ciertamente benévola. Puente jurisprudencial al respecto entre una regulación y otra, lo desarrolla, la SAP de Murcia, sección 3.ª, de 10 de marzo de 1997, que sobre hechos realizados con anterioridad a 1995, manifiesta una doble variable: a) no atribución al acusado de un delito de prevaricación doloso en cuanto al tener conocimiento del Acuerdo de la Comisión de Gobierno no dictó ninguna resolución ordenando continuar el mantenimiento de los embargos trabados y anotados en el Registro de la Propiedad, las subastas anunciadas o la no devolución de la escritura de compraventa liquidada del impuesto de plus valía, sino por el contrario e inmediatamente que tuvo conocimiento del Acuerdo anulatorio dictó Providencia ordenando la suspensión de las subastas, siendo publicados los edictos de suspensión en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en el Boletín Oficial de la Región de Murcia; b) los hechos no son constitutivos de delito de prevaricación dolosa —«la forma culposa ha sido despenalizada»—.

En tal sentido, y sobre un criterio de moderación cautelar entre las diversas posiciones, se manifiestan Morales Prats-Rodríguez Puerta al indicar que semejante planteamiento no supone «una huida del derecho penal» para dejar el campo abierto a otras disciplinas sino que conlleva o, al menos, así hay que entenderlo, una concreción limitativa de la incriminación punitiva en la idea de fortalecer la seguridad jurídica, lo que, a su vez, no supone dejar al ciudadano «inermes frente a ilegalidades debidas a conductas imprudentes del funcionario, puesto que a extramuros del Derecho penal quedan expeditas otras vías para obtener la revocación del acto administrativo, la indemnización de los posibles perjuicios causados o incluso la sanción disciplinaria del funcionario»⁵.

⁵ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «De la prevaricación...», p. 1273.

Estoy de acuerdo con semejante interpretación de los citados autores, aunque creo conveniente llevar más allá el alcance de la nueva regulación en su aspecto limitativo y es hacia aquellas conductas que siendo dolosas no tienen la intensidad objetiva o subjetiva suficiente para estimarlas dentro del Derecho penal, precisamente por su irrelevancia para conjugar los elementos que desarrollan el tipo en estudio y, más concretamente, la exigencia subjetiva de a sabiendas de su injusticia y arbitrariedad. En semejante sentido se manifiesta la STS 76/2002, de 25 de enero, según la cual no toda nulidad procedimental tiene relevancia penal, a pesar de que, por ejemplo, la omisión del procedimiento legalmente establecido, pueda ser una modalidad que dé lugar al delito de prevaricación, cuyo fundamento se situará precisamente en el distanciamiento de la arbitrariedad y la contradicción al derecho, puesto que aquella «no se produce por la omisión de cualquier trámite sino, en su caso, por la omisión de los trámites esenciales del procedimiento, siempre que la omisión vaya acompañada de los restantes elementos que configuran la conducta típica» (en parecida línea SSTs, entre otras, 2340/2001, de 10 de diciembre, 18/2014, de 13 de enero, 152/2015, de 24 de febrero, 302/2018, de 20 de junio, 477/2021, de 2 de marzo).

Sobre este último enfoque se asienta la línea básica por la que ha de caminar el resto del discurso abocado fundamentalmente a la posición e interpretación de su componente subjetivo y con la pretensión de conjugar equilibradamente protección de bien jurídico e intervención mínima del Derecho penal; en este caso en clave de prevaricación. En tal sentido hay que tener en cuenta las precisiones contenidas en la SAP de Castellón 85/2016, de 15 de abril, cuando afirma que «la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal». Esta dualidad equilibrada entre protección del bien jurídico y naturaleza de *ultima ratio* del Derecho penal deriva en una destacada toma de posición jurisprudencial, doctrinal e, incluso, legislativa de limitación de la reacción punitiva a las hipótesis más graves, de «sanción de supuestos límite» suficientemente probados y sobre los conceptos referenciales del delito, como son a sabiendas de su injusticia y arbitraria. A ello ha querido, en mi opinión, reducir nuestro Texto punitivo el alcance del delito de prevaricación y no a convertirlo en una plataforma expansiva sustitutiva de las funciones

propias de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, por mucho que desde las más diversas variables, sobre todo políticas, se pretenda tender a ello. En tal contexto el mantenimiento del término «a sabiendas» adquiere una fundamental importancia para reforzar semejante perspectiva, una vez liberado, además, de la posibilidad de su realización imprudente que otorgaba el antiguo artículo 358 párrafo segundo.

II. Contenido actual del delito de prevaricación. La importancia de la exigencia subjetiva de «a sabiendas»

1. Cuestiones preliminares

Sobre las anteriores premisas, a la prevaricación se la ha situado como el negativo fotográfico del deber con los poderes públicos de sujeción a la Constitución y al ordenamiento jurídico, que tiene un explícita concreción para la Administración Pública en el artículo 103.1 de Texto constitucional que se bifurca en dos mandatos: por un lado, el servicio con objetividad a los intereses generales y, por otro, su actuación conforme a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y descoordinación; todo ello con sometimiento pleno a la ley y al Derecho⁶. Con esta perspectiva, se llega al bien jurídico protegido en el delito en estudio que, participando del genérico de los delitos contra la Administración pública –la protección del deber de objetividad e imparcialidad que ha de regir el funcionamiento de la administración en su labor de satisfacer los intereses y servicios generales que la ciudadanía demanda⁷–, se concreta en el adecuado sometimiento al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho frente «a ilegalidades severas y dolosas» (STS 627/2019, de 18 de diciembre), pero, al mismo tiempo, con especial atención y aplicación al principio de intervención mínima, guía y objetivo del Derecho penal moderno. En definitiva, de penar la infracción de un deber de actuar de acuerdo al Ordenamiento jurídico cuya responsabilidad recae en la autoridad o funcionario público que se presenta como garante obligado del cumplimiento negativo, por lo que la conducta contraria

⁶ En tal línea SSTS 600/2014, de 3 de septiembre, 512/2015, de 1 de julio, 477/2018, de 17 de octubre.

⁷ MORILLAS CUEVA, L., *Delitos contra la Administración Pública (I). La prevaricación*, p. 1219.

conculcadora de este deber produce un «plus de gravedad» que fundamenta el tipo penal correspondiente; en este caso el de prevaricación. Tal apreciación ha de ser matizada, sobre todo para marcar diferencias con otros sectores del Ordenamiento jurídico. Tema parcialmente tratado *supra* que he de ampliar en este momento para dejar clara la función del Derecho penal sobre semejantes cuestiones.

Varias son las premisas a tener en cuenta. En primer lugar, como arranque, la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la penal, en segundo, como derivación la desviación de poder y el abuso de poder. Lo primero a afirmar es la conexión entre las acciones de una y otra, que pueden caminar en paralelo hasta que se produce la dispersión a favor de la más especializada norma penal. La respuesta inicialmente es de matiz, pues ambas, en su coincidencia, comienzan por la emisión de una resolución injusta. que supone una contradicción al derecho. Dicha contradicción, en opinión jurisprudencial mayoritaria, cabe manifestarse porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (en tal sentido, como muestra: SSTS 302/2018, de 20 de junio 477/2018, de 17 de octubre, 627/2019, de 18 de diciembre). La introducción del término desviación de poder lleva a nuevas ambigüedades normativas. Para la citada STS 477/2018 aquella es definida como «desviación ideológica en la actividad administrativa desarrollada, o como una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza». Para el STJUE –Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala tercera) de 14 de julio de 2006. Asunto T-417/05 Endesa, S. A., contra Comisión de las Comunidades Europeas– en 258 mantiene que «un acto solo adolece de desviación de poder cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso». En definitiva, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto. La doctrina lo plantea de forma semejante.

Quintero Olivares, la señala como «el uso y ejercicio de la competencia administrativa, con un fin distinto del que le otorga la ley». El autor en cita, la diferencia del abuso de poder, no sin advertir previamente la proximidad de dichos conceptos y cuya frontera no es diáfa-

na, marcando «el abuso de poder como extralimitación de un funcionario en las atribuciones sin tener la competencia administrativa». Generalmente se ha intentado separar a ambos en razón a su pertenencia sistemática: el abuso puede llegar al derecho penal; mientras la desviación es una cuestión de derecho administrativo⁸. No es del todo asumible porque, en realidad, nos lleva a la problemática referencial de la separación competencial entre el Derecho administrativo y el Derecho penal.

En todo caso, de acuerdo a los parámetros restrictivos con que se acoge la interpretación, para mí adecuada en tal sentido, de la prevaricación del artículo 404 es la indiscutible afirmación de que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control a la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la Jurisdicción Penal a través dicho delito. Ello lleva a la necesidad de distinguir, en la medida de lo posible, las ilegalidades de tipo administrativo, por muy graves que puedan ser hasta llegar a la nulidad del acto de las que van más allá de dicha dimensión administrativa para incluirse en el tipo penal de prevaricación, necesario para ello es que la resolución administrativa sea además injusta y arbitraria y, sobre todo, dictada a sabiendas de estas cualificaciones. Lo contrario supondría, como mantiene la STS 477/2018, de 17 de octubre, anular en la práctica la intervención del control de los Tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho penal, que perdería su carácter de *ultima ratio*. Este principio, al que ya me he referido, interesa que aquel únicamente ha de actuar para resolver conflictos inevitables que incidan de manera intensa en la convivencia social, más en cuestiones que afectan en un alto nivel a la sensibilidad ciudadana con respecto a la Administración Pública.

⁸ Quintero Olivares, lo indica, como opinión dominante en España, no compartida totalmente por él, desde la siguiente perspectiva: la desviación de poder conlleva la existencia de normas regulativas y de una norma que confiere poder, ello supone un acto que aparentemente es ajustado a derecho; en el abuso de poder el sujeto no parte de habilitante alguna, es decir, su actuación es ilícita desde el primer momento y la conducta no adecuada a derecho. El dispar planteamiento del autor niega el absolutismo administrativo de la desviación, aunque lo parece excluir del ámbito punitivo cuando se realice en el ejercicio de la potestad reglamentaria o legislativa. De todas formas, el objetivo final que pasa por una relación evidente entre la prevaricación y el abuso de poder, actualmente no tipificado como tal delito, es el de la creación de una modalidad típica autónoma que sin forzar los límites de la prevaricación pueda responder a otras muchas actuaciones arbitrarias que «sin tener ni necesitar el carácter de resolución administrativa determinan el comportamiento viciado en las Administraciones o empresas públicas. QUINTERO OLIVARES, G., «La prevaricación y el abuso de poder», en *Cuadernos de Política Criminal*, 132, 2020, pp. 19-24.

Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, con similitud a las de la prevaricación, para las que el Ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. En ningún caso el Derecho penal puede derivar en un expansionismo injustificado conculcador de los derechos fundamentales que dan cobertura el Estado social y democrático de Derecho, garantista y minimalista en el ámbito punitivo. Y nunca igualmente con pretensión de usarlo para la resolución o creación de conflictos políticos.

Planteado todo lo anterior, como delimitación del alcance y límites del delito de prevaricación, cumple concretar finalmente, los criterios diferenciadores por los que ha de dirigirse la distinción entre la actuación administrativa y la penal alrededor de estas conductas. Dos hipótesis se pueden resaltar al respecto, como integración de otras de parecido sentido: una asentada en el elemento objetivo del delito; dos, en el subjetivo. Con respecto a la primera, se sitúa fundamentalmente en lo intensa, evidente, palmaria que es la resolución contraria a un texto legal, sin ningún fundamento; en relación con la segunda, la relevancia en la distinción se basa en la voluntad del sujeto que realiza el acto, conocedor de la injusta magnitud normativa de este.

De entre ambas me inclino, por la segunda. La propia redacción del tipo lleva a semejante afirmación. La inclusión mantenida por el Código penal vigente de la locución «a sabiendas» no recortada sino, todo lo contrario, ampliada en su presencia y efectos con la eliminación del párrafo segundo del antiguo artículo 358, descarga al delito de prevaricación de muchos de los actos entonces incluidos en él. En tal idea, directriz en este trabajo, estimo que con referencia al hecho prevaricador tal elemento subjetivo es determinante, por su relevante esencialidad en el tipo, para diferenciarlo de la mera ilegalidad administrativa, otorgando de dicha manera un fundamento real a la interpretación restrictiva en la aplicación del delito de prevaricación.

2. Elementos constitutivos del delito de prevaricación

Como fraccionariamente se ha planteado *supra* el artículo 404 hace alusión «a la autoridad o funcionario que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo». Tal narrativa y su aplicación a los actos concretos ha dado lugar a que juris-

prudencia y doctrina elaboren un amplio catálogo de elementos necesarios para que se realice el susodicho delito. En semejante sentido es jurisprudencia mayoritaria, por no decir pacífica, la que los contempla de la siguiente forma: a) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; b) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; c) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; d) que ocasione un resultado materialmente injusto; e) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho (SSTS 82/2017, de 13 de febrero, 477/2018, de 17 de octubre, entre otras). Puede observarse la predisposición esencialmente objetiva con que se plantea la enumeración de los requisitos a cubrir. Ciertamente es que otras resoluciones incorporan, junto a los anteriores, y especialmente el último asimismo de índole subjetiva, de uno más concretamente subjetivo: f) Que el autor actúe a sabiendas y con conocimiento pleno de la injusticia de la resolución (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre, 743/2013, de 11 de octubre, 179/2021, de 2 de marzo).

La doctrina hace un planteamiento algo más distinto, pero sobre parecidos parámetros asentados en una sistemática formal. Generalmente distingue entre elemento objetivo y elemento subjetivo. El primero se estructura con tres requisitos: a) dictar una resolución arbitraria por parte de la autoridad o funcionario público; b) que sea injusta; c) que se dicte en asunto administrativo. El segundo que se haga a sabiendas. Este organigrama, del que yo mismo participo, tiene la ventaja de su ordenación formal dentro de una estructura fijada de antemano para el estudio de la mayoría de los delitos; presenta la desventaja de prácticamente aislar el concepto de «a sabiendas» y de preconcebir lo injusto y arbitrario a lo objetivo de la resolución, invirtiendo los caracteres con los que el propio Código penal atiende a la descripción típica.

La alternativa, posiblemente más coherente con el propio tipo y con su proyección restrictiva que se le otorga en la regulación vigente sea la de invertir el estudio relacionar de los conceptos prevalentes que forman el triángulo esencial del delito: a sabiendas, injusticia y arbitrariedad, que es lo que voy a hacer a continuación. Para la interpretación de los sujetos y de dictar resolución en asunto administrativo me remi-

to a otras instancias bibliográficas⁹, lo que no empecé su cita puntual en este texto.

3. *La relevancia determinante del vocablo «a sabiendas» en relación con lo injusto y arbitrario*

Con la propuesta anterior que subjetiviza el contenido del delito de prevaricación, el vocablo «a sabiendas» adquiere un especial protagonismo. Es mayoritario en la doctrina y en la jurisprudencia el aserto de que cuando el autor del delito de prevaricación actúa a sabiendas de la injusticia de la resolución lo hace en la comprensión de que injusticia y arbitrariedad han de ser asumidas en sentido equivalente y, en consecuencia, el elemento subjetivo en análisis el conocimiento y el querer hacer ha de incluir asimismo el carácter arbitrario de la resolución. En dicho sentido, la STS 477/2018, de 17 de octubre, mantiene que el delito de prevaricación se comete cuando «la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado». Ello supone, en definitiva, la clara conciencia de la injusticia y de la arbitrariedad que se ha cometido.

El papel protagonista que le adjudicamos al elemento subjetivo no evita una valoración discrepante en relación a la equivalencia de la arbitrariedad y de la injusticia. No me cabe duda que ambos conceptos aparecen íntimamente relacionados entre sí, aunque su significado, incluso gramatical –arbitrario: sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón; injusto: no arreglado a justicia y razón– no sea del todo idéntico, el marco en el cual se utilizan propicia, exige, un acercamiento, lo que ha motivado, incluso, voces de no necesidad de uno de los dos. Por contra, Quintero Olivares estima la arbitrariedad como un elemento adicional a la ilicitud o injusticia de la decisión, y no solo una enfatización de ese carácter¹⁰. Si ambas se plantean en su contenido desde una perspectiva puramente objetiva la diferencia se hace difícil.

⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Delitos contra la Administración Pública (I). La prevaricación*, pp. 1220-1227.

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Prevaricación*, pp. 15-16.

De todas formas, hay que distinguir desde qué posición se evalúa la proximidad de ambas, si desde su propio contenido en formalización abstracta o como complemento exigible del elemento subjetivo de «a sabiendas». En referencia a lo primero ha sido frecuente en la doctrina científica, y a veces utilizada por la jurisprudencia, la separación, para mi superficial, entre teoría subjetiva de la arbitrariedad e injusticia y la objetiva. Por la primera se plantea que el funcionario o autoridad dicta una resolución injusta cuando se aparta de su convicción jurídica —ello lleva a que el determinante es el elemento subjetivo con presencia secundaria del objetivo. Así, no dicta resolución arbitraria e injusta cuando lo hace sobre presupuestos de su convicción jurídica, aunque ello materialmente conculque el derecho vigente; por el contrario, será arbitraria e injusta cuando se separe de su convicción jurídica a pesar de ser adecuada al derecho vigente. Es notorio que esta radical interpretación subjetivista presenta demasiadas carencias que la hacen inservible, precisamente porque actúa sobre una obviedad: depender la arbitrariedad e injusticia de la convicción del sujeto, pues si es adecuada a derecho no habrá prevaricación y si no lo es y se da la actuación a sabiendas, lo será—. La segunda, mayoritaria en España, se manifiesta cuando lesiona el derecho positivo, tanto desde una perspectiva formal como material, según plantea Mir Puig, C, con «respecto al sistema de fuentes y de las normas del ordenamiento jurídico de interpretación e integración»¹¹. Opción objetiva también discutible, sobre todo en la radicalización conceptual del término injusticia más pensado en este caso para el de ilegalidad. Con la finalidad de evitar semejante incongruencias se ha acudido a la denominada teoría del incumplimiento del deber de funcionario para encontrar el derecho, según la cual, «prevarica el funcionario cuando éste decide guiado por consideraciones extrañas al asunto, es decir, si actúa por estímulos, móviles o intereses ajenos al Derecho, al resolver»¹², lo que lleva a una controvertida incidencia subjetiva. A mi entender ambas hipótesis son innecesarias desde el instante que nuestro legislador ha marcado los puntos referenciales de la estructura subjetiva y objetiva, alrededor del término a sabiendas que se proyecta sobre ambas, igualmente necesarias en la configuración típica y no de forma alternativa sino coadyuvante; otra cuestión es el contenido de ambos vocablos.

¹¹ MIR PUIG, C., «De la prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S. (dirs), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1383.

¹² MIR PUIG, C., *De la prevaricación*, pp. 1383-1384.

En relación a los segundo, no cabe duda de que, si bien ambos conceptos tienen un perfil relevantemente objetivo, ello no conduce directamente a la conclusión mantenida por Mir Puig, C. de que el elemento a «sabiendas de su injusticia» ha de ser requerido en clave objetiva¹³, ya que aquí se marca la dimensión subjetiva del tipo que prioriza su regulación con el acompañamiento de arbitraria e injusta, otra cosa es que la resolución, como tal, sea objetivamente contraria a derecho, lo que en este nivel está abierta tanto al derecho administrativo como al penal. Para este último lo que se exige es el conocer y querer dictar la resolución arbitraria e injusta. Ella misma, la resolución, es un acto administrativo que supone una declaración de voluntad de contenido decisorio, por lo que ya, desde el inicio, hay un componente subjetivo que se ve desarrollado por el elemento subjetivo del tipo que se abre, al mismo tiempo, a componentes objetivos que caben ser reconocidos en los contenidos de arbitrario e injusto. Las diferencias formales entre los dos, se desvanecen en cuanto a las materiales, pues tanto aquel como este se encuentran, con los matices indicados, en una conducta opuesta a las justicia, a las leyes, al Ordenamiento jurídico, y en cuyo ámbito se formaliza el sentido equivalente de ambos en atención a la exigencia subjetiva de «a sabiendas» y donde la resolución injusta es, según lo planteado, una resolución arbitraria, lo que supone un plus añadido de antijuricidad que fortalece la intensidad de aquella y la diferencia de la ilegalidad, más propia del Derecho administrativo; lo que se pone de manifiesto es que el sujeto no actúa, sabiéndolo, de acuerdo a las orientaciones constitucionales, sino que lo hace, según su conocimiento y voluntad, sin fundamento jurídico aceptable, sino por todo lo contrario, y referido a supuestos límites. En tal sentido, la STS 302/2018, de 20 de junio, mantiene que lo decisivo para concretar la arbitrariedad es el aspecto sustantivo sobre el que gira su determinación.

Ahora bien, si cierto es, como he adelantado en la narración anterior que la arbitrariedad y la injusticia, desde diversos planos de incidencia, caben mantenerse como equivalentes en su necesidad, y aunque puedan concurrir objetivamente, ello no es suficiente, pues, reitero, lo que verdaderamente califica la conducta del sujeto como delito de prevaricación frente a la infracción administrativa, es su actuación a sabiendas de que está cometiendo de forma arbitraria un acto de injusticia. Así, se precisa interpretar el elemento subjetivo, clave en la configuración restrictiva que el legislador de 1995 otorga a esta infracción

¹³ *Ibid.*, pp. 1385-1386.

delictiva, en cuanto el autor que dicta a sabiendas de su injusticia la resolución ha de conocer, por ello mismo, el carácter arbitrario de aquella. Esta posición ha sido asumida por parte de la jurisprudencia. De tal forma, la reiterada sentencia 82/2017, de 13 de febrero, mantiene que «en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente». Tanto es así que la emisión de una resolución arbitraria por clara que sea no da lugar directamente al susodicho delito pues ha de concurrir el elemento subjetivo señalado. La STS 797/2015, de 24 de noviembre, desarrolla este planteamiento restrictivo con un relevante ejemplo, cuando afirma que «las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración».

Semejante narración ha de entenderse, por los motivos reiteradamente manifestados en este escrito, en sentido equivalente, lo que significa que cuando el sujeto actúa a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. Ello significa que obra teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento. Tal afirmación asentada en la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate «a sabiendas de su injusticia» permite a un importante sector de la jurisprudencia y a mí mismo¹⁴ excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario o autoridad tenga «dudas razonables» sobre la injusticia de su re-

¹⁴ MORILLAS CUEVA, L., «Reflexiones acerca del delito de prevaricación: desde su interpretación extensiva a su motivación reduccionista», en *Revista de derecho, empresa y sociedad*, 9, 2016, pp. 45-46.

solución (igualmente, entre otras SSTS 82/2017, de 13 de febrero, 477/2018, de 17 de octubre. Esta última alude a que el elemento subjetivo hay que concretarlo con cautela. Ciertamente ello hay que hacerlo con cualquier tipo de interpretación, pero señalado está en ella precisamente, entiendo, por la importancia que tiene en la estructura típica del delito de prevaricación).

Esta última apreciación y la magnitud que acoge el término «a sabiendas» me lleva, como a buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia, a excluir de este ámbito prevaricador las situaciones de acción más cercanas al Derecho administrativo, antes expuestas. Ello conduce a otra cuestión de indudable importancia, pero de no gran presencia en la práctica judicial: el error. Este puede plantearse como la contratesis de la locución «a sabiendas». Es sabido que nuestro Código penal, en su artículo 14 recoge las dos modalidades más relevantes de dicha figura: el error de tipo y el error de prohibición, de diferente encaje en el delito de prevaricación, precisamente en relación al reiterado elemento subjetivo.

El primero de ellos parece ser al que menos recorrido se le da. Para algunos autores, que valoran el desconocimiento de la arbitrariedad de la resolución prevaricadora, como un elemento normativo excluye el dolo del autor, precisamente al amparo de las reglas del error de tipo contenidas en el susodicho artículo 14 y que, al no estar expresamente regulada la imprudencia para este delito, se llegaría a esta conclusión tanto para el error invencible como vencible¹⁵. Este planteamiento ha de ser matizado, fundamentalmente por la subordinación de ambos términos al requerimiento de «a sabiendas». Dos posibles salidas se plantean: el sujeto conocía la injusticia y arbitrariedad de su resolución y a sabiendas la dicta –delito de prevaricación por dolo directo única modalidad a atender–; o, por el contrario, no alcanza dicho conocimiento con la intensidad que requiere la amplitud interpretativa de la citada expresión subjetiva –la conducta del sujeto no llega para apreciarse que actuó a sabiendas de la injusticia y de la arbitrariedad, conducta atípica, pues falta un elemento esencial del tipo–, Iglesias Río admite, sobre todo en clave de Administración local, posiblemente la más propicia para esta forma de error, tal posibilidad; a pesar de reconocer que incluso en los municipios más pequeños se cuenta con asesoramientos legales a través del secretario del Ayuntamiento correspondiente o de los

¹⁵ HAVA GARCÍA, E., *Prevaricación*, p. 141.

servicios jurídicos de las Diputaciones¹⁶, que hacen un buen servicio, pero, al mismo tiempo, pueden evitar la formulación del reiterado error por alcaldes y concejales.

La jurisprudencia no es especialmente prolija con esta posibilidad. Sin embargo, se encuentran algunas sentencias al respecto: Las SAP de Orense (sección 1.^a) 204/2017, de 16 de junio, no estima que haya error de tipo, por no verificado, en el supuesto de veintinueve contrataciones durante dos años en las que faltaban todos los requisitos para la contratación pública, efectuadas pese a los reparos y advertencias manifestadas por la Secretaria del Ayuntamiento, evidentemente la conducta en examen cumplía las exigencias de dictar un resolución a sabiendas de su injusticia y arbitrariedad (en parecido sentido denegatorio, STS 647/2002, de 16 de abril: Alcalde que abre expediente a Secretario del Ayuntamiento y a sabiendas de que tenía derecho a una retribución del 75 % del sueldo base no se lo hace efectivo; SAP de Navarra (sección 3.^a) 94/2005, de 28 de julio: Alcalde de municipio que no inicia procedimiento de baja de oficio del padrón municipal, pese a conocer que gran parte de las personas que solicitaron el alta no residían en el pueblo, con pleno conocimiento de la irregularidad que su actitud consentía).

Excepcionalidad, asimismo, en su aplicación, presenta en relación a este delito, el error de prohibición que, sin embargo, igualmente muestra algunas decisiones jurisprudenciales al respecto y propuestas doctrinales. Para Hava García la jurisprudencia le marca un ámbito realmente reducido a dicho error, «precisamente por el carácter manifiestamente ilegal (patente, evidente, flagrante) que debe de contener la resolución dictada¹⁷. En todo caso, la argumentación minimalista puede ir más lejos al basarse no solo en la ilegalidad citada, sino en la amplitud de a sabiendas de su injusticia y de su arbitrariedad que dificulta grandemente la posibilidad del error de prohibición. No obstante, pueden encontrarse algunas sentencias al respecto, incluso con gradación de efectos si el error es invencible o vencible, por ejemplo: La SAP de Barcelona (sección 2.^a) 95/2015, de 9 de febrero, asume el error de prohibición invencible, en el caso de votos a favor de Alcalde y concejales que acuerdan en pleno por mayoría absoluta la venta directa de una finca propiedad municipal, con procedimiento incorrecto, pues era

¹⁶ IGLESIAS RÍO, M. A., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en Gómez Tomillo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*. V, Aranzadi, 2015, p. 200.

¹⁷ HAVA GARCÍA, E., *Prevaricación*, p. 141.

necesaria la tramitación por concurso o subasta, con según los acusados con adecuada información y asesoramiento del Secretario del Ayuntamiento, quien falleció durante la tramitación del procedimiento, con autorización para la venta –en consecuencia exclusión de la responsabilidad criminal–; La STS1526/1999, de 2 de noviembre, sobre Alcalde que adopta resoluciones injustas sin haberse asesorado previamente de la legalidad de las mismas, aprecia error de prohibición vencible, el acusado hace valer sobre la exigente prevista en el art. 20.7.º CP, erróneamente definida por aquel como cierta, la Sala entiende que «aunque es preciso añadir que el mismo pudo salir de su error desplegando toda la diligencia a que estaba obligado –fundamentalmente recurriendo a los pertinentes asesoramientos, lo que no consta hiciese antes de adoptar las resoluciones cuestionadas– por lo que el error ha de ser considerado vencible.

En consecuencia, con todo lo planteado anteriormente y, en concreto, la débil presencia del error tanto de tipo como de prohibición en el delito cuyos componentes subjetivos marcan la elaboración típica, en esta la expresión a sabiendas excluye, por supuesto, las conductas imprudentes, pero asimismo el dolo eventual. La negación de este último no es pacífica en la doctrina. Así, Iglesias Ríó, estima que la redacción típica impide o hace muy difícil, aunque no se excluye de inicio el dolo eventual¹⁸. Orts Berenguer, por su parte, es más expresivo al estimar como más preferible la opción del dolo eventual junto al directo, pues cuando «un funcionario dicta una resolución, con serias dudas sobre si se ajusta a la legalidad vigente, está aceptando que sea arbitraria, ésta actuando de forma dolosa, con dolo eventual»¹⁹. Con semejante posición se está limitando el alcance del elemento subjetivo «a sabiendas», dando entrada en el ámbito del delito, una vez excluidas las conductas imprudentes, a supuestos de resbaladiza apreciación dentro del delito doloso de prevaricación, como la simple duda sobre la legalidad de la resolución, a la que ya he aludido, u otras cuestiones más simples todavía que han de ser objeto del ámbito administrativo y no penal.

La jurisprudencia es dispar al respecto, algunos autores, a pesar manifestarse a favor del dolo directo exclusivamente, aprecian en una par-

¹⁸ IGLESIAS RÍO, M. A., *De la prevaricación*, pp. 199-200.

¹⁹ ORTS BERENGUER, E., «Lección XXXVII Delitos contra la administración pública (I). Prevaricación. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos. Desobediencia y denegación de auxilio. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos», en González Cussac (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª, Tirant lo Blanch, 2019. p. 676.

te de la jurisprudencia una tendencia, acaso indirecta de apreciación del dolo eventual²⁰. En tal sentido, la STS de 10 de mayo de 1993, anterior al Código vigente y citada por ambos autores, ciertamente aborda el tema desde la perspectiva indicada, pero sin distinción entre clases de dolo, al situar que la «injusticia» puede ser referida «a la absoluta falta de competencia de inculpado, a la inobservancia de las esenciales normas de procedimiento o al propio contenido sustancial de la resolución, de modo que la resolución implique un ‘torcimiento del Derecho o una contradicción con el Ordenamiento Jurídico, ya se trate de normas sustantivas o procesales, que por ser de tal manera patente o grosera pueda ser perfectamente apreciable por cualquiera, no bastando pues la mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación errónea o equivocada o discutible, como en tantas ocasiones ocurre en Derecho». Ni por la temporalidad de la Sentencia ni por su contenido parece que en ella se cuestione, la opción única del dolo directo. Mas reciente es la interesante SAP de Granada (sección 1.ª) 212/2018, de 26 de abril, en la que se condena a dos autores por prevaricación administrativa dolosa, Alcaldesa y Secretario Interventor y al Tesorero por dolo eventual como cooperador necesario en cuanto firmó la póliza, conociendo su elevada cuantía y su excesiva duración, así como el choque frontal respecto de la autorización realizada por el Pleno al que asistió; para la Sentencia «el dolo no queda excluido por el mero hecho de no haber querido el resultado, o por la mera esperanza de que no se producirá, ni tampoco por la confianza en la actuación de los coacusados Secretario Interventor y Alcaldesa».

Partiendo de la base de mi reconocimiento dogmático de que el elemento subjetivo para el cooperador necesario se concreta en el conocimiento del carácter delictivo del hecho planificado por el autor y en la voluntad del partícipe de contribuir de manera consciente y eficaz, sabiéndolo, a la realización de aquel y que, aunque, en principio, como regla general, se trata de una aportación dolosa, se acepta, por parte de la doctrina, la posibilidad doloso eventual, y, en algunos casos, incluso la impudencia, para los delitos que así la incluyan²¹; de todas formas, de los hechos probados, cabe deducir que perfectamente se podría haber incluido, como dolo directo, pues el principal argumento para el eventual fue el mero hecho de no haber querido el resultado o la esperanza de que este no se produjera, lo que no excluye el dolo como

²⁰ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., De la prevaricación, pp. 1281-1282.

²¹ MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, 2018, p. 947.

tal y menos para los que, como yo, mantienen que el delito de prevaricación es un delito de simple actividad²². En todo caso, ninguna de estas posibilidades en relación al cooperador necesario empecé mi postura de exclusiva atención al dolo directo, y de dar esa más amplia interpretación al término «a sabiendas» y una más restrictiva y, por ello, al delito de prevaricación. Son mayoritarias la SSTS que optan por la vía del dolo directo—entre otras: 727/2000, de 23 de octubre, 1223/2004, de 21 de octubre, 226/2006, de 19 de febrero, 723/2009, de 1 de julio, 477/2018, de 17 de octubre—.

III. A manera de conclusiones

La referencia «a sabiendas, se muestra dentro de la actual regulación del delito de prevaricación como determinante de su contenido y alcance. Supone la directriz básica y prioritaria, acompañada de sus predicados injusta y arbitraria en la resolución, para diferenciar la ilicitud administrativa, por intensa y grave que esta se presente, de la infracción penal. Los términos injusticia y arbitrariedad han de situarse en un nivel equivalente, desde el momento en que el tipo exige que el autor obre a sabiendas de la injusticia, el conocimiento y el querer dictar dicha resolución ha de atender asimismo al carácter arbitrario de esta. Igualmente, el vocablo «a sabiendas» pone de manifiesto, en la interpretación, amplia que le otorgo en el texto, el propósito del legislador de requerir dolo directo para la realización del tipo, con exclusión del dolo eventual y de la imprudencia y con una muy restringida posibilidad para el error.

En todo caso, la conclusión más destacada cabe ser situada en la interpretación, que sobre estas bases se hace del delito de prevaricación, fundamentada en los parámetros indicados en el texto y que conducen a una coherente, con la normativa actual, dirección restrictiva con respecto a la legislación anterior al Código penal de 1995. Opción esta que no siempre es así entendida, como se ha mostrado en este escrito, pero que se manifiesta más respetuosa con los principios de intervención mínima del Derecho penal y de seguridad jurídica, tal como está planteada actualmente por nuestro legislador penal. Otra cosa es pretender, sobre nuevos criterios político criminales, de tendencia expansionista, ampliar el alcance y contenido del delito de prevaricación

²² MORILLAS CUEVA, L., *Delitos contra la Administración Pública (I). La prevaricación*, p. 1223.

administrativa, y para ello aportar una nueva visión normativa del ámbito y efectos del elemento subjetivo del delito, en un caminar, excesivamente frecuente a nivel general, hacia un engrandecer lo objetivo que diezma la proyección garantista del Derecho penal. Pero esa es otra cuestión a debatir.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO DEL SUICIDIO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL HASTA EL ADVENIMIENTO DE LA SEGUNDA REPÚBLICA ESPAÑOLA

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Huelva

El suicidio que hoy es impune no lo fue en las legislaciones anteriores a la codificación, como podemos deducir de los análisis históricos que existen sobre el tema¹.

De la misma forma trataremos aquí de hacer un bosquejo de la evolución del tratamiento del problema en la historia jurídica remota de nuestro país

I. Las siete partidas de Alfonso X

Por lo que se refiere a nuestra legislación previa a la codificación, en contraste con el duro tratamiento jurídico empleado contra los suicidas en otras legislaciones europeas², en *Las Partidas*, comenzando por la Partida VII, Ley XXIV, Título I, solamente se confiscaban los bienes del suicida en favor del Rey en el caso de que se hubiese producido la muerte por el temor a la pena que esperaba recibir a través del «yerro quebradizo» o por vergüenza, si el «yerro» era tal que si le fuese probado debiera ser condenado a muerte y perder todos sus bienes, y siempre que el procedimiento se hubiera ya iniciado. La misma sanción se imponía

¹ Véase más detenidamente sobre la historia del suicidio desde el punto de vista internacional: NÚÑEZ PAZ, M. A., «Relevancia jurídica del suicidio desde la Ilustración hasta el siglo XX», en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 1167 ss.

² Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. RDP, Madrid, 1972, p. 372; *idem.*, JUANATEY DORADO, C., *Derecho, Suicidio y Eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, p. 60.

en el supuesto de que el hecho realizado por el autor fuese de tal naturaleza que éste pudiera ser acusado después de su muerte. Pero en el caso de que el suicido se realizase por «locura, dolor, enfermedad» o «gran pesar» no se deberían confiscar sus bienes, que habían de ser previamente entregados a sus herederos si los hubiere³.

Pero, de todos modos, el cadáver del suicida que debiera haber sido condenado a muerte era colgado⁴.

La Ley X del Título VIII de la Partida VII equipara al homicidio («como si el mismo lo matase») la conducta de quien proporciona al suicida armas u otros elementos mortíferos «con que se matase» y siempre que el suicida se encontrase en una situación pasional, de grave enfermedad, embriagado o enajenado⁵.

³ La Ley XXIV, Título I, Partida VII, establece lo siguiente:

«Desperado seyendo algund ome en su vida por yerro que ouiesse fecho, de manera que se matasse el mesmo despues que fuesse acusado. En tal caso como este dezimos, que si el que se mato por miedo a la pena que esperaba recibir por aquel yerro que fizo o por verguença que ouo, porque fue fallado en el mal fecho de que lo acusaron, si el yerro era tal que si le fuese prouado, deue morir por ende e perder sus bienes, e seyendo ya el pleito començado por demanda, e por respuesta se mato, estonce deuen tomar todo lo suyo par el Rey. Esso mismo seria si el yerro fuesse de tal natura que el fazedor del pudiesse ser acusado despues de su muerte... Mas si el yerro fuesse tal que por razon del non dicesse prender muerte, maguer se matasse non le deuen tomar sus bienes, ante deuen fincar a sus herederos. Esso mesmo deue ser guardado, si alguno se matasse por locura o por dolor o por cuyta de enfermedad o por otro grand pesar que ouiesse.»

(*Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, cotejadas con varios Códices antiguos de la Real Academia de la Historia, Tomo III, Partida IV, V, VI y VII, Madrid, 1807, p. 533.)

⁴ Díez RIPOLLÉS, J. L., *Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales (vida humana independiente y libertad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 200.

⁵ Esta Ley establece:

«Sañudo estando algund ome o embriagado, o enfermo de grand enfermedad, o estando sandio o desmemoriado de manera que quisiessse matar a si mesmo, o a otro, e non tuviese arma, nin otra cosa con que pudiesse cumplir su voluntad, e demandasse algund otro que le diessse conque la cumpliesse; si el otro le diessse armas a sabiendas o otra cosa con que se matasse a si mesmo o a otro, aquel que elo da, deve aver pena por ello, también como si el mesmo lo matasse.»

(*Las Siete Partidas*, cit., pp. 570-571).

Vid. Además GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Código penal reformado, comentado novísimamente*, Ed. A. Pañuelas, Madrid, 1886, p. 172; idem GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado*, 2.^a edic., Madrid, 1912, p. 49.

Parece que, al partícipe, si era *Caballero* o *Hidalgo*, sólo se le aplicaba la pena de destierro y sus bienes –en caso de no haber herederos– eran confiscados en favor de la Cámara del Rey. Pero si no lo era, la pena podía ser la muerte (vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Código penal reformado, comentado novísimamente*, Ed. A. Pañuelas, Madrid, 1886, pp. 172-173); idem DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales-Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, p. 23.

Sin embargo, en el derecho aragonés, la Compilación de Huesca establece en la «Declaración del Privilegio general» una disposición real que, a petición de las Cortes, prohibió la confiscación de bienes a los suicidas (vid. GUILLART DE VIALLA, A., *El Derecho penal histórico de Aragón*, Zaragoza, Ed. Fernando »el Católico», 1977, p. 36.

Confr. además DÍAZ ARANDA, E., *Dogmática del suicido...*, cit., pp. 22-24.

II. La nueva y la novísima recopilación

Las Ordenanzas Reales de Castilla, recopilación de Montalvo sobre 1484, mantienen la pena de confiscación para el suicida en dos de sus Leyes, aunque con diversos alcances. La Ley 19, Título 19 del Libro VIII –que procede de Alfonso XI– establece la confiscación sin excepciones:

«Todo home o muger que se matase, pierda todos sus bienes para la nuestra Camara.»

Más la que tiene su origen en una Ley de Enrique III, más moderna (Libro VIII, Título 13, Ley 9) pasó a la Nueva Recopilación (Libro VIII, Título XXIII, Ley 8) y a la Novísima Recopilación (Libro XII, Título XXI, Ley 15) y solo establecía la confiscación de los bienes del suicida, subordinada a que éste no tuviera herederos descendientes⁶. No es de extrañar –como señala Barbero Santos– que para evitar las citadas consecuencias los parientes trataran de ocultar a toda costa el suicidio de alguno de ellos⁷.

III. Los Códigos Penales

1. *El Código Penal de 1822, los Proyectos de Código Criminal de 1830, 1831 y 1834 y el Código Penal de 1848*

La Moderna regulación del suicidio y homicidio consentido tiene su precedente en el Código Penal de 1848.

El Código Penal de 1822 no hacía referencia alguna ni al suicidio intentado o consumado, ni a la participación en dicho acto; tampoco al homicidio consentido. Por consiguiente, al faltar un tipo específico respecto a la participación en el suicidio, esta habría de quedar impune, debiendo las conductas de homicidio consentido subsumirse en el tipo de homicidio simple o en los de asesinato o parricidio si concurriesen

⁶ *Novísima Recopilación de la Leyes de España*, Tomo V, Impr. Sancha MDCCCXV, pp. 396-399. Vid. BARBERO SANTOS, M., «El suicidio», *Cuadernos Taurus* 73, Taurus, Madrid, 1966, pp. 12-13.

⁷ Vid. BARBERO SANTOS, M., «El suicidio», cit., p. 13. También QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de derecho penal...*, cit., pp. 372-373; además JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, cit., pp. 60-61.

las circunstancias requeridas de parentesco o agravatorias, especialmente la alevosía⁸.

Decretado el Código por las Cortes en ocho de junio y mandado promulgar el nueve de junio de 1922 fue Ley el Proyecto Calatrava en tiempos muy críticos. Su vigencia duró, al parecer, aproximadamente nueve meses. La entrada en España de los cien mil hijos de San Luis y el restablecimiento como consecuencia del Gobierno absoluto de Fernando VII ocasionó el hundimiento político del régimen que trajo al mundo el Código, sucumbiendo éste apenas nacido y volviendo a imperar la situación anterior, o sea la Novísima Recopilación, los fueros y las Partidas, con clara preferencia práctica de éstas sobre aquellos, si bien fueron interpretadas y corregidas por el arbitrio judicial⁹.

Los Proyectos de Código Criminal de 1830 y 1831 tampoco contenían disposición alguna sobre el suicidio o la participación en el mismo¹⁰. Sin embargo el Proyecto de código Criminal de 1834 sancionaba el suicidio intentado o frustrado con la pena de seis a ocho años de obras públicas¹¹. Para la punibilidad de la participación habría que acudir a las reglas generales aplicando a los cómplices y auxiliares las dos terceras partes de la pena correspondiente al suicidio intentado¹². Sin embargo, al no mencionarse el suicidio consumado, la participación en este caso resulta más que dudosa. en cuanto al homicidio consentido, no siendo este objeto de regulación, cabe pensar que —al igual que he-

⁸ Vid. DÍAZ ARANDA, E., «Dogmática del suicidio y homicidio consentido», CEJ, Madrid, 1995, pp. 26 ss., *idem* OLESA MUÑOZ, *Inducción y auxilio al suicidio*, Bosch, Barcelona, 1955, p. 21. En el Código de 1822 el homicidio simple previsto en el artículo 618 se sancionaba con pena de quince a veinticinco años de obras públicas, con la obligación de pagar a la viuda e hijos una pensión (art. 631).

⁹ Vid. ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código penal de 1822», ADPCP, Madrid, 1965, pp. 274-75.

¹⁰ El texto de estos Proyectos puede verse en CASABÓ RUIZ, J. R., *El Proyecto de Código Criminal de 1830. Estudio preliminar*, Ed., Murcia, 1978, pp. 36 y 75; *idem*, *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Aúdimo. Estudio preliminar*, Murcia, 1978, pp. 188 ss.

¹¹ El art. 330 del Proyecto de 1834 establecía: «Al que intente matarse y accidentes particulares hiciesen que las heridas fracturas o contusiones que se hubieran causado no le privasen de la vida, se impondría la pena de seis a ocho años de obras públicas». Sobre el citado Proyecto, *vid.* CASABÓ RUIZ, J. R., *El Proyecto de Código Criminal de 1834...*, *cit.*

¹² Cfr. DÍAZ ARANDA, E., *ob. cit.*, pp. 26-27, quien aplica también a la inducción las reglas generales de la participación, lo cual me parece discutible pues roza el principio de legalidad ya que tampoco aparece una figura que describa tal conducta y, en este caso, a mi modo de ver no se trataría de participación sino de coautoría.

Los artículos 2.5, 3 y 5.4, relativos a las Disposiciones sobre las penas, sancionaban a los autores, cómplices y auxiliares, respectivamente; estos últimos eran los que sin concurrir el delito facilitasen armas y otros medios para ejecutarlo con mayor seguridad y los que «de antemano se ofrecieron a la expedición de los efectos».

mos dicho en relación al Código de 1922– habría que aplicar la pena correspondiente al simple homicidio¹³.

El Código penal de 1848 en su art. 326 introdujo la incriminación del auxilio al suicidio, al sancionar con la pena de prisión mayor «al que prestare auxilio a otro para que se suicide» y con reclusión temporal en su grado mínimo «si la prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte», inaugurándose así –a decir de Quintano– «el contrasentido vigente de «suicidar» al prójimo ya que la modalidad ejecutiva se incluye en la suicida y no en la homicida como debiera ser»¹⁴. El «contrasentido» sigue manteniéndose, no sólo en el art. 409 del Código Penal de 1973 recientemente derogado, sino en el ahora vigente de 1995 (art. 143, párrafos 2.º y 3.º). El precepto diferencia el simple auxilio y el auxilio «hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte», presentando éste último un cierto carácter atenuatorio respecto del homicidio, en cuanto éste se castiga con la pena de reclusión temporal en toda su extensión (de doce a veinte años) mientras que el auxilio ejecutivo al suicidio limita la pena al grado mínimo (de doce a catorce años) (art. 83)¹⁵.

Los principales comentaristas del Código Penal de 1848 justifican la no punición de la conducta del suicida, aun cuando consideren ésta contraria a la razón y pecado contra la religión¹⁶. Para Pacheco la exclusión del suicidio del cuadro de las sanciones criminales merece la aprobación, sin ninguna duda, no porque tal conducta pueda considerarse en sí moralmente buena, pues el que la ejecuta asume una inmensa responsabilidad delante de Dios, pero no serían las leyes penales las que habrían de impedir la «¿Qué haréis por ventura –decía Pacheco– a un hombre que quiera atormentarse, que quiera suicidarse? Vuestras penas serían menores que el mal que se impone a sí propio, si ese mal no le contiene, vuestras penas no le contendrán»¹⁷. Pero así como Pacheco no aprueba la punición del suicidio, aprueba, sin embargo, la

¹³ O sea, con pena de dos a cuatro años de destierro, o incluso con la pena de muerte según lo establecido en los artículos 315 y 334. Vid. DÍAZ ARANDA, ob. cit., p. 27; *idem*. LASO GAITE, J. F., Crónica de la codificación española (Codificación penal), 2.ª ed., tomo v, vol. I, CPMJ, 1980, p. 419.

¹⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, I, Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1972, pp. 380-385. quien encuentra el precedente en el entonces vigente Código de Brasil (art. 196) y en la Legislación histórica de *Las Partidas* (P. VII, Ley 10, T. T.8).

¹⁵ DÍAZ ARANDA, E., ob. cit., p. 30; JUANATEY DORADO, C., *Derecho, Suicidio y Eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pp. 62-63.

¹⁶ JUANATEY DORADO, C., ob. cit., p. 63.

¹⁷ PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, tomo III, Madrid, 1948, p. 32. «¿Qué se puede exigir –continúa el citado comentarista– contra el suicida después que apostró él mismo hasta la propia muerte siendo ésta el mayor mal a que podían condenarle los hombres? Nuestra sociedad escéptica y material, por lo menos nada pide, nada se clama contra él».

punición del auxilio al mismo pues «aquí faltan de todo punto –dice el citado autor– las razones que impedirían castigar al primero; aquí hemos pasado a una esfera en que la ley puede tener eficacia y en que puede pedírsele por consiguiente que sancione con sus preceptos lo que inspira en los suyos la moral»¹⁸. Pacheco distingue los dos casos: prestar auxilio al suicida, «facilitarle el veneno o el puñal o impedir que acudan a salvarle de su mala intención» y el de ejecutar por sí mismo la acción que el suicida desea «clavarle el puñal, darle a beber el veneno,...». Los casos son, en efecto, distintos: el auxilio de uno ha pasado a ser acción completa en el otro; en un caso –dice– hay complicidad, en el otro hay cooperación más importante; hay un «homicidio concertado con el que va a ser su víctima», y finalmente se manifiesta de acuerdo con las penas establecidas y la diferencia que las separa. Por último, en cuanto a la omisión, al igual que otros comentaristas, se manifiesta contrario a lo que denomina «auxilio negativo al suicidio», pues estima que «prestar auxilio es algo más que ese silencio, que esa omisión» ya que «abstenerse es no hacer nada», y «el que nada hace, quien se abstiene, no presta auxilio a ningún intento, aunque moralmente no obre bien –dice– legalmente no podrá castigársele»¹⁹.

Por su parte De Vizmanos y Álvarez justifican la no punición del suicidio en base a tres cuestiones: 1.º las pasiones son más fuertes que la autoridad de las leyes, 2.º la dificultad de elegir la pena a imponerse y 3.º la mayor parte de las muertes voluntarias son efecto de enfermedades cerebrales de las que el suicidio es un síntoma. La ley humana habría dejado por ello la apreciación y el castigo a la divina, que sólo podría refrenar la religión, ya que ella «sólo manda y aplaca las pasiones, aún en medio de las borrascas del alma»²⁰.

Sin embargo, estos mismos autores no dudan en afirmar que no son aplicables las consideraciones expuestas respecto del suicidio a quien prestare auxilio para que otro se suicide y menos aún a quien llega hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, considerando a éste el verdadero autor de un homicidio y como tal debería ser castigado²¹, sin que en este caso parezca que importe cuáles hubieran sido las motivaciones²².

¹⁸ PACHECO, J. F., *El Código penal...*, cit., pp. 32-33.

¹⁹ PACHECO, J. F., *El Código penal...*, cit., p. 33.

²⁰ VIZMANOS, T. M. de, y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al Código penal*, tomo II, Madrid, 1848, p. 328.

²¹ VIZMANOS, T. M. de, y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios...*, cit., p. 327.

²² Confr. JUANATEY DORADO, C., ob. cit., p. 64. Algunos autores como CASTRO, V., OROZCO, J. T., y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, tomo II, Granada, 1848, pp. 278-279. admiten respecto del auxilio simple la

Al igual que Pacheco, Vicente y Caravantes no comprende la omisión en el auxilio al suicidio si bien la incluye como falta acudiendo al núm. 2 del artículo 486²³.

Por consiguiente las consideraciones hechas –con la retórica de la época– para fundamentar la no punición del suicida, a pesar de la condena moral del suicidio basadas –sobre todo– en la ineficacia de la pena y el extravío de la razón del suicida a quien se llega a considerar «un demente o un desdichado»²⁴, no sirven para justificar la conducta de quien presta a otro auxilio para que se suicide y a quien se denomina por algunos autores «cómplice del suicidio»²⁵, y menos aún a quien ejecuta por sí mismo la acción deseada por el suicida, *v. g.*, clavarle el puñal o darle a beber el veneno. En ambos casos faltan las razones que impiden castigar al suicida²⁶.

2. La reforma penal de 1850. El Código Penal de 1870

La reforma de 1850 no introdujo modificación alguna en materia de auxilio al suicidio y reprodujo literalmente en su artículo 335 lo dispuesto en el anterior artículo 326.

tentativa, la frustración y el encubrimiento, no así en el caso del llamado *auxilio ejecutivo*, aunque admite, sin embargo, el encubrimiento y la complicidad.

²³ Vid. VICENTE Y CARAVANTES, J., Código penal reformado de 30 de junio de 1850, Madrid, 1851, pp. 183 –85. Siguiendo la línea de la mayoría de los comentaristas, especialmente de Pacheco; el citado autor, después de justificar la no punición del suicidio, sin perjuicio del reproche moral, estima que la ley penal no podía menos de castigar al que presta auxilio a otro para que se suicide, respecto del que no son aplicables las consideraciones expuestas sobre el suicida y mucho menos del que llegando a ejecutar él mismo la muerte pudiera decirse que es verdadero autor del homicidio. El art. 335 (tras la Reforma de 1850, antes era el 336) pena estos dos actos, el segundo más gravemente que el primero.

Respecto de quien no impide la muerte del suicida se remite al núm. 12 del artículo 486 que sanciona la falta de omisión de socorro.

Obsérvese, sin embargo, cómo la mayoría de comentaristas a partir de Pacheco están de acuerdo en un tratamiento penal atenuado respecto *v. g.* el duelo, y nada dicen de quien se ve abocado a ayudar a alguien acuciado por un mal incurable, como acertadamente indica JUANATEY DORADO, C., *ob. cit.*, p. 67: «para este hombre sensato se considera adecuada la pena de homicidio...».

²⁴ Vid. CASTRO Y OROZCO, T. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., Código penal, cit. En este sentido se manifiesta la mayoría de los comentaristas del Código de 1870, *Vid. v. g.*, por todos GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo IV, 2.ª ed., 1912, p. 497, quien considera que el suicida no ataca ni lastima el derecho de ningún otro hombre y ante los poderes públicos es solo un desgraciado que solo compasión inspira.

²⁵ Vid. PACHECO, J. F., *El Código penal...*, cit., p. 33.

²⁶ Cfr. entre otros VICENTE Y CARAVANTES, J., *Código penal...*, cit., p. 485. *Vid. además*, HIDALGO GARCÍA, J. A., *El Código penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, tomo II, Madrid, 1848, p. 201.

El Código Penal de 1870, en su artículo 421, no alteró en absoluto las conductas de auxilio al suicidio. El auxilio consistente en la ejecución de la muerte –el llamado homicidio suicidio–²⁷ es objeto tan sólo de una simple modificación gramatical en cuanto que sustituye el término «si se le prestare» mantenido en el Código de 1848 por otro más correcto «si se lo prestare». Pero lo más importante quizás sea señalar que se castiga el auxilio ejecutivo al suicidio con la pena de reclusión temporal en toda su extensión y no en su grado mínimo, como sucedía en el Código anterior. Por consiguiente, el auxilio ejecutivo al suicidio pierde su carácter atenuatorio respecto del homicidio al equipararse las penas señaladas en ambos tipos delictivos, equiparación que va a continuar manteniéndose en los Códigos penales posteriores a excepción del Código Penal de 1928²⁸.

Los comentaristas más importantes del Código de 1870 mantienen en general en cuanto al suicidio una línea análoga, con diversas matizaciones a la seguida respecto al Código de 1848 por lo que a la consideración del suicidio se refiere. Para Groizard, «el suicida no ataca ni lastima el derecho de ningún otro hombre... Si ante Dios y ante la conciencia es un gran delincuente y ante la religión y la moral un reo, ante la sociedad y los poderes públicos es un desgraciado que sólo compasión inspira». Realmente –dice Groizard– no produce ni la lesión de un derecho ajeno, ni alarma social, ni daño inmediato que reparar, faltando por tanto «los requisitos todos característicos de la delincuencia». Distingue, por tanto, «el horror al suicidio, su condenación moral, su anatematización religiosa y su castigo como delito»²⁹. Pone de relieve, además, como «la negación de decorosa sepultura, la anulación de los testamentos, la profanación legal de los cadáveres, las ceremonias infamatorias unas veces ridículas, otras repugnantes, ni son propiamente penas, ni tienen otro

²⁷ El llamado *auxilio ejecutivo* al suicidio es llamado por un sector doctrinal «homicidio consentido», otro de los sectores emplea la denominación «homicidio-suicidio» o bien –más impropia– la inicialmente mencionada «auxilio ejecutivo al suicidio». Así, JUANATEY DORADO, C., ob. cit., p. 62, nota 103, si bien reconoce que no prejuzga nada sobre la naturaleza jurídica o caracteres típicos del delito. En nuestro caso, emplearemos generalmente la terminología «*homicidio consentido*» por lo que en muchas de mis obras he tratado ya de justificar convenientemente. Vid., en este sentido, DÍAZ ARANDA, E., ob. cit., pp. 154 ss.

²⁸ Vid. JUANATEY DORADO, C., ob. cit., pp. 67-68. El art. 421 del Código de 1870 establecía lo siguiente: «El que prestare auxilio a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión temporal». La duración de la pena de prisión mayor era de seis años y un día a doce años mientras que la de reclusión temporal iba desde doce años y un día a veinte años (vid. articulado del Código penal de 1870).

²⁹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal...*, cit., tomo IV, 2.ªed., 1912, pp. 497-98.

carácter que el de inútiles recursos prácticos buscados por los poderes públicos, que no toman plena conciencia de sus deberes y de sus obligaciones, para inspirar a las gentes su aversión al suicidio»³⁰. Resalta también con igual énfasis lo absurdo de establecer penas contra el suicidio ya que «falta en el suicidio consumado la base cardinal de todo procedimiento». Falta el procesado y con él las condiciones racionales y justas de toda imputación criminal; pues todos los derechos de la Ley penal sobre el hombre concluyen con la muerte; y, por consiguiente, la responsabilidad criminal se extingue con la existencia del procesado. Tales razones si bien carecen de aplicación en cuando no se trata de suicidio consumado, sino de frustrado o de tentativa, el propio Groizard se cuida bien de afirmar que, aunque la pena es posible porque hay personas sobre las que recae, no por ello su incriminación ha de ser justa ni conveniente y aplaude finalmente –contra la opinión de otros comentaristas–³¹ que el legislador no haya castigado ni el suicidio consumado ni la tentativa ni el delito frustrado de suicidio³². Pero si bien aboga por la no represión penal de quien atenta contra la propia vida no sucede lo mismo en el caso de que una persona intervenga para prestar ayuda y auxilio al suicida, cooperación que se estima inmoral pues si bien el suicida no es dueño de su existencia, el requerimiento de otro hombre para que le ayude a arrancarse la vida no da al requerido ningún derecho sobre la vida del requirente ni le libra de la responsabilidad penal. El Código penal impone al culpable la pena de prisión que es la que corresponde al cómplice de homicidio simple. Pero como quiera que el Código penal ha previsto el caso de que el auxilio sea tan directo y eficaz que el que lo presta llegue hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, castiga entonces con la pena de reclusión que es la señalada para el reo de homicidio. Sin embargo, Groizard reprocha al legislador el empleo poco feliz de la terminología, ya que el que muere a manos de otro no es suicida porque no se quita

³⁰ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal...*, cit., tomo IV, 2.ªed., 1912, p. 500.

³¹ Vid. PESSINA, *Elementi di Diritto Penale*, vol. II, Napoli, 1883; En nuestro derecho y referido al Código de 1848, CASTRO Y OROZCO, T., y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código penal*, cit., pp. 278-279.

³² GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal...*, cit., tomo IV, 2.ªed., 1912, pp. 502-503, El suicidio –dice Groizard– no es más que una especie del género del homicidio porque no reúne todos los caracteres esenciales de ese género de delincuencia, y siguiendo a CARRARA, F. (*Programma di Diritto Criminale*, cit., tomo I), estima que la posición de PESSINA (*Elementi di Diritto Penale*, cit.,) sería exorbitante en países como Francia que castigaba con la pena de muerte el homicidio y la tentativa igual que el delito consumado, con lo cual se llegaría a la «deducción silogística» de «condenar a muerte al desgraciado que inútilmente hubiera intentado su propio estrago, así el verdugo acabaría por consumir el acto de contrariedad con la ley».

a sí mismo la vida³³, y el que ejecuta por sí mismo una muerte no ayuda al suicidio de otro, aunque el interfecto deseara morir y requiriese a aquel a tal efecto, sino que comete un homicidio. Por consiguiente –según Groizard– hay una mala clasificación dentro del artículo, debiéndose tratar –como en el derecho comparado de la época– estos dos delitos con separación: en primer lugar, el caso de la persona que solicita de forma apremiante que le quiten la vida y otro haya ejecutado tal petición y, en segundo lugar, el de quien en mayor o menor medida haya prestado auxilio a otro para que se suicide. En el primer caso el autor es reo de homicidio, aunque genéricamente lo sería de asesinato, dado que en la mayor parte de los casos concurriría la circunstancia de premeditación; lo cual, de todos modos, no sería justo pues entre el asesino y el hombre que –vencido por los requerimientos apremiantes de otro– consiente en darle muerte, hay una gran distancia, y está justificada la atenuación cuando el móvil no es otro que condescender al requerimiento de la víctima³⁴. Pero tal atenuación no parece convincente y que lo es solo del asesinato dando por supuesto la premeditación y no del homicidio simple.

Por consiguiente, y en resumen, el auxilio al suicida constituye para Groizard un delito especial, ya que si el suicidio hubiera sido considerado delito la responsabilidad del auxiliador sería la del cómplice y bastarían las reglas generales de la participación para imponer la correspondiente sanción, pero no siendo el suicidio punible en nuestra legislación tan reprochable acto habría de quedar impune³⁵.

Sin embargo, en el caso de que el auxilio sea tan directo y eficaz que el sujeto que lo preste ejecute por sí mismo la muerte y el legislador castigue con la pena de reclusión señalada al reo de homicidio ve Groizard, con razón, una incongruencia terminológica, porque el que realmente muere a manos de otro no es suicida porque no se quita a sí mismo la vida, ya que entonces si se quiere ser congruente habrá que castigar como auxiliador de suicidio a quien requerido mata, y no como reo de homicidio³⁶.

Por su parte Viada coincide con la mayoría de los comentaristas en justificar la no punición del suicidio al que considera «un enorme crimen contra Dios, único dispensador de la vida y de la muerte del hom-

³³ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal...*, cit., tomo IV, 2.ªed., 1912, p. 504.

³⁴ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal...*, cit., tomo IV, 2.ªed., 1912, p. 496.

³⁵ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal...*, cit., tomo IV, 2.ªed., 1912, p. 496-97. El argumento ha sido sucesivamente repetido en esencia por la doctrina hasta la vigencia del actual Código penal.

³⁶ La incongruencia terminológica puesta de manifiesto por GROIZARD, ob. cit., p. 504, ha sido recogida igualmente por QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit.

bre» aunque «ante la sociedad no es ni puede ser un delito», y afirma –siguiendo en este punto a Pacheco– que no puede imponerse al suicida mayor pena que la que «arrastró a él mismo hasta la propia muerte, siendo éste el mayor mal al que podrían condenarse los hombres».

Por consiguiente, ve en el suicida «un desgraciado, un insensato, más digno de compasión que de pena» convirtiéndose ésta en innecesaria e inútil, razones por la que las modernas legislaciones habrían borrado de sus Códigos penales las sanciones; lo cual no puede admitirse para quien presta auxilio para que se consume lo que denomina «el loco intento». Pues el que tal hace y no es un desgraciado o un insensato, sino un hombre que «a sangre fría, con todo conocimiento y conciencia coopera a la muerte de otro hombre» debe considerársele como cómplice o autor de homicidio: lo primero, cuando presta auxilio al suicida para que se quite la vida, facilitándole por ejemplo el puñal, la pistola o el veneno que ha de acabar con ella; lo segundo, cuando el mismo auxiliador ejecuta la muerte; y considera Viada más lógica la postura del legislador de 1870 que la del de 1848 (1850) al imponer la misma pena que al autor y cómplice respectivamente del delito de homicidio³⁷.

La verdad es que Viada no parece considerar claramente, como lo hace Groizard, que se trata de un delito especial *sui generis* y que, de no establecerse por el legislador, no habría, lógicamente, lugar a su punición al no estar sancionado el suicidio. No se trata por tanto en el caso de auxilio al suicidio de complicidad, ni propiamente de autoría de homicidio en sentido técnico, por mucho que se equiparen las penalidades.

3. El Código Penal de 1928

Se trata del primer Código que introduce, desde 1848, cambios substanciales en la regulación jurídica respecto de la intervención de terceros en el suicidio. Debe destacarse en primer término la incriminación, junto a las conductas de auxilio simple y auxilio ejecutivo al suicidio, de las conductas de inducción al suicidio que se sancionan por primera vez en la legislación punitiva³⁸.

³⁷ VIADA Y VILASECA, S., *Código penal comentado*, tomo III, Madrid, 1890, p. 46. Sobre el Código penal de 1870 *vid.* también, ANTÓN ONECA, J., «El Código penal de 1870», en ADPCP, T. XXIII, 1970, pp. 229 ss.; *idem*, NÚÑEZ BARBERO, R., *La Reforma penal de 1870*, Univ. de Salamanca, 1969.

³⁸ Cfr. CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal, Parte especial*, tomo II, 14.^a Edic., Ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 494; *idem*, *El nuevo Código Penal. Exposición y comentario*, libro II, parte 1.^a, Barcelona, 1930, pp. 531-533.

Tanto la inducción como el auxilio se castigan con la pena de prisión de cuatro a ocho años, mientras que el llamado auxilio ejecutivo al suicidio se castiga con la pena de seis a quince años de prisión. Resalta, por consiguiente, esta regulación respecto a las penas previstas para el homicidio simple del artículo 515 que se castiga con la prisión de ocho a veinte años como en los Códigos de 1848-1850, con lo cual el auxilio ejecutivo al suicidio viene a constituir una figura atenuada respecto al homicidio³⁹.

Pero la novedad más importante del Código penal de 1928 radica en la facultad conferida a los Tribunales para imponer una pena inferior a los seis años cuando concurren móviles piadosos en el sujeto activo junto a las condiciones personales y circunstancias del hecho. El consentimiento es sin duda requisito indispensable para poder aplicar el párrafo 2.º del artículo 517, pues si no concurre este, aunque el autor actúe con motivación piadosa, nos encontraríamos ante un homicidio, parricidio o asesinato en su caso⁴⁰.

Jiménez de Asúa y Antón Oneca, en referencia al Código de 1928, se limitan a señalar el principio general de la no influencia del consentimiento en relación al homicidio solicitado, que debe distinguirse del auxilio procurado al suicida, sin que la voluntad privada, incluso la del ofendido pueda tener el valor de borrar la criminalidad del acto excluyendo toda pena⁴¹. Por consiguiente, la cooperación en el suicidio de otro por instigación o ayuda como procurar el veneno o el arma ha encontrado sanción en el Código penal como delito propio: «participación en el suicidio ajeno», ya que –afirman siguiendo a Carrara–⁴² pues sin ello no podría hablarse, pues resultaría absurdo, de cómplices del

³⁹ Vid. JUANATEY DORADO, C., ob. cit., p. 73; *idem*, DÍAZ ARANDA, E., *Dogmática...*, cit., p. 39, aunque quizás por error donde dice «homicidio simple» debería decir «homicidio consentido» y NÚÑEZ PAZ, M. A., *Historia del Derecho a morir* (Prólogo de Terradillos Basoco), Forum, Oviedo, 1999.

El artículo 517 del Código penal de 1928 en su párrafo primero establecía: «El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de seis a quince años». Dado que el simple homicidio se castigaba con la pena de prisión de ocho a veinte años, es evidente que el «auxilio ejecutivo» constituye una figura atenuada respecto del homicidio.

⁴⁰ Vid. JUANATEY DORADO, C., ob. cit., pp. 73-74.

El párrafo segundo del artículo 517 del Código penal de 1928 establece que «en todos los casos del párrafo anterior, los Tribunales, apreciando las circunstancias personales del culpable, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, podrán, a su prudente arbitrio, imponer una pena menor a la señalada para el delito».

⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme al código penal de 1928*, II, Parte especial, 1.ª edic., Madrid, 1929, p. 132.

⁴² Vid. CARRARA, E., *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, VIII edic., vol. I, Firenze, 1906.

suicidio, no siendo éste delito; y ponen de relieve además, como el Código de 1870 cometió una grave omisión no castigando la provocación al suicidio dado que este hecho reúne todos los requisitos para su penal represión⁴³, colmando esta laguna el Código que ahora estudiamos al introducir las palabras «el que indujere a otro para que se suicide».

En referencia a los motivos incluidos en el párrafo segundo del artículo 517, ya ponen de relieve cómo son particularmente el doble suicidio por amor y la muerte dada a los enfermos incurables que demandan perentoriamente el fin de sus sufrimientos, pero también las dificultades que ello supone; en el primer caso se plantean el problema de la posibilidad de sancionar por tentativa al suicida superviviente y se preguntan si se podrá castigar por la muerte dada al otro remitiéndose a la necesidad de acudir al caso concreto⁴⁴.

Mayor interés ofrece –en relación a la motivación referida– su alusión a la eutanasia al preferirse «la muerte dada a los enfermos incurables que demandan perentoriamente el fin de los tormentos», acogido ya entonces con criterio exculpatorio en algunos códigos penales⁴⁵ y para cuyo debatido caso preconizan el perdón judicial⁴⁶.

Con mayor extensión trata Jiménez de Asúa el problema del homicidio consentido y del móvil de acción a la eutanasia en su excelente y

⁴³ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme...*, cit., p. 133. Vid., en relación al Código penal de 1870, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *Comentarios...*, cit., IV, p. 446.

⁴⁴ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme...*, cit., p. 134. *Idem*, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, T. IV, Ed. Losada, Buenos Aires, 1976, p. 640.

El doble suicidio ha podido intentarse v.g. por medio de un brasero que produzca asfixia, mediante un veneno, por sumersión ahogándose juntos, después de atarse mutuamente o bien disparándose al mismo tiempo un tiro de revólver, y distinguen siguiendo a CARRARA, F. (*Programma di Diritto Criminale*, P. E., tomo I, §1.557, nota 1) las dos situaciones «en los casos de asfixia, sumersión y veneno, el que murió permaneció por su decisión en la atmósfera mefítica, se arrojó al agua o tomó el veneno por sí mismo. Es imposible pues, acusar al que sobrevive de homicidio consentido; en todo caso será partícipe en el delito de otro por instigación o ayuda. Pero, en el último de los casos mencionados, cuando uno dirigió certeramente el tiro de la pistola y el otro no hizo más que herir a su pareja o disparar sin hacer blanco en ella, la cuestión varía: aquí sí que es posible hablar de homicidio solicitado». Vid. además, LÓPEZ REY Y ARROJO y ÁLVAREZ VALDÉS, *El nuevo Código penal*, Ed. RDP, Madrid, 1933, pp. 380-381.

⁴⁵ En Rusia, el «homicidio piadoso» se plasmó en el Código penal de 1922, cuyo artículo 143 decía: «El homicidio cometido por compasión a solicitud del que es muerto, está exento de pena». El Proyecto checoslovaco de 1926 en el inciso 3 del §271 establecía esta posibilidad por parte del Tribunal, si el delincuente había dado muerte por piedad. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, cit., p. 398. *Idem*, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.^a edic., reimpresión, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 369 ss. Quien ve en estas disposiciones la exención o perdón puesta en manos del juez para los casos extremos de homicidio caritativo.

⁴⁶ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal...*, cit., p. 134

conocida monografía sobre Libertad de Amar y Derecho a morir»⁴⁷. Me limitaré a aludir a los puntos relacionados con lo dispuesto en el artículo 517 del Código penal de 1928. Para Jiménez de Asúa el consentimiento no legitima el homicidio ni la ayuda a quien por sí mismo se da la muerte y sería inútil invocarlo en el exterminio de vidas atormentadas; el «derecho a morir» no es lo mismo que el «derecho a matar»⁴⁸. El derecho de morir implícitamente reconocido por las leyes, al no castigar el suicidio, le parece discutible a Jiménez de Asúa, pero en cambio estima singularmente certera la valoración de los motivos a que alude el citado artículo 517 pfo. 2.º El móvil no egoísta que guía al homicida piadoso es el único criterio aceptable –dice– para declarar la impunidad, pero otorgar la cualidad de causa de justificación le parece ir demasiado lejos, y aunque menos mal le parecería amparar tales actos bajo la rúbrica de causas de inculpabilidad (*Entschuldigungs grunde*)⁴⁹. Sin embargo, ni a la modesta excusa absolutoria cree que debiera llegarse en este asunto, sino que debe marcharse por otras vías y llega en definitiva a la conclusión de que el problema de la muerte dada por compasión al enfermo incurable y dolorido, consciente de su mal y de su estado que desea abreviar sus padecimientos debe ser resuelto con justicia y humanidad. Y distingue de un lado la que llama *eutanasia médica* que estima como «forma de curar»⁵⁰, pues cuando un médico sabe que no puede «sanar» a su paciente le «cura» los dolores, aunque las dosis sucesivas de analgésicos y anestésicos que le propine acaben produciéndole la muerte antes de lo que esta hubiera llegado si no se acallaran los padecimientos del dolor. De otro lado en las demás formas de eutanasia que practica un particular ligado al paciente por vínculos de familia y amor –lo que denomina *homicidio piadoso*– es donde el móvil asume su

⁴⁷ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Libertad de amar...*, cit., p. 436. «Démosle al Juez –dice el citado autor– las facultades de perdonar, pero no en forma de perdón legal, especialmente consignado para determinadas infracciones, sino en forma amplia y generalizada de perdón judicial». La influencia en éste como en otros puntos del Prof. Jiménez de Asúa plasmó en diversos textos punitivos hispanoamericanos, por ejemplo el Código penal colombiano de 1936, que faculta al juez para perdonar en el caso de homicidio piadoso (artículo 364) o en el Código penal del Uruguay de 1933, que en su Parte General, y entre las causas de impunidad, establecía con el núm. 37 que «los jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima».

Sobre el problema vid. ANTÓN ONECA, J., «El perdón judicial», *Impr. Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, Madrid, 1922.

⁴⁸ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Libertad de amar...*, cit., pp. 429 ss.

⁴⁹ Vid. Motivos que excluyen la culpabilidad según MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg Winters Universitäts buchhandlung, 1915, p. 272; *idem*, MEZGER, E., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2.ª ed., München y Leipzig Dunker, Humblot, 1933, pp. 363 ss.

⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Libertad de amar...*, cit., p. 435.

importancia máxima y si no hay móvil egoísta, si el homicida no desea por ejemplo recoger la herencia o liberarse de cuidados fatigosos, sino que actúa por móviles pietistas y compasivos deben dejarse al juez las facultades de perdón no en forma de perdón legal sino en forma amplia y generalizada de verdadero perdón judicial⁵¹.

En definitiva para Jiménez de Asúa la impunidad del suicidio no se basa en una derogación de los principios de que el hombre no puede consentir en ser privado de su vida porque ésta es un bien del cual su titular no puede disponer, sino en razón de que el sujeto que tal hace es incapaz de sentir la pena e imponérsela si yerra la autoagresión, no tendría utilidad alguna para el consentimiento porque éste solo actúa en relación al homicidio –en la hipótesis más favorable– como atenuante de la pena, por cierto, atenuación que parcialmente admite el Código de 1928; es el móvil el que ha de tener repercusión más benigna, y entra así en la materia de la eutanasia. Pero incluso en estos casos hay que acudir al móvil piadoso no en razón al consentimiento, sino a que, con base en dicho móvil, el juez conceda el perdón judicial habida cuenta del examen de los citados motivos y demás circunstancias⁵². Aunque sea muy discutible la solución adoptada por el Código de 1928, propuesta por Cuello Calón, parece la más acertada a Quintano quien considera que «con tan sabia fórmula se consiguen los máximos objetivos de individualización a la par que se evita una justificación plena de un acto que por muchas que sean las razones que se aduzcan en su favor parece repugnar siempre a la conciencia de nuestro medio cultural»⁵³. Si bien no descarta –aun reconociendo las dificultades de su acogimiento en el derecho positivo– la exención a título de trastorno mental o estado de necesidad en casos extremos, aunque ello no parezca muy congruente con lo anteriormente aducido⁵⁴.

Cuello otorga sus preferencias al Código de 1928 porque, si bien en él se establece una seria penalidad para el homicidio con consentimiento, sin embargo, a causa del amplísimo arbitrio que otorgaba a los juzga-

⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar...*, cit., pp. 436-37.

⁵² JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit., T. IV, pp. 639 y 659.

⁵³ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, Ed. RDPr., Madrid, 1966, p. 747. Si bien reconoce que el citado Código penal señala penalidades bastante severas.

⁵⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, cit. Con más precisión en el *Tratado...*, cit., p. 423 donde llega a considerar la posibilidad, en relación al entonces Código penal vigente de 1944, de incluir el auxilio ejecutivo al suicidio en el estado de necesidad (circunst. 7.^a, artículo 8) argumentando sobre la base de que el ejecutor del suicidio ajeno no quiere directamente la muerte del sujeto pasivo y dado que la verdadera eutanasia supone la muerte irremediable en un corto plazo, siempre será un mal menor *morir sin padecer que morir padeciendo*, por lo que se causa un mal para evitar este último, si bien se reconoce la dificultad de tal solución en el derecho positivo español.

dores era posible castigar el homicidio eutanásico motivado por móviles de piedad mediante penas muy atenuadas. Y, si bien se muestra partidario decidido del castigo de la eutanasia homicida, reconoce que no es justo equiparar un homicidio por compasión, lo que supone un móvil de relevante altura, al homicidio común; la justicia, el progreso científico y las concepciones jurídicas populares exigen en estos casos que, atendida la motivación del hecho y las circunstancias personales del agente, se dé a los jueces la posibilidad de atenuar considerablemente la pena.

Pero la razón de la mitigación para Cuello no se funda precisamente en el consentimiento como podría esperarse, sino solo en la motivación moral del hecho y en el ímpetu emocional que lo determina⁵⁵. Es más, ante lo que denomina la profunda conmoción espiritual que supondría el espectáculo del sufrimiento y la agonía interminable del enfermo acude a la posibilidad de aplicar la atenuante de trastorno mental transitorio⁵⁶, punto de vista al que parecía adherirse también en cierto modo Quintano⁵⁷.

Jaramillo considera una inconsecuencia del legislador castigar al cómplice y al coautor del delito de suicidio *sui generis* y no al autor, si bien tal inconsecuencia no se dará cuando el suicidio se realice efectivamente, pues entonces la responsabilidad criminal se extinguiría por la muerte del reo⁵⁸. La verdad –como el propio autor reconoce– es que no hay propiamente complicidad ni inducción, sino que el prestador de auxilio como los inductores serían dos autores del delito que define el artículo 517, si bien estima que no deja de tratarse de una sutileza legal⁵⁹.

En realidad, aparte de las críticas que le Código penal de 1928 merezca, especialmente en relación a la dureza de algunas penas y a los delitos contra la seguridad del Estado, punición de actos preparatorios, etc., es cierto que se trata del que otorga tratamiento más benigno,

⁵⁵ Vid. CUELLO CALÓN, E., *El problema penal de la eutanasia en tres temas penales*, Bosch, Barcelona, 1955, p. 152.

Para CUELLO CALÓN, E., *El nuevo Código penal*, cit., p. 534, aunque el consentimiento sea imprescindible, el agente ha de actuar guiado por la compasión o piedad ante el dolor incurable para la atenuación del párrafo 2.º del artículo 517, más si el sujeto fuese peligroso o los móviles fueran bajos o egoístas o concurriese cualquier otra circunstancia en la ejecución del hecho que lo agravara, habría de aplicarse al artículo 518 y los Tribunales podrían sustituir la pena de prisión por la de reclusión.

⁵⁶ Vid. CUELLO CALÓN, E., *Tres temas penales*, cit., p. 154.

⁵⁷ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios...*, cit., p. cit.

⁵⁸ JARAMILLO, A., *Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870*, Imprenta de la Gaceta Regional, Salamanca, 1928, p. 191.

⁵⁹ JARAMILLO, A., *Novísimo Código penal...*, cit., p. 192.

aunque parco a estas conductas, si bien un sector doctrinal critica que la decisión atenuatoria se deje al arbitrio del tribunal en lugar de al propio legislador⁶⁰, mientras que otro sector muy autorizado considera preferible otorgar tal decisión al organismo judicial⁶¹.

⁶⁰ Vid. JUANATEY DORADO, C., ob. cit., pp. 76-77 quien estima –quizá con cierta exageración– que dada la levedad de las penas que podrían llegar a imponerse por los Tribunales en aplicación del párrafo 2.º del artículo 517 (pienso que cita equivocadamente el artículo 428) ello equivaldría prácticamente a la autorización de ciertas conductas eutanásicas. Ciertamente los móviles pietistas podían reducir la pena a prisión de dos meses y un día, multa de mil pesetas o destierro de dos meses y un día; pero el legislador consideró, sin embargo, «peligroso llegar a la completa exención». Vid. DÍAZ ARANDA, E., Dogmática del suicidio y homicidio consentido, cit., p. 39, *idem* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., Delitos contra bienes fundamentales, cit., p. 201.

⁶¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit., p. 659. *Idem* en *Libertad de amar...*, cit., pp. 436-438. «No habrá juez alguno –afirma el autor– que, a pesar de tener ante él la Ley punitiva del homicidio consentido, pronuncie una condena contra quien, lleno de piedad por el paciente y reunidos todos los móviles nobles que la más recta conciencia exige, abrevie los padecimientos de un canceroso que clama por la muerte en los últimos días de sus lacinantes angustias, o de un atacado de rabia que pide la liberación de los temibles espasmos que le martirizan...».

PRÁCTICAMENTE NULA: LA CONTRIBUCIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO AL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL*

ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO
Universidad Complutense de Madrid

I. Luis Arroyo y/o la conformación del Derecho penal del trabajo en España

El Derecho penal del trabajo es uno de los temas centrales de la plural obra de nuestro homenajeado, cuyas contribuciones¹ influyeron de manera decisiva en el reconocimiento de la importancia político-criminal de la materia en los años ochenta y noventa del anterior siglo. La pregunta sobre si la intervención penal en las relaciones laborales presenta importancia y rasgos distintivos suficientes para ser considerada una rama autónoma, esto es, propiamente un Derecho penal del trabajo², se contestó de manera contundentemente afirmativa por la doctrina española ante el insatisfactorio trasfondo de las disposiciones entonces vigentes. A estas se les achacaba una carencia absoluta de sistematicidad, la levedad de las sanciones previstas y, sobre todo, una muy escasa aplicación, incluyendo en el ámbito de la entonces denominada «seguridad e higiene en el trabajo»³. El reconocimiento de la im-

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto «Criminología, evidencias empíricas y política criminal. Sobre la incorporación de datos científicos para la toma de decisiones en relación con la criminalización de conductas» (DER 2017-86204-R).

¹ Ya desde su tesis doctoral de 1979, publicada como *La protección penal de la seguridad del trabajo*. Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid 1981, y en su fundamental (en el sentido más literal del término) *Manual de derecho penal del trabajo*, Praxis, Barcelona 1988.

² Sobre la cuestión, *vid.*, ARROYO ZAPATERO, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, 1981, pp. 18-25.

³ Tanto las disposiciones en materia de seguridad laboral como la aplicación de las normas generales de protección de la vida y la indemnidad física se mostraron muy poco efectivas.

portancia de la materia llevó al legislador a la inclusión, en el Libro II del Código penal aprobado por la LO 10/1995, de un Título, el XV, «De los delitos contra los derechos de los trabajadores».

La relación de intereses inicialmente protegidos mostraba que el objeto de protección no eran las relaciones laborales, sino solo algunos de sus aspectos, y únicamente en beneficio de los trabajadores: de conformidad con la descripción del Derecho penal del trabajo adelantada por nuestro homenajeado, lo que se protegía eran «las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena»⁴.

Entre tales condiciones mínimas se encontraba y encuentra la seguridad en el trabajo. Siguiendo la influyente opinión del profesor Arroyo, esta se entiende de manera mayoritaria como un bien jurídico colectivo autónomo definido por la «ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanantes de las condiciones materiales de prestación del trabajo»⁵. Para su específica protección, la LO 10/1995 introdujo dos preceptos, los arts. 316 y 317, que tipifican sendos delitos de peligro, uno doloso y otro imprudente, hasta hoy sin modificar⁶. La inclusión de estos tipos había venido siendo objeto de insistente solicitud por nuestra doctrina, con el siguiente doble razonamiento:

a) Por un lado, la propia elevada letalidad laboral demostraría la insuficiencia de los delitos de resultado, que por definición «llegan demasiado tarde», por lo que en esta materia resulta adecuado introducir delitos de peligro⁷.

V. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 45-109.

⁴ ARROYO, *Manual de derecho penal del trabajo* 1988, p. 26.

⁵ Así, en ARROYO, *Manual de derecho penal del trabajo*, 1988, pp. 154-155. Una mayoría de autoras/es y sentencias defienden la seguridad en el trabajo así entendida, e incluso hacen suya la formulación del profesor ARROYO (así, STS 29 de julio de 2002). Cfr. las numerosas referencias doctrinales y jurisprudenciales en MARTÍN LORENZO, M./ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción», en Pozuelo (Coord.): *Derecho penal de la construcción*. 2.^a ed., Comares, Granada 2012, p. 359, n. 43.

⁶ Lo cual, considerando el caótico devenir de reformas del resto del Título XV, no es poco logro. Al respecto, v. el excelente análisis de otro de los grandes protagonistas de la evolución del Derecho penal del trabajo en España y Latinoamérica, TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos* XLI, 2021.

⁷ *Vid.*, por todos, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en DE LA MATA BARRANCO, *et al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid 2018, p. 607: «la elevada siniestralidad laboral (476 trabajadores fallecidos en jornada de trabajo en 2016) derivada de la falta de las condiciones preceptivas de seguridad hizo que en el año 1983 el legislador penal tomara la decisión de anticipar la intervención penal dirigida a proteger la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores y creara un delito de peligro del que hoy son sucesores los descritos en los artículos 316 y 317».

b) Por otro lado (y ulteriormente), las dificultades para la prueba del dolo características de la actividad empresarial hacen preciso que, junto al delito doloso de peligro, se prevea uno imprudente⁸.

A punto de cumplirse 25 años de la entrada en vigor de la LO 10/1995, sin embargo, los datos relativos a la aplicación judicial de estos preceptos arrojan serias dudas sobre el acierto o la suficiencia de ambas propuestas, por dos razones, que corren en paralelo a las ofrecidas para justificar su necesidad:

a) Superando unos dubitativos comienzos en los que los tipos de peligro parecían abocados al mismo destino de inaplicación que su predecesor, el art. 348 bis a), desde principios de este siglo los tipos de peligro se han venido aplicando con cierta regularidad: aun cuando con los datos existentes no es posible determinar el número con precisión, puede partirse de que cada año existen centenares de supuestos de condena (*infra*, II.1). Sin embargo, como se verá con mayor detalle *infra*, II.2, su aplicación, en una muy amplia mayoría de supuestos, se da *junto con* los delitos resultativos, y no *en lugar de* estos. Siendo esto así, la tipificación de los delitos de peligro no habría conseguido su objetivo declarado: alcanzar allí donde no llegaban los resultativos.

b) En lo que toca a la necesidad de tipificación del delito imprudente de peligro, porque, a pesar de que es común presuponer que este se aplica más, incluso mucho más que su versión dolosa⁹, los estudios que han tratado empíricamente la cuestión muestran una situación opuesta (*infra*, II.3). La relevancia de la cuestión se pone de manifiesto cuando se considera de forma conjunta con la anterior: si los casos de aplicación autónoma de los delitos de peligro ya son escasos, los del tipo imprudente lo son aún más. Si el tipo imprudente de peligro se justifica por su necesidad para cubrir los vacíos dejados por la falta de aplicación del doloso en aquellos casos en los que este a su vez debe cubrir el insuficiente alcance de los tipos resultativos, el hecho de que su aplicación sea

⁸ VV.AA., *Siniestralidad Laboral: Análisis de la respuesta jurisdiccional*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, p. 49: «La incriminación imprudente obedece a la presencia constante de la imprudencia en los accidentes laborales y a la problemática respecto a la prueba del dolo eventual, para el que basta la representación y aceptación de la probabilidad de peligro».

⁹ Así, recientemente, TERRADILLOS, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», 2021, p. 45 (nota omitida): «Aunque se han dictado sentencias condenatorias por delitos de peligro dolosos, con dolo eventual, contra la vida y salud de los trabajadores, la regla general es el castigo por comportamientos imprudentes por aplicación del art. 317».

doblemente residual (en relación con los tipos resultativos y con el tipo doloso de peligro) debe llevar a cuestionar su adecuación.

II. Los tipos de peligro para la seguridad laboral en la jurisprudencia

1. La aplicación de los tipos de peligro

Mientras que la mayor parte del Derecho penal laboral apenas se aplica, datos de diferentes fuentes apuntan a que, desde hace algo menos de veinte años, los artículos 316 y 317 se aplican anualmente centenares de veces.

La principal fuente de información sobre la materia son las memorias de la Fiscalía General del Estado. En lo relativo al número total y el porcentaje de casos de siniestralidad laboral en los que se aplica algún tipo de peligro, sin embargo, las memorias de la FGE guardan un sorprendente silencio¹⁰: aportan datos sobre su aplicación en solitario, pero no sobre su aplicación junto con los tipos de resultado, lo que hace imposible determinar el número total¹¹.

Entre los datos más aprovechables de las memorias (y de más difícil acceso si no se encontrara en ellas) está el número de sentencias de los juzgados de lo penal (SJPs) en materia de siniestralidad laboral. De las memorias de 2010, 2015 y 2020 obtenemos los siguientes datos, relativos a 7 de los últimos 14 años:

Año	2006	2007	2008	2009	2013	2014	2018	2019
SJP	249	337	405	480	666	676	495	517

Tabla I: Sentencias en materia de siniestralidad laboral (juzgados de lo penal).

Estos números no permiten saber el número de sentencias que aplican alguno de los tipos de riesgo, por tres razones: en primer lugar, se

¹⁰ Se califica la omisión de sorprendente porque desde la Instrucción FGE 11/2005 se considera que «La doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado está en esencia encaminada a: (...) Promover la aplicación de los delitos de peligro previstos en los artículos 316 y 317, superando las indudables dificultades que presentan». Saber cuántas veces se aplican estos delitos parece por tanto un punto de partida ineludible.

¹¹ Esto sería posible si las memorias dieran el porcentaje de casos de aplicación en solitario de los delitos de riesgo sobre el total de condenas por este delito: el total sería la suma de ese tanto por ciento –p. ej., 5%– y el restante –en el ejemplo, 95%–. Sin embargo, dan el porcentaje sobre el total de sentencias (no condenas) de siniestralidad laboral.

refieren a todas las sentencias sobre siniestralidad laboral, y no sobre la cuestión, más específica, de la aplicación de los tipos de riesgo; en segundo lugar, recogen todas las sentencias en la materia, incluyendo las absoluciones, en las que a lo sumo puede decirse que estos tipos se han discutido, pero no aplicado; finalmente, las SJPs son recurribles ante las audiencias provinciales (APs), y en estos recursos las condenas pueden convertirse en absoluciones y las absoluciones en condenas (esto último de forma menos probable, por las mayores restricciones de los recursos ante resoluciones absolutorias). La superación de estos escollos presenta distintos grados de dificultad:

– Comenzando por la segunda cuestión, el porcentaje de sentencias condenatorias, este se incluye en las memorias de la FGE, si bien no se calcula sobre todas las sentencias dictadas, sino solo sobre aquellas que son objeto de envío a el/la Fiscal de Sala coordinador/a de siniestralidad laboral¹². Desde el punto de vista del análisis empírico este dato no parece relevante, toda vez que no hay motivos para pensar que las sentencias que no se envían sean cualitativamente distintas de las que sí se envían¹³. Según estos datos¹⁴, en 2009 el porcentaje de condena fue 70,83 %, 78,27 % en 2014, y «80 %» en 2019¹⁵.

Los anteriores porcentajes, para SJPs, son muy similares a los obtenidos en otros estudios empíricos, sobre SAPs. En el primero de ellos, un estudio de Acale y Terradillos sobre 201 SAPs en materia de siniestralidad laboral (todas las dictadas de 2003 a 2005), 147 (73,13 %) fueron de condena¹⁶. En el segundo, un estudio de 76 SAPs sobre una muestra orientada a analizar la aplicación de los tipos de peligro, 56

¹² Que haya divergencia entre ambos números llama la atención, máxime en una institución jerárquicamente organizada como la fiscalía, que debería poder conseguir el cumplimiento de la orden de envío de las sentencias a el/la Fiscal de Sala. Tampoco es comprensible que el porcentaje de envío oscile según los años, sin que mejore: según la Memoria FGE 2010, p. 753, de 450 SJP dictadas se enviaron 312 (69,33 %); según la Memoria FGE 2015, p. 440, de 676 se enviaron 557 (82,39); conforme a la Memoria FGE 2020, p. 830, de 517 se enviaron 384 (74,27 %).

¹³ Podría, en sentido contrario, pensarse que el motivo por el que no se envían estas sentencias es que no resultaron favorables a los intereses de el/la fiscal que llevó el caso. Esto implicaría un número particularmente alto de absoluciones entre ellas, lo que obviamente influiría en la relación condenas/absoluciones. No existen sin embargo indicios de que esto sea así.

¹⁴ Memoria FGE 2010, p. 753; Memoria FGE 2015, p. 440; Memoria FGE 2020, p. 830.

¹⁵ Porcentaje este último calculado (o al menos reflejado) «a ojo de buen cubero»: en 2019 se enviaron 384 sentencias, y el 80 % son 307,2, cifra sin sentido predicada de sentencias.

¹⁶ VV.AA., *Siniestralidad Laboral*, CGPJ 2007, p. 27 (donde el porcentaje aparece redondeado al 73 %).

resultaron en condena (73,68%)¹⁷. Finalmente, para este trabajo se elaboraron dos muestras de SAPs dictadas entre febrero y abril de 2016 (22 sentencias) y en el mismo período de 2019 (15), si bien nuevamente los criterios de búsqueda privilegiaban la inclusión de resoluciones en las que se hubiera discutido la existencia de los tipos de peligro. En el primer caso, la tasa de condena fue de 68,18 % (15 de 22), en el segundo 80 % (12 de 15).

Dada la similitud de las cifras para distintos órganos y a lo largo del tiempo, puede asumirse que desde hace dos décadas unas tres cuartas partes de las sentencias en materia siniestralidad laboral son de signo condenatorio.

Aplicando este supuesto a las cifras de la anterior Tabla I, resulta¹⁸:

Año	2006	2007	2008	2009	2013	2014	2018	2019
SJP	187	253	304	360	500	507	371	388

Tabla II: Condenas en materia de siniestralidad laboral (JPs).

– Lo anterior, sin embargo, es una aproximación razonable al número de condenas en materia de siniestralidad laboral, pero aún no al de supuestos de aplicación de los delitos de riesgo. Aunque el dato no se recoge en las memorias de la FGE, sí ha sido objeto de atención en otros estudios.

En primer lugar, y con mayor precisión descriptiva, el porcentaje de casos de siniestralidad laboral en los que se aplica algún tipo de riesgo fue calculado por Acale y Terradillos: de 147 SAPs condenatorias, aplicaron algún tipo de riesgo 104 (70,74 %): 74 el art. 316, 28 el art. 317 y 2 el anterior art. 348 bis.a)¹⁹.

En segundo lugar, este porcentaje también se calculó en otros dos estudios. Conforme al primero de ellos, sobre SAPs dictadas entre el 1 de junio de 2005 y el 13 de octubre de 2008, el porcentaje que incluyó la aplicación de algún tipo de peligro fue del 73,21 % (41 de 56 condenas analizadas) o del 62,5 % (35/56), según se incluyan (73,21 %) o no (62,5 %) los casos en los que se apreció el delito de peligro pero no se

¹⁷ Otras 19 en absolución (25 %) y 1 en nulidad con retroacción de las actuaciones (1,32 %). Vid., MARTÍN LORENZO, M./ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Guía InDret Penal de la Jurisprudencia sobre Riesgos Laborales», en *InDret* 2009, p. 10.

¹⁸ Se redondea al número natural más cercano y, en caso de equidistancia, al superior. Así, para 2006 es 186,75 (75 % de 249), anotándose 187, y para 2013 499,5 (75 % de 666), anotándose 500.

¹⁹ VV.AA., *Siniestralidad Laboral*, 2007, p. 29.

aplicó por estimar concurso de normas (usualmente resuelto por concurrencia) entre el ilícito de peligro y el resultativo²⁰. El segundo es un estudio complementario que incluye los casos analizados en el anterior y otra muestra de SAPs sobre seguridad en el trabajo entre julio de 2008 y enero de 2012. De 145 sentencias, 104 (71,7 %) fueron condenatorias, 75 de las cuales (72,11 %) apreciaron la existencia (se aplicara o no finalmente) del delito de riesgo, doloso o imprudente²¹. Estos dos estudios, sin embargo, no se realizaron sobre el total de resoluciones en materia de siniestralidad laboral, sino sobre una muestra específicamente diseñada para indagar la aplicación de los delitos de riesgo: de ahí la apuntada mayor precisión descriptiva del estudio de Acale y Terradillos, cuya cifra se usará. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que este porcentaje de sentencias en materia de siniestralidad laboral que condenan por un delito de riesgo (70,74 %) se refiere a SAPs, y no a SJPs. ¿Cómo se relacionan ambos tipos de sentencias?

Tomando los datos de las memorias de la FGE de 2010, 2015 y 2020 relativos al número total de SJPs y de SAPs²² en materia de siniestralidad laboral y aplicando las respectivas tasas de condena (75 % y 73,13 %) obtenemos los siguientes resultados:

Año	2008	2009	2013	2014	2018	2019
SJP	304	360	500	507	371	388
SAP	86	80	108	93	64	53

Tabla III: Condenas por siniestralidad laboral (juzgados y audiencias).

Como resulta lógico, el número de sentencias y de condenas de APs es mucho menor que el de los JP. Las 484 condenas de las AP para estos años suponen solo un 19,91 % de las dictadas por los JP (2.430). Este es similar al del porcentaje total de resoluciones de los JP apeladas esos años, algo superior al 20 %²³.

²⁰ MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Guía InDret*, 2009, p. 10.

²¹ MARTÍN LORENZO, M./ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción», en Pozuelo (Coord.), *Derecho penal de la construcción*. 2.ª ed. Comares, Granada, 2012, p. 358, n. 38.

²² Como en el caso de las sentencias de los JPs, la memoria reconoce que los números que ofrece son parciales, puesto que las estadísticas que se envían a la Fiscalía de Sala (en este caso no hay instrucción de enviar las sentencias) son incompletas. Vid. p. ej. Memoria FGE 2010, p. 754.

²³ 22 % (2008), 21,6 % (2009), 21,4 % (2013), 20,1 % (2014), 19,1 % (2018) y 19,2 % (2019). Para los datos hasta 2018, vid. BLAY GIL, E./GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I., *Los jueces penales. Una introducción al estudio de la profesión*, Iustel, Madrid 2020, p. 91, Tabla 4.1.3. El de 2019 aparece en «Justicia dato a dato», p. 91 (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infomes/Justicia-Dato-a-Dato/>).

A los efectos de este trabajo, en cualquier caso, lo que importa es el impacto de las APs sobre el número de condenas por los JP: en concreto, cuántas condenas de estos juzgados subsisten tras la apelación ante las APs. Aunque no se tiene información sobre el número de apelaciones que prosperan en esta materia²⁴, el hecho de que la tasa de condena en las sentencias de APs sea del 73,13 % implica que el de absoluciones ha de ser como mucho del 26,87 %²⁵. Incluso suponiendo que todos los casos de absolución fuesen supuestos en los que el JP había condenado (esto es, prescindiendo de la posibilidad de que el recurso fuera interpuesto por el fiscal u otra acusación contra la sentencia absolutoria del JP), subsistiría el siguiente número de condenas de JP:

Año	2008	2009	2013	2014	2018	2019
Condenas firmes	267	321	461	473	347	368

Tabla IV: Condenas siniestralidad laboral tras recurso (estimación de mínimos).

Como puede verse, el número resulta bastante inferior al (inservible) dato del número total de sentencias dictadas en la materia por los JP, que es el que ofrecen las memorias FGE:

Año	2008	2009	2013	2014	2018	2019
SJP (FGE)	405	480	666	676	495	517
Condenas firmes	267	321	461	473	347	368

Tabla V: Comparación entre el número de sentencias (FGE) y el de condenas firmes (elaboración propia) en materia de siniestralidad laboral.

Para obtener el número total de condenas por alguno de los delitos de riesgo contra la seguridad laboral restaría aplicar a estos números el porcentaje de condenas por dichos tipos de peligro. Como se advirtió, este no consta en las memorias de la FGE, y tampoco en ningún estudio cuya muestra no estuviera construida de forma que inevitablemente sesgara los datos. La mejor estimación (obtenida de SAPs, no de SJPs), es,

²⁴ Para la generalidad de casos, entre 2003 y 2017 las sentencias totalmente confirmadas estuvieron entre el 74,7 % y el 78,5 % (BLAY/GONZÁLEZ, *Los jueces penales*, p. 93, tabla 4.14).

²⁵ La cifra se rebajará en la medida en que haya sentencias que anulen las actuaciones. El estudio de ACALE/TERRADILLOS no informa de ningún supuesto entre las 201 resoluciones analizadas, mientras que entre las estudiadas por MARTÍN/ORTIZ DE URBINA (125) solo una anulaba y retrotraía. Dado que entre 2003 y 2017 el porcentaje de anulación en apelación ha oscilado de forma general entre el 0,8 % y el 1,2 % (BLAY/GONZÁLEZ, *Los jueces penales*, p. 93, tabla 4.14), la incidencia de este tipo de sentencias puede considerarse insignificante.

como se avanzó, la de Acale/Terradillos, conforme a la cual los delitos de riesgo aparecían en 104 de las 147 sentencias condenatorias (70,74 %) ²⁶. Aplicando este porcentaje al número de condenas firmes, obtenemos:

Año	2008	2009	2013	2014	2018	2019
Condenas riesgo	189	227	326	335	245	260

Tabla VI: Condenas firmes anuales por delitos de riesgo laboral.

Los anteriores números no solo suponen una enorme diferencia entre la aplicación práctica de los tipos relativos a la protección de la seguridad y la salud y la del resto de delitos que conforman el Derecho penal del trabajo, sino así mismo un cambio drástico frente a su antecesor, el derogado artículo 348bis a). Sin embargo, y aunque una mayor aplicación es un primer paso en el camino adecuado de la consecución de efectos, también es solo eso: un primer paso. Como ha puesto de manifiesto Díez Ripollés ²⁷, la tacha de irracionalidad pragmática es predicable tanto de las leyes que no tienen un nivel apreciable de cumplimiento/aplicación por los tribunales como de las que, aplicándose, no consiguen sus objetivos. En este caso, en atención a otros datos, como el número de diligencias abiertas por este tipo de hechos y la percepción de numerosos de los implicados, puede dudarse de que esta mayor aplicación sea algo más que la famosa punta del iceberg. Adicionalmente, incluso si se puede considerar que el número de supuestos de aplicación es razonable en atención a la entidad del fenómeno, sigue siendo necesario recordar que el fundamento de la incorporación de estos delitos no era que acompañaran, agravando sus consecuencias, a los delitos de resultado (para esto habría bastado considerar la generación de peligro como una agravante de los tipos resultativos). El objetivo era primordialmente llegar donde no lo hacían los delitos de resultado (en términos de la teoría de la disuasión: incrementar la probabilidad de condena). Y para ello era preciso que los tipos de peligro se aplicasen de forma autónoma en una proporción relevante. A continuación se demuestra que no es el caso.

²⁶ El grado de confianza en la transposición de los datos de las AP a los JP depende de cuánto influya la aplicación de un delito de peligro por parte del JP en la disposición a recurrir. Por un lado, la aplicación de un delito de peligro junto con el de resultado (o en solitario) puede incitar al recurso, dado que sin su aplicación la pena será menor (o inexistente). Por otro lado, la previsibilidad de la condena por el delito de peligro puede incentivar a una conformidad para negociar la aplicación de la franja mínima de la pena u otro tipo de ventaja punitiva. En ausencia de estudios cualitativos al respecto, parece razonable suponer un efecto neto neutro.

²⁷ Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*. 1.ª ed., Trotta, Madrid, 2003, p. 96.

2. *Contando lo que cuenta: la aplicación de los tipos de riesgo en solitario*

Todos los estudios y referencias empíricas sobre la materia coinciden en que la aplicación de los tipos de peligro en casos en los que no se aplica un tipo resultativo son minoritarios o muy minoritarios.

– Un estudio de sentencias hasta 2005 encontró 82 SAPs en las que se aplicaban los delitos de peligro, de las que sólo 4 (4,8 %) lo aplicaban exclusivamente²⁸. Como es extremadamente probable que hubiera casos de aplicación única de los delitos de resultado, el porcentaje de aplicación exclusiva de los de riesgo tiene que ser (de forma también extremadamente probable) menor del 4,8 %.

– En el citado estudio del CGPJ sobre SAPs dictadas entre 2003 y 2005, las condenas exclusivamente por un delito de peligro fueron 8, que suponen un 5,44 % sobre los 147 totales en materia de siniestralidad laboral²⁹.

Los datos de las memorias FGE (recuérdese: sobre SJPs y no SAPs) apuntan en el mismo sentido, si bien de forma aún más pronunciada:

– Según la Memoria FGE 2010 (p. 753), de las 221 SJPs condenatorias enviadas a la Fiscalía de Sala, 9 fueron solo por delito de riesgo (4,07 %).

– Conforme a la Memoria FGE 2015 (p. 401), de las 436 SJP condenatorias enviadas a la Fiscalía de Sala Coordinadora de Siniestralidad Laboral, 16 (3,66 %³⁰) lo fueron solo por delito de riesgo.

– Finalmente, en la Memoria FGE 2020 (p. 831): «consta 1 sentencia condenatoria por delito de riesgo sin la concurrencia de resultado lesivo alguno, lo cual supone un descenso respecto de las 4 dictadas en el año 2018». Esa única sentencia, sobre un total de 305 condenas

²⁸ HORTAL IBARRA, J. C.: *Protección penal de la seguridad en el trabajo*. Atelier, Barcelona 2005, p. 85, n. 173.

²⁹ VV.AA., *Siniestralidad Laboral*. CGPJ, 2007, pp. 29 y 34.

³⁰ La Memoria da una cifra de 2,87 %, que es la que sale si se ponen en relación las 12 condenas con las 557 sentencias sobre la materia. Sin embargo, este número incluye las absolutorias, lo cual no parece útil, dado que estas jurídicamente implican la inexistencia de delito y en términos político-criminales no se ve la utilidad de conseguir más procedimientos si estos acaban en absolución (salvo que se pretenda fomentar la patología que supone que «el proceso sea el castigo», parafraseando a Malcolm Feeley). Por el contrario, político-criminalmente ha de evitarse perjuicios a ciudadanos que finalmente no serán considerados delincuentes.

en materia de siniestralidad laboral (p. 830) supone un 0,32 %. En 2018 (4 sobre 265 condenas) ascendían hasta 1,5 %.

Ciertamente, en ningún lugar está escrito a partir de qué número de sentencias condenatorias por un delito puede afirmarse que este abandona la condición de poco utilizado, un juicio que, a pesar de lo pueda parecer a primera vista, no es puramente cuantitativo (16 sentencias de condena por genocidio al año sin duda serían consideradas un número ingente, mientras que ese mismo número no resultaría siquiera creíble predicado del tráfico de drogas). Sin embargo, esta no es la cuestión relevante para nuestros efectos, puesto que el objetivo político-criminal de la introducción de estos tipos no era conseguir un número determinado de supuestos de aplicación, sino de forma general un incremento del número de sentencias en materia de siniestralidad laboral. Sin embargo, si la aportación es, como se ve, de media inferior al 5 %, no parece que siquiera en términos cuantitativos pueda afirmarse que se ha logrado el objetivo. Y, si se ha logrado (esto es, si el objetivo era un incremento en torno al 4 % de casos), entonces la situación de partida no era tan negativa, lo cual puede descartarse: nuestro país estaba y sigue en la cola de Europa en siniestralidad laboral.

Ulteriormente, estos casos adicionales son, todos ellos, supuestos saldados con penas privativas de libertad de corta duración, en prácticamente todos los casos inferiores a un año y en una mayoría no superiores a los seis meses y, por tanto, probablemente abocadas a la suspensión. Si bien no se puede descartar que tal suspensión tenga algún efecto preventivo (que, en la medida de mi conocimiento, no ha sido medido), en todo caso será menor y apenas distinguible del que tendrían las sanciones administrativas. Lo que quiere decir, como apunta el título de la contribución, que su relevancia *práctica* (en sentido filosófico: relativo a la conducta humana) es menor.

3. *El valor añadido del tipo imprudente de peligro*

Finalmente, ha de hacerse referencia a la relación entre los tipos de riesgo doloso e imprudente. Como se vio (*supra*, I), la razón por la que se pedía la introducción de un tipo imprudente de peligro era que este podría llegar donde no lo hacía el tipo doloso. También se vio que en la doctrina en ocasiones se parte de la efectiva mayor aplicación del tipo imprudente de peligro frente al doloso. Antes de mostrar que esto últi-

mo no es cierto, conviene argüir por qué, incluso de serlo, no tendría necesariamente que ser considerado un éxito:

– En primer lugar, porque sería a lo sumo un éxito relativo a la relación interna entre ambos tipos de peligro. Pero, recuérdese, la principal tesis político-criminal en esta materia sostenía que había que introducir los tipos de peligro para conseguir que los tribunales se pronunciaran sobre un mayor número de casos de siniestralidad laboral. Si el incremento ha sido proporcionalmente leve (como hemos visto), entonces el cómo se reparta este incremento entre supuestos dolosos e imprudentes resulta una cuestión menor.

– En segundo lugar, porque puede ocurrir que la introducción de un tipo imprudente y su posición como tercera opción entre la condena por el tipo doloso y la absolución acabe por lo menos parcialmente funcionando como un depósito de casos realmente dolosos definidos a la baja como imprudentes³¹.

– En tercer lugar porque incluso en los casos de aplicación del tipo imprudente, dado que su pena nunca puede superar los 6 meses de privación de libertad, su relevancia práctica será aún menor que la del doloso.

Lo anterior, en cualquier caso, serían consideraciones aplicables al supuesto de que efectivamente el tipo imprudente se aplicase más. Pero esto no es así:

– Comenzando por el ya referido estudio de SAPs dictadas en los años 2003 a 2005, en este se detectaron 8 condenas por el delito de peligro en solitario, 7 por el tipo doloso (87,5 %), una por el imprudente (12,5 %) ³².

– En un estudio también sobre SAPs, en este caso dictadas entre junio de 2005 y octubre de 2008, se detectaron 56 condenas, con 35 casos de aplicación efectiva de alguno de los tipos de peligro, 7 en solitario, en 5 ocasiones el tipo doloso (71,42 %), en 2 el imprudente (28,57 %) ³³.

³¹ O, en sentido contrario, como una forma supuestamente «leve» de amarrar conformidades y conseguir adelantar el pago de una mayor responsabilidad civil a costa de la condena de inocentes, cuya conducta, penalmente irrelevante, es definida al alza como imprudente.

³² VV.AA., *Siniestralidad Laboral*, 2007 p. 34.

³³ MARTÍN/ORTIZ DE URBINA, *Guía InDret*, 2009, pp. 8-11. Si bien en el estudio se detectaron 41 aplicaciones del tipo de riesgo, en 6 no se aplicó por apreciar consunción por el tipo

– En un estudio complementario del anterior y que abarca SAPs desde junio de 2005 hasta diciembre de 2011³⁴, se analizaron 104 condenas en materia de siniestralidad laboral, 12 de las cuales eran de supuestos de aplicación de alguno de los tipos de riesgo en solitario (16 % del total de condenas), 8 el tipo doloso (66,66 % de condenas solo por tipo de riesgo), 4 el imprudente (33,33 %).

Ni en las memorias de la FGE vistas ni (parece) en otros estudios se aportan cifras sobre la aplicación relativa de los tipos de riesgo dolosos e imprudentes. En este contexto de escasez de datos posteriores a 2011 cobra sentido referirse nuevamente a las dos muestras con menores pretensiones de sentencias dictadas entre febrero y abril de 2016 (22 sentencias, 15 condenas) y en el mismo período de 2019 (15 y 12). En estas, los tipos de riesgo se aplicaron en solitario 2 veces por cada muestra, en las cuatro ocasiones el tipo doloso.

En resumen:

– No hay indicios de que el tipo imprudente de peligro se esté aplicando más que el doloso: todos los datos disponibles señalan que lo contrario es lo cierto.

– Esta menor aplicación lo es sobre un ya magro porcentaje (menor al 5 %) de casos de aplicación de los delitos de peligro en solitario.

– Las penas impuestas por el delito imprudente de peligro son necesariamente leves y solo en los más excepcionales de los casos resultarán en el cumplimiento efectivo de una pena (corta) privativa de libertad.

Todo lo cual apunta a la conclusión de que la aplicación del tipo imprudente de peligro no ha conseguido ninguno de los objetivos político-criminales que motivaron la solicitud (aceptada) de su inclusión en el Código Penal.

resultativo. Una mayoría de esos casos no aclaraba si (inicialmente) concurría el tipo de peligro doloso o el imprudente, y se excluyeron del análisis de la relación entre ambos tipos.

³⁴ MARTÍN/ORTIZ DE URBINA: *Delitos contra*, 2012, p. 358, núm. 38. Si bien los criterios de búsqueda privilegiaban la inclusión de resoluciones en las que se hubiera discutido la existencia de los tipos de peligro, esto no es ahora relevante, pues lo que aquí importa es la relación entre los propios delitos de peligro. La misma observación es predicable de la muestra aludida en la nota anterior y de las de 2016 y 2019 a las que se alude a continuación en el texto.

III. Conclusión

En el caso de los delitos de peligro contra los derechos de los trabajadores nos encontramos ante un supuesto en el que, de forma inusual, las prescripciones político-criminales de la doctrina fueron escuchadas e incorporadas prácticamente *verbatim* en el Código penal. Veinticinco años después, sin embargo, apenas es posible encontrar análisis sobre los resultados obtenidos que resulten coherentes con las razones aducidas para solicitar la introducción de los tipos de peligro en materia de seguridad y salud en el trabajo: mientras que las razones se insertan en el paradigma de la «orientación a las consecuencias» y se refieren a la modificación de los resultados generales de la actividad jurisprudencial, la mayoría de los análisis doctrinales siguen una aproximación jurídico-dogmática de Derecho positivo (sistematización, interpretación y aplicación de la normativa vigente). Lo anterior lleva a un uso selectivo de la jurisprudencia, conforme al cual las sentencias se escogen por su interés dogmático, aun cuando traten cuestiones inusuales o adopten soluciones minoritarias. Por el contrario, escasean los tratamientos cuantitativos que permitan indagar los efectos globales obtenidos por este significativo cambio en la regulación. Así las cosas, la elaboración jurídico-penal supuestamente orientada a las consecuencias en realidad prescinde de estas (al menos, de las extrasistemáticas) para seguir centrada en un análisis dogmático que, siendo imprescindible, es al mismo tiempo insuficiente; y, sobre todo, no se relaciona directamente con los motivos por los que se solicitó la introducción de estos tipos en nuestro ordenamiento. No parece que las generaciones posteriores hayamos estado a la altura de quienes abrieron el camino, entre ellos, destacadamente, el profesor Arroyo.

DELITOS CONTRA LA POLÍTICA DE CONTROL DE LA INMIGRACIÓN: AYUDA A LA ENTRADA, TRÁNSITO Y PERMANENCIA DE INMIGRANTES EXTRACOMUNITARIOS

ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA
Universidad de Salamanca

I. Introducción

Hace casi 20 años que abordé por primera vez el delito de tráfico de inmigrantes, poco o nada ha cambiado en cuanto al problema estructural que desde entonces subyace como origen o condición de los comportamientos criminalizados, la negación de un derecho fundamental –*ius migrandi*–, que fue configurado, en el siglo XVI por Francisco de Vitoria, como un derecho natural universal y fundamento del incipiente Derecho internacional moderno¹. La inmigración no es una crisis o fenómeno coyuntural, sino el resultado del sistema económico², un efecto de la explosión de las desigualdades globales, de la miseria creciente, de las guerras, del hambre, de la persecución y las crisis medioambientales, que provocan una movilización de personas masiva ante la

¹ Vid., DE VITORIA, F., *Relecciones sobre los indios y el Derecho de Guerra*, Colección Austral, Tercera edición, 1975, <https://www.uv.es/correa/troncal/resources/Relectio-prior-de-indis-recen-ter-inventis-Vitoria.pdf> (última consulta 26 de enero de 2021)

² Entre otros, Vid., DE GIORGI, A., «Control de la inmigración, post-fordismo y menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa», en *Revista Crítica Penal y Poder*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, núm. 2, 2012, pp. 232 ss. <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/2948/3202> (última consulta 26 de enero de 2021) para quien la consolidación de la economía global está basada en flujos des-territorializados de producción y consumo unido al control de la movilidad del trabajo, «que ha sido alternativamente impuesta y prohibida, forzada y vetada, promovida y criminalizada», concluyendo que «la hipercriminalización de las migraciones contribuye a la reproducción de una fuerza de trabajo vulnerable cuya inseguridad resulta adecuada para el segmentado mercado de trabajo de las economías post-fordistas».

necesidad de sobrevivir, que crece y se desarrolla constantemente³. Por ello la criminalización de uno de sus efectos o consecuencias, el tráfico de migrantes, poco o nada aportará en el objetivo de frenar un fenómeno imparable, provocado, en gran parte, por nuestras propias políticas basadas en fronteras, muros y concertinas, que como señala Ferrajoli⁴, «son solo frágiles e inútiles signos de nuestra inseguridad y con los que quisiéramos proteger nuestras privilegiadas condiciones de vida separándonos del resto del mundo, evitando enfrentarnos a las causas de la emigración en masa provocada, en gran parte, por nuestras propias políticas».

En la legislación española, el delito de tráfico ilícito de migrantes se introdujo en el artículo 318 bis del Código Penal por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En ese momento la trata y tráfico se regulaban conjuntamente, generándose confusión entre ambos delitos, limitando la criminalización de la trata con el fin de la explotación sexual y laboral a aquellos casos en los que se producía un cruce irregular de fronteras. En su redacción actual se tipifican como dos delitos independientes, siendo posible en virtud de la cláusula concursal del art. 177. 9 bis CP su aplicación conjunta⁵. La diferencia, al menos a nivel teórico parece simple⁶, aunque en el plano fáctico se trate de un

³ Los últimos datos del Ministerio del Interior revelan que de 2019 a 2020, los inmigrantes llegados a nuestro país por vía marítima o terrestre han aumentado un 29 %, <http://www.interior.gob.es/documents/10180/11389243/Informe+Quincenal+sobre+Inmigraci%C3%B3n+Irregular+-+Datos+acumulados+desde+el+1+de+enero+al+31+de+diciembre+de+2020.pdf/e5553964-675a-40d7-9361-5dbf4dfd3524> (última consulta 26 de enero de 2021). Según la ONG, Caminando Fronteras, a través de su sistema de alertas de vidas en peligro en el mar y el contacto directo con familiares de los desaparecidos, tienen datos de que 2.170 personas han muerto en el mar en su intento de migrar a España en 2020, un 143 % más que en el mismo periodo del año anterior. Los servicios de rescate solo han recuperado 88 cadáveres, por lo que un 95,9 % de los cuerpos sin vida continúa en el mar. Entre las causas señalan es que la pandemia ha forzado la expulsión de poblaciones de sus territorios ante el empobrecimiento de los mismos a lo que suman el movimiento de los migrantes hacia rutas más peligrosas debido a las políticas migratorias europeas y españolas. Vid. , *elDiario.es* de 29 de diciembre de 2020 https://www.eldiario.es/desalambre/2-170-personas-han-muerto-mar-migrar-espana-caminando-fronteras_1_6628754.html (última consulta 26 de enero de 2021)

⁴ FERRAJOLI, L., «Políticas contra los migrantes y crisis de la civilidad jurídica», en *Revista Crítica Penal y Poder*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, núm. 18, 2019, pp. 182 ss. <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30492/30699> (última consulta 26/01/2021)

⁵ En este sentido, *vid.*, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 487 ss. y DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 170 ss.

⁶ Las diferencias entre ambos tipos penales, como sintetiza RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., *Corrupción y trata de seres humanos. Análisis de las relaciones entre ambos delitos y su plasmación en el ordenamiento jurídico-penal*, Tesis doctoral UDC/2020, son: 1. La trata no requiere el cruce de fronteras,

iter criminis en el que en numerosas ocasiones ambas conductas suelen estar relacionados y son difíciles de diferenciar, ya que comienzan siendo tráfico, pero acaban siendo trata, dado que el migrante para pagar el coste del viaje suele aceptar trabajo en condiciones abusivas, prolongándose la relación con el traficante después del cruce de fronteras o durante el tránsito por el territorio nacional.

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que completa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁷, define, en el art. 3.a), el tráfico ilícito de migrantes como «la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio del orden material». Así, los elementos definidores del tráfico de inmigrantes (*migrant smuggling*) son la obtención de un beneficio en el marco de la delincuencia organizada, tal y como defendió también en su propuesta de eurodelito, Arroyo Zapatero⁸. El Protocolo no pretende criminalizar las actividades de familiares o de las organizaciones gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas, como ha señalado el Grupo de trabajo sobre tráfico ilícito de inmigrantes⁹. Por tanto, tiene toda la razón Martínez Escamilla cuando afirma que no puede esgrimirse el Protocolo como base para

que es imprescindible en el tráfico o contrabando, vulnerando la legislación vigente sobre entrada o tránsito de extranjeros; 2. Las víctimas de la trata pueden ser nacionales o extranjeras, mientras que el tráfico el objeto materia son personas extracomunitarias; 3. La trata requiere medios comisivos que invalidan cualquier tipo de consentimiento, no tiene dominio del hecho, sin embargo, el tráfico no requiere dichos medios, se cuenta con el consentimiento del migrante, quien mantiene el dominio del hecho sobre el traslado; 4. La trata requiere la finalidad de la explotación, que no se requiere en el tráfico de inmigrante; 5. El bien jurídico protegido es distinto, por ello puede haber concurso de delitos, así el bien jurídico tutelado por la trata es la dignidad y la libertad de la persona tratada, mientras que el tráfico de inmigrantes es el interés del Estado y de la Unión Europea en el control de los flujos migratorios.

⁷ Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000 por el que se aprueba el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que completa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> (última consulta 26 de enero de 2021).

⁸ ARROYO ZAPATERO, L.: «Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (Coords. Arroyo/Berdugo), Volumen II, Ediciones de la Universidades de Castilla-La Mancha/Salamanca, 2001, pp. 31 s. y como uno de los tipos gravados el tráfico de inmigrantes con el fin de la explotación sexual, laboral o cualquier fin contrario a la dignidad humana.

⁹ Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes celebrada en Viena del 11 al 13 de septiembre de 2017, https://www.unodc.org/documents/treaties/smmuggling/SOM_2017/report/Report_S.pdf (última consulta 26 de enero de 2021).

castigar conductas de simple facilitación de la entrada ilegal, tránsito o permanencia¹⁰.

Sin embargo, la política criminal europea quedó plasmada en la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002¹¹, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, complementada por la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 que establece el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular¹². En ambos documentos europeos se establece el objetivo de la UE del establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia, implica en particular la lucha contra la inmigración clandestina. A tal fin, compele a los Estados miembros a castigar penalmente cualquier favorecimiento de la inmigración, aunque no concurra ánimo de lucro, no siendo necesario se realice por grupos criminales organizados, tampoco que se lesionen los derechos de las personas, dejando libertad a los Estados miembros para eximir o no de responsabilidad penal a las organizaciones que realicen dichas conductas por razones de ayuda humanitaria¹³. Estas políticas europeas basadas en la represión de cualquier favorecimiento de la inmigración irregular lejos de limitar el fenóme-

¹⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «La criminalización de la solidaridad», en *Revista Crítica Penal y Poder*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, núm. 18, 2019, pp. 8 ss., <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30407/30680> (última consulta 26 de enero de 2021) quien recuerda que la propia Guía Legislativa para la Aplicación de la UNTOC, Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Nueva York, 2004, https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_S.pdf (última consulta 26 de enero de 2021) se encarga de aclarar que «el elemento transnacional y la participación de un grupo delictivo organizado no han de considerarse elementos de esos delitos a efectos de la penalización» y «los legisladores (internos) no deben incluirlos en la definición de los delitos».

¹¹ Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0090&from=ES> (última consulta 26 de enero de 2021).

¹² Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2002/946/JAI) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0946&from=ES> (última consulta 26 de enero de 2021).

¹³ Esto ha provocado en los últimos tiempos, como denuncia MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «La criminalización de la solidaridad», *op. cit.*, pp. 8 ss., la persecución a las ONG de salvamento ha sido especialmente intensa en el Mediterráneo central, se conoce como criminalización de la solidaridad que va desde la estigmatización y desacreditación de las organizaciones, pasando por el entorpecimiento de su actividad con restricciones reglamentarias o de facto, llegando incluso a castigar jurídicamente sus conductas a través del Derecho administrativo sancionador, incluso a través del Derecho penal se ha procesado por el delito de «favorecimiento de la inmigración» a personas que participan en organizaciones cuya finalidad es realizar labores de rescate, es decir, salvar vidas en aquellos países que no recogen expresamente la exención penal de actuar por motivos humanitarios.

no, no han hecho sino solo reforzar su clandestinidad y dramatizarlo, convirtiendo el Derecho penal en un instrumento para combatir no ya las conductas lesivas de los derechos de las personas migrantes, que las cosifican o que las ponen en peligro sus derechos individuales, sino para imponer una política migratoria de cierre de fronteras¹⁴.

Precisamente, desde este marco, 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, revisa la tipificación del art. 318 bis CP atendiendo a dos objetivos principales: de un lado, delimitar con claridad, y conforme a las disposiciones comunitarias, las conductas punibles relativas a la ayuda a la inmigración ilegal, y, de otro, corregir un marco punitivo, claramente desproporcionado, que se equiparaba al previsto para el delito de trata de seres humanos. Tras esta reforma de 2015, el artículo 318 bis del CP se configura acorde con la definición prevista en la Directiva 2002/90/CE, criminalizándose al 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, vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, agravándose cuando se realicen con ánimo de lucro y determinando que no serán punibles cuando constituyan ayuda humanitaria. También se castiga a quien, intencionadamente y con ánimo de lucro, ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España¹⁵, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros.

¹⁴ La política migratoria europea sigue basada en la externalización de fronteras y en políticas securitarias, prueba de ello es que Frontex, se ha convertido en una agencia que tiene como objetivos «contribuir al desarrollo de una gestión integrada de las fronteras exteriores, fortalecer la vigilancia en las fronteras» o acelerar las repatriaciones de las personas que no tengan derecho a asilo. Esta política europea pasa inexorablemente por no dejar pasar, expulsar y criminalizar, operan simbólicamente para reproducir la vulnerabilidad y explotabilidad, de manera tal que antepone vallas, *hotspots*, centros de internamiento de extranjeros, fondos fiduciarios y acuerdos Marco de Asociación en Materia de Migración con la finalidad de contener y controlar los flujos migratorios, al enfoque de los derechos humanos. En la actualidad, la tendencia continúa, ya que la reforma del sistema de asilo sigue completamente bloqueada, sin embargo, en 2019 los ministros del Interior de la Unión Europea llegaron a un acuerdo para impulsar la devolución de inmigrantes irregulares a sus países de origen, a través de procedimientos más rápidos y efectivos. Sobre la política migratoria de la UE, *vid.*, más ampliamente, ARAGUÁS CEREZO, M., «Política europea y migraciones; la necesidad de un enfoque de derechos humanos de cuarta generación frente a la mirada securitaria» en *Revista Crítica Penal y Poder*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, núm. 18, 2019, pp. 216 ss. <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30495/30702> (última consulta 26/01/2021).

¹⁵ Esta opción también fue defendida por ARROYO ZAPATERO, L.: «Propuesta de un euro-delito de trata de seres humanos», *op. cit.*, p. 37, pero recordemos siempre que la conducta sea realizada en el seno de una organización criminal.

II. Bien jurídico protegido

En el Título XV bis del CP, bajo la rúbrica «De los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», se castiga el delito de ayuda a la inmigración clandestina. El profesor Arroyo Zapatero fue uno de los primeros en abordar el estudio del delito, previsto en el art. 318 bis CP, defendiendo, desde una visión estrictamente funcionalista del bien jurídico¹⁶, que la tipificación del delito de inmigración ilegal trata de tutelar o proteger la política migratoria del Estado¹⁷. A través de la gestión de los flujos migratorios se pretende, según este autor, desde la prevención de problemas sociales (marginalidad, delincuencia...), hasta preservar la identidad cultural de una sociedad, siendo sus fines prioritarios la regulación del mercado de trabajo y la conservación del nivel de prestaciones sociales. Ampliamente conectado a cuanto acaba de señalarse se encuentra la pretensión de preservar el nivel de prestaciones sociales que caracterizan al Estado del bienestar. La llegada incontrolada y masiva de extranjeros sin recursos económicos y sin posibilidad de trabajar obliga a arbitrar medidas asistenciales (por ejemplo, subsidios) con el fin de evitar problemas sociales, y además a integrarlos en el sistema educativo y sanitario. Entonces, la política migratoria trata de evitar, según Arroyo Zapatero, que la presión migratoria desborde la capacidad financiera y asistencial del Estado¹⁸. En otras palabras, el Derecho penal debe tutelar el ejercicio de control sobre los flujos migratorios acomodados en lo posible a las cambiantes posibilidades socio-económicas de absorción¹⁹.

No le faltaba razón al profesor Arroyo Zapatero, cuya visión respecto al bien jurídico no solo acabó implantándose en Europa sino también en nuestro ordenamiento jurídico penal, como expresamente se declaraba en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, el delito de

¹⁶ Estas teorías funcionalistas, a mi entender, se convierten en herramientas que legitiman la dominación, pierden su dimensión crítica y se tornan en soporte de una estrategia discursiva y funcional al orden global impuesto. Estas tesis que legitiman la intervención del Derecho penal para la resolución de problemas sociales como la inmigración clandestina, conlleva una expansión del Derecho penal, en la medida en que se le hace traspasar los límites fijados por su tradicional cometido de tutela de bienes jurídicos.

¹⁷ ARROYO ZAPATERO, L.: «Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos», *op. cit.*, pp. 32 ss.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ En la defensa de su tesis, ARROYO ZAPATERO, L., «Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos», *op. cit.*, pp. 32 ss., alega como prueba el castigo penal del propio extranjero en ordenamientos como el francés y alemán, a diferencia de lo que sucede en este país, donde solo se le sanciona administrativamente.

inmigración clandestina siempre tiene carácter transnacional, por lo que predomina la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios. En la misma línea, el informe de la Fiscalía al Proyecto de reforma destaca que, al no existir el traslado forzado del afectado que desde el inicio de la cadena acepta su condición de migrante irregular, predomina la defensa de los intereses de los Estados a controlar los flujos migratorios (*contrabando de personas*) y la indemnidad de las fronteras, es decir, se protege al Estado y al orden público en general, aun cuando, de manera indirecta, puedan verse afectados otros bienes jurídicos de naturaleza individual (ya sea por la peligrosidad del medio utilizado para la introducción y transporte del afectado, ya sea por el abuso de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra o puede encontrarse el inmigrante una vez introducido en territorio extranjero).

A mi entender, la precisión del bien jurídico protegido por el art. 318 bis CP español requiere partir no sólo de la rúbrica del Título (Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros), sino también de la consideración del inmigrante como víctima del delito que recoge el propio texto legal. Ello permite descartar la política estatal de control de la inmigración como bien jurídico protegido²⁰, puesto que éste es el interés protegido en la denominada Ley de Extranjería que el inmigrante en situación de ilegalidad infringe, por lo que no se puede ser infractor de una norma que proteja dicho interés y, a la vez, víctima de otra que también lo proteja. El propio TS (Sentencias de 3 de diciembre 2007 y de 15 de octubre de 2007) parecía haber acogido este planteamiento, explicando que si el bien jurídico lo constituyese únicamente el control de los flujos migratorios, se estaría convirtiendo automáticamente en ilícito penal la simple infracción de normas administrativas. Partiendo de ahí, sostenía el TS que la conducta solo es típica cuando al incumplimiento de la normativa de extranjería se sume la amenaza sobre los derechos del extranjero, parecía que se exigía que se produzca una situación de especial vulnerabilidad del sujeto pasivo,

²⁰ Cfr., entre otros, SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal* (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000), Manuales de formación continuada, CGPJ, 1999, p. 330; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., «La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal», en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de formación continuada, CGPJ, 1999, p. 355; RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch. Colección de delitos, 2001, p. 56; GUANARME SÁNCHEZ LÁZARO, F., «El nuevo delito de tráfico ilegal de personas», en *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate* (coord. Lorenzo Copello), Tirant monografías, Valencia, 2002, p. 305.

una «afectación negativa relevante, actual o probable, de los derechos del ciudadano extranjero».

A pesar de ello, tras la reforma del CP de 2015 y las declaraciones que contiene sobre el particular la Exposición de Motivos de la LO mediante la que se articula, siguiendo las SSTS 5 de 19 de mayo de 2006, 28 de febrero de 2007 y 28 de mayo de 2012, no queda más remedio que afirmar que el tipo contemplado en el art. 318 bis CP protege exclusivamente el interés administrativo del control de los flujos migratorios, degradando al inmigrante extracomunitario exclusivamente a objeto del delito no a víctima. En la actualidad, la STS de 22 de marzo de 2018, pone de manifiesto que tutela la política de inmigración, sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral, no exige que se constante la limitación de dichos derechos, aunque esta limitación se produzca siempre, dada la situación de irregularidad.

III. Análisis del tipo penal

El art. 318 bis.1 CP, reproduce literalmente el art. 1.1.a) de la Directiva 2002/90/CE, castigando la intervención de terceros en la inmigración ilegal de un extranjero no nacional de un Estado miembro de la UE que vulneren la legislación administrativa sobre entrada o tránsito de extranjeros. La ayuda a la inmigración irregular, según la STS de 19 de mayo de 2006, exigía, en todo caso, que la entrada ilegal se realice o se pretenda realizar de manera clandestina, en el sentido de que «debe emplearse alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración». Lo cierto es que, se tipifica «ayudar» al extranjero a entrar o circular en territorio español «de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros», por tanto se exige expresamente la idoneidad del comportamiento colaborador para posibilitar que el extranjero cometa un ilícito administrativo relativo a la entrada o circulación según la legislación de extranjería. Así, habrá que entender que engloba la ayuda al desplazamiento de individuos realizado al margen de la normativa vigente sobre entrada, tránsito y permanencia de extranjeros extracomunitarios en el territorio español. En este sentido, y aunque no se trata técnicamente de una norma penal en blanco, se está ante un supuesto de accesoriedad conceptual, en el que la correcta delimitación de la acción típica exige remitirse a lo dispuesto en los arts. 25 y 26 de

la LO de 4/2000 de Extranjería (LOEX). El *error* sobre la naturaleza irregular de la inmigración puede considerarse como un error sobre los elementos objetivos que fundamentan la infracción penal que, en su caso, determinaría la exclusión del comportamiento del ámbito del Derecho penal, al tratarse de un error de tipo, según el art. 14.1 CP, se excluye el dolo y, por tanto, como no se castiga la comisión imprudente en estos delitos, la conducta es impune, ya sea aquél vencible o invencible.

Así, el art. 318 bis.1 CP sanciona el conjunto de actividades destinadas a la entrada o el tránsito a través del territorio español, que incluye los supuestos en los que el inmigrante extracomunitario es transportado físicamente por territorio español por vía aérea, terrestre o marítima, o cuando para dicho transporte se usa un avión o aeronave con bandera española siendo el destino cualquier otro país.

Al incluir la expresión «ayuda» a la conducta de la inmigración ilegal, se opta por un concepto unitario de autor, por lo que no existe la posibilidad de introducir criterios teleológicos de restricción que permitan la exclusión de actos de simple complicidad, de tal manera que cualquier aportación que suponga un apoyo relevante para la entrada, tránsito o permanencia ilegal o clandestina conlleva una responsabilidad penal a título de autoría. Nos encontramos con que el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, la víctima no es el extranjero, tal y como aparece en el título, sino que el tipo penal convierte tal y como está redactado en el objeto del delito.

La ayuda, según la redacción del precepto tras la reforma operada por la LO 1/2015, debe ser «intencionada», aunque se trata de un adjetivo redundante porque solo es posible la comisión dolosa de este delito. En el supuesto de los transportistas que por imprudencia omiten controlar que los pasajeros tienen los documentos necesarios para la entrada en el país, solamente se infringe un deber de vigilancia que dará lugar a una responsabilidad administrativa, según el art. 54.2.a) LOEX.

Conviene incidir en que el tipo básico del art. 318 bis.1 CP está redactado con mayor amplitud que la sanción administrativa prevista en el art. 54.b) de la Ley Orgánica de Extranjería 8/2000, de 22 de diciembre, al que parece remitirse, puesto que los elementos de éste no se encuentran en el tipo básico sino como un tipo cualificado cuando concurre el ánimo de lucro. Con ello, como venimos denunciando hace tiempo, se infringe el carácter de *ultima ratio* y fragmentariedad del Derecho penal.

Este comportamiento delictivo previsto en el primer apartado no se consuma con la simple ayuda a la inmigración ilegal, se trata de un delito de resultado, que exige que efectivamente se produzca la entrada o tránsito ilegal del extranjero en el territorio español. Es posible apreciar la tentativa cuando la ayuda no supone siquiera un movimiento de personas ni se ha llegado todavía a entrar o transitar por el país de forma irregular, por ejemplo, cuando en el país extranjero se ofertan los servicios para realizar la inmigración ilegal, pero no se consigue lo pretendido, estaríamos ante un supuesto de tentativa. Lo mismo sucedería en el caso en que ya se han facilitado los medios, por ejemplo, una patera, pero ese día sube la marea y no puede realizarse la travesía.

Ahora bien, el art. 318 bis.2 del CP reformado por LO 1/2015, copiando de nuevo literalmente lo previsto en la Directiva 2002/90/CE [art 1.1.b)], castiga los comportamientos colaboradores, pero en este caso exige que se realice con ánimo de lucro, relativos a la inmigración ilegal, que giren en torno a la vulneración de la legislación administrativa sobre su permanencia en el territorio español sin exigir, por tanto, haber intervenido en el desplazamiento transfronterizo. Se incluyen así, los supuestos en los que la entrada cumple aparentemente los requisitos legalmente exigidos, pero se favorece de alguna forma con ánimo de lucro la permanencia irregular de inmigrante extracomunitario en el territorio español. Previamente, y antes de su regulación expresa, el TS (Sentencias de 28 de septiembre 2007; 19 de julio de 2007; 26 de junio de 2007) había insistido en que hay ayuda a la inmigración clandestina no solo en los casos en los que la entrada en el país se produce evitando los puestos habilitados para ello o eludiendo, de cualquier otra forma, el control de acceso, sino también en los casos en los que se entra correctamente, con los documentos oportunos, pero con ánimo de permanecer en España más tiempo del que manifiestan los documentos aportados. Esta conducta delictiva se castiga con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

El apartado tercero del art. 318 bis CP tipifica con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. La ayuda a la inmigración clandestina es una actividad históricamente desarrollada a través de formas de delincuencia organizada que se lucran de la necesidad de emigración o del deseo de nuevas condiciones de

vida de personas provenientes de áreas económicas y socialmente desfavorecidas o con conflictos y crisis internas, lo que hace conveniente incluir esta circunstancia no solo como agravante específica, sino que debería formar parte dicha circunstancia del tipo básico. La organización puede estar constituida por un grupo de personas que con una cierta continuidad y vocación de permanencia actúan traficando con personas, sin que sea necesario que se dedique de forma exclusiva a esa actividad, ni que todos sus fines de la organización sean ilícitos. Junto a la pena de prisión agravada, deberá imponerse el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo. La referencia a la *transitoriedad de la asociación* pone de manifiesto que lo que trata de perseguir es el aprovechamiento de redes estructuradas que actúen en el caso concreto, con independencia de su duración en el tiempo. En todo caso, el régimen de transitoriedad no es incompatible con la exigencia de estabilidad temporal, que operará como referente distintivo de la puesta en común de los sujetos. A los jefes, administradores o encargados de las mismas (es decir, quienes tienen poder decisorio) se les impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

b) Se ponga en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves. La jurisprudencia estima que se trata de un peligro abstracto, por lo que será suficiente con que en el caso concreto objetivamente se advierta que el viaje se realizó en circunstancias que hagan altamente probable un resultado lesivo para la vida o de lesiones graves para los sujetos pasivos (SSTS 5 de febrero de 2008 y 22 de noviembre de 2011)²¹.

²¹ La STS de 18 de febrero de 2008 enjuició a tres sujetos que con noventa y cuatro ciudadanos subsaharianos se dirigían hacia las islas Canarias con la pretensión de penetrar clandestinamente en territorio español. Cuando fue localizada la embarcación, a la deriva, a unas treinta millas de la isla de El Hierro, el delito ya se había consumado antes de ser localizada y remolcada a un puerto español, pues el art. 318 bis CP es un delito de mera actividad. Respecto a la inexistencia de pruebas que acrediten el ánimo de lucro y riesgo para la vida, salud o integridad física de las personas, circunstancias agravantes del tipo básico, el TS consideró suficiente para apreciarlas los siguientes hechos: parte de los pasajeros tuvieron que ser atendidos al desembarcar en territorio español por deshidratación, la embarcación era un cayuco de pesca, con apenas 25 metros de eslora para un trayecto que se inició en Cabo Verde y acabó cerca de la isla de El Hierro y, como consecuencia de lo anterior, las noventa personas venían hacinadas. Estas circunstancias hacían además que la naturaleza del viaje fuera de tal índole que, según consideró el Tribunal, su realización solo pudo ser posible si los condenados obtenían algún tipo de beneficio, por lo que estaría presente el ánimo de lucro requerido por la agravante.

En el apartado 4 se establece que se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años, previéndose además la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo de seis a doce años, cuando el sujeto activo de estos delitos sea *autoridad, agente de ésta o funcionario público* que actúe prevaliéndose de su cargo. La experiencia demuestra, como ha puesto de manifiesto Arroyo Zapatero, que los funcionarios públicos que se han dejado corromper, participan activa u omisivamente en el tráfico ilegal de personas²². Pues bien, en contra de lo que he defendido hasta ahora²³, no le falta razón a Rodríguez López²⁴, cuando sostiene que no es necesario que el sujeto activo actúe en ejercicio de las funciones del cargo, el prevalimiento supone el aprovechamiento de la función pública para realizar los hechos típicos y que tal aprovechamiento puede producirse tanto en las actividades ajenas a la función como supuestos de perpetración dentro del ejercicio del cargo²⁵. En este último supuesto, entiendo de acuerdo a la tesis defendida por esta autora, que deberá aplicarse el delito contra la Administración pública de que se trate, como podría ser el cohecho, la prevaricación, etc., en concurso con el tipo básico del artículo 318.1bis del CP, desplazando así la agravante de prevalimiento de este precepto.

No conviene obviar que, tras la reforma de este artículo operada por la LO 1/2015 se elimina la agravación cuando la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Por ende, conforme al art. 318 bis, apdo. 5, párrafo 3.º CP, cuando el delito se cometa utilizando una persona jurídica se impondrá la pena de multa de dos a cinco años, salvo que el beneficio obtenido fuese más elevado, en cuyo caso se castigará con una multa proporcional del triple

²² ARROYO ZAPATERO, L., «Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos», *op. cit.*, p. 43

²³ PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización, tráfico internacional de personas y Derecho Penal*, Comares, Granada, 2004, p. 275, estimaba que esta agravante solo puede aplicarse «a supuestos de perpetración dentro del ejercicio del cargo, mediante el empleo de medios solo disponibles para quien lo ejerce», puesto que la mera realización de las conductas en el ejercicio del cargo sin abuso del mismo, entendía que no fundamentaba la aplicación de esta concreta agravación, en la medida que no se prevalezca de sus atribuciones.

²⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., *Corrupción y trata de seres humanos. Análisis de las relaciones entre ambos delitos y su plasmación en el ordenamiento jurídico-penal*, Tesis doctoral UDC/2020. También, la STS 1077/2012, de 28 de diciembre, el Tribunal Supremo que estableció expresamente que el concepto de prevalimiento que establece el art. 318 bis CP es diferente del abuso de la función, afirmando que el prevalimiento supone que se actúa como un particular que se aprovecha de su condición oficial para alcanzar con mayor facilidad su objetivo, pero no dentro de la actividad que le es inherente.

²⁵ GUARDIOLA LAGO, M. J., *El Tráfico de Personas en el Derecho Penal Español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 216.

al quíntuple de aquél. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis CP, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas previstas en las letras b) a g) del apdo. 7 del art. 33 CP.

El apartado sexto establece la posibilidad de que los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, puedan imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada. Precisamente, la conjugación de criterios como el número de víctimas, las formas o modos de llevar a cabo el desplazamiento, las etapas del viaje para llegar al lugar de destino, el precio por el mismo, etc., son los que deberán guiar al Tribunal para aplicar o no esta reducción de pena.

En la práctica, la dinámica de ejecución de las conductas del tráfico de personas, por lo general, plantea que puedan darse situaciones en las que entren en concurso varios delitos²⁶. La mayor problemática surge sobre todo en aquellas situaciones en las que las conductas de ayuda son simplemente el paso previo para explotar a los ciudadanos extranjeros laboral o sexualmente. El delito de ayuda a la inmigración ilegal, como hemos señalado, según lo dispuesto en el art. 177 bis.9 CP, deberá entrar en concurso medial con el delito de trata de personas previsto en dicho artículo. Esta solución es coherente cuando, como pone de manifiesto el legislador en la Exposición de Motivos de la reforma del CP operada mediante la LO 1/2015, se estima que el bien jurídico protegido es el control de flujos migratorios. Por ende, cuando es el mismo sujeto quien ha ayudado a la inmigración irregular y después ya en el territorio español ha practicado la efectiva determinación a la prostitución (art. 187.1 CP), el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 26 de febrero de 2008 opta por establecer un concurso real entre ambos delitos. A mi entender, resulta desproporcionado e incluso se infringe el *ne bis in idem*²⁷, en la medida en que la trata de personas no dejan de ser el acto preparatorio de un delito posterior (la explotación laboral o sexual), castigar por el delito de ayuda a la inmigración

²⁶ Por ejemplo, la STS de 19 de diciembre de 2008 condenó a un sujeto como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tres delitos de homicidio imprudente, otro de lesiones graves por imprudencia, y otro de omisión del deber de socorro. El acusado transportaba a inmigrantes irregulares procedentes de Marruecos, camuflados en un doble fondo de la furgoneta que conducía, cuyo transporte fue ideado y llevado a efecto por el mismo, en tan pésimas condiciones de habitabilidad que fallecieron asfixiados durante el trayecto; pese a los gritos o gemidos de auxilio que profirieron, hizo caso omiso de los mismos.

²⁷ En este sentido se pronuncia también RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., *Corrupción y trata de seres humanos. Análisis de las relaciones entre ambos delitos y su plasmación en el ordenamiento jurídico-penal*, Tesis doctoral UDC/2020.

irregular (art. 318 bis CP), trata de personas (art. 177 bis CP) y el correspondiente delito de explotación (311 CP o 187 CP).

También entrará el tráfico de inmigrantes en concurso de delitos con los delitos contra las personas, cuando además de la ayuda a la inmigración ilegal se lesione algún bien jurídico individual.

Por último, el art. 318 bis.1 CP prevé, tal y como aparece en el art. 1.2 de la Directiva 2002/90/CE, aunque no compele a los Estados a que adopten, una excusa absolutoria por ausencia de antijuridicidad material cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate²⁸. Con esto se pretende impedir castigar penalmente las conductas de auxilio o colaboración que responden a motivaciones solidarias, aunque para ello se haya invertido la carga de la prueba, puesto que será el acusado quien deberá acreditar la concurrencia de un propósito humanitario. Recuérdese la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 noviembre de 2009, en la que se reconoce que el comportamiento de la acusada, movida por un «acto generoso a fin de mejorar la vida» de la persona desplazada, «no origina un mayor peligro para la integridad de sus derechos» (SSTS 14 de diciembre de 2011 y 9 de marzo de 2012). Recientemente, la SSTS de 6 de abril de 2017, prevé la absolución de un padre que trae a su hija a España con un visado de turismo, pero con la intención de que se quede de forma permanente, argumentando que existe una ausencia de un necesario plus de antijuridicidad en el ilícito penal frente al ilícito administrativo, aunque no se concreta.

IV. Conclusión

El delito de ayuda a la inmigración irregular criminaliza comportamientos que son consecuencia o efecto de la negación de un derecho humano y un abordaje como fenómeno de la inmigración desde una óptica del paradigma securitario actual. Los actuales instrumentos europeos, orientan la actual política criminal contra el tráfico de migrantes en el marco de políticas inmigratorias prohibicionistas, que generan marginación y exclusión social, así como posibilitan en ocasiones incluso el racismo institucional. En este contexto, el Derecho penal con

²⁸ La normativa europea no impone la exención para estos casos, cuando el art. 1.2 de la Directiva establece que: «Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria».

la tipificación de este delito se convierte en una legislación simbólica, al tratarse de un instrumento puramente funcionalista al servicio de contingentes programas políticos en materia de inmigración y elaborado al margen de los principios generales del Derecho penal, al no exigir en el tipo básico el ánimo de lucro y que lleven a cabo en el seno de una organización criminal, como establecen los instrumentos internacionales y ha defendido el hoy homenajead profesor Arroyo Zapatero.

Sobre la base de que la legitimidad y la racionalidad debe servir de freno al legislador, como principal remedio contra el simbolismo y el populismo legislativo²⁹, en mi opinión la mejor forma de prevenir este tipo de conductas delictivas es un acuerdo macro que aborde la movilidad humana desde una óptica más amplia e inclusiva basado en la igualdad y dignidad de las personas por el hecho de ser personas con el fin de desarrollar un nuevo proyecto de ciudadanía cimentado en los derechos humanos. Con este fin, se plantea como uno de los ejes, que la comunidad internacional debe afrontar de manera global, el establecimiento de nuevos criterios que permitan una movilidad humana de forma real y mucho más flexible, reconociendo *el ius migrandi*, como defiende Ferrajoli, «precisamente como un derecho auténtico a tener derecho»³⁰. Estas ideas que he defendido siempre no son una utopía, sino donde queremos llegar, el reconocimiento universal de los derechos a la movilidad e igualdad de las personas.

²⁹ ARROYO ZAPATERO, L., «Opinión pública y castigo en España. La manipulación de la política criminal y sus costes sociales», en *Derecho penal y criminología*, núm. 5, 2014, pp. 15 ss.

³⁰ FERRAJOLI, L., «Políticas contra los migrantes y crisis de la civilidad jurídica», *op. cit.*, pp. 182 ss.

A VUELTAS CON LA «DIGNIDAD HUMANA» COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS: RAZONES PARA SU CUESTIONAMIENTO

ANA I. PÉREZ MACHÍO

Profa. Titular (Catedrática Acredit.) Derecho Penal. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

LEIRE BERASALUZE GERRIKAGOITIA

Investigadora Postdoctoral IVAC/KREI. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

I. Introducción

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 recogía lo siguiente: «El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos. Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada [...]».

El legislador del 2010 parece, entonces, ubicar el interés necesitado de protección, frente al delito de trata, en la dignidad y la libertad,

bienes jurídicos que, a nuestro modo de ver, llaman la atención, fundamentalmente en lo relativo a la «dignidad humana», al ser la primera vez que se pretende incorporar la misma como bien jurídico necesitado de protección penal.

Sin embargo, como veremos a continuación, varias son las voces que avalan esta interpretación, distorsionando, desde nuestra perspectiva, el interés último necesitado de tutela penal, frente al delito de trata.

Al margen del análisis de las distintas interpretaciones existentes sobre el concreto bien jurídico tutelado, desde un punto de vista general, en el ámbito del artículo 177 bis CP (dignidad; integridad moral; o delito pluriofensivo) que excederían los límites del presente trabajo, a continuación, centraremos la atención en los argumentos empleados por aquella corriente doctrinal que apuesta por interpretar que el proceso de despersonalización generado con ocasión de las conductas de trata, supone una lesión al bien jurídico «dignidad humana». Como tendremos ocasión de comprobar, una interpretación de esta naturaleza, distorsiona la esencia de la «dignidad humana» y genera una confusión con el interés que subyace a dicho proceso de despersonalización, esto es, la «integridad moral».

II. Aproximación crítica a la interpretación de la protección de la «dignidad humana» en el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP

1. Introducción

Con anterioridad a la reforma de 2010, Villacampa Estiarte, principal valedora de esta interpretación, ya abogaba por la necesidad de dotar a la dignidad humana de la consideración como bien jurídico en el delito de trata de seres humanos. En efecto, con anterioridad a la reforma del 2010 que, permitiría la configuración autónoma e independiente de los delitos de trata de personas y tráfico de seres humanos, esta autora ya venía defendiendo que, en el ámbito de las conductas constitutivas específicamente de los supuestos de trata, se protegía un bien jurídico de carácter individual (alejado de los posicionamientos que, en aquel momento, habida cuenta de la regulación en vigor, apostaban por el control de los flujos migratorios para la totalidad de conductas que se recogían en el anterior artículo 318 bis CP), circunscrito a la dignidad

humana¹. La idea que latía ya en dicha interpretación residía, en opinión de esta autora, en la necesidad de identificar la dignidad humana con el objeto jurídico de tutela por constituir la base esencial para el ejercicio del resto de derechos, partiendo de la idea de que lo que pretendía impedirse en el delito era el tratamiento de las personas como mercancías, con su consiguiente cosificación².

En idéntico sentido se manifestaba Pérez Cepeda, cuando advertía que no existía ningún inconveniente en afirmar que en el delito de tráfico de extranjeros nos encontrábamos ante una conversión total de las personas en un simple objeto, quedando la víctima degradada y sometida a la voluntad de un tercero. Las conductas de los traficantes, continuaba, obstaculizan el desarrollo individual de cada miembro del grupo y le cosifican a través del transporte, tratándolos como una mercancía. Así, concluía, la dignidad se ve afectada en el momento en que se ponen en marcha procesos de despersonalización, esto es, cuando la persona es tratada no como tal, sino como puro objeto o cosa. Se trata, insistía, de un proceso de despersonalización y cosificación contrario a la dignidad humana, al convertir al inmigrante en un mero instrumento o mercancía, en algo asible, mensurable, manipulable, inventariable y cuantificable, que, en realidad, consiste en su anulación como seres libres³.

2. *La individualización del bien jurídico «dignidad humana» frente al proceso de despersonalización de la trata*

Esta interpretación sigue presente en relación al actual artículo 177 bis CP sobre la base del reconocimiento de la protección de la «dignidad» en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010⁴ y, en atención a los siguientes argumentos.

¹ Véase, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de trata de seres humanos en el Código penal español», en *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*. Edit. Thomson Reuters. 2012, p. 390.

² VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Artículo 318 bis», en *Comentarios al nuevo Código Penal*, Edit. Aranzadi, 2001, p. 1517.

³ PÉREZ CEPEDA, A. I., «Las normas penales: cuestiones generales», en *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, 2006, p. 180.

⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Artículo 177 bis», en *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Los delitos contra las personas*, Artículos 138-233, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 465. En idéntico sentido, GUIASOLA LERMA, C., «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIX, 2019, p. 189; LLORIA GARCÍA, P., «Lección XI. Trata de seres humanos», en *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas*

En primer lugar, estos autores advierten que con la identificación de la dignidad humana como bien jurídico tutelado en el delito de trata se pretende huir de un concepto excesivamente local (ubicado en el reconocimiento de dicho bien jurídico con la integridad moral), cuando justamente la trata de seres humanos se perfila como un delito internacional, cuya interpretación debe articularse sobre la base de conceptos universalmente reconocidos, como la dignidad humana. Para ello, destacan las referencias que internacionalmente se realizan a la misma en los instrumentos de lucha contra la trata que vinculan al Estado Español. Así aluden al Protocolo de Palermo, en cuyo artículo 2 se especifica que entre las finalidades del Protocolo se encuentra la de «proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos»⁵; a la Decisión Marco 2002/629/JAI en cuyo considerando tercero califica a la trata de seres humanos como una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad⁶; o el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 en cuyo Preámbulo se afirma que «la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos de la persona y un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano»⁷.

de 2010 del Código Penal). Edit. Iustel. 2010, p. 297; REQUEJO NAVEROS, T., «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación», en *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edit. Edisofer, 2015, p. 29; TERRADILLOS BASOCO, J., «Capítulo 24. Trata de seres humanos», en *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Edit. Tirant lo Blanch, 2010, p. 208. A idéntica interpretación procede la jurisprudencia, cuando advierte la lesión de la dignidad humana frente al delito de trata de personas, en el sentido mencionado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010. Véase, en este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia 615/2014, de 24 octubre, Fundamento Jurídico 2.º; la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia 333/2015, de 19 de mayo, Fundamento Jurídico 2.º, la Audiencia Provincial de Lleida en su Sentencia 4517/2015, de 1 diciembre, Fundamento Jurídico 2.º; el Tribunal Supremo en su Sentencia 538/2016, de 17 de junio, Fundamento Jurídico 6.º; el Tribunal Supremo en su Sentencia 1002/2016, de 19 de enero, Fundamento Jurídico 7.º; el Tribunal Supremo en su Sentencia 144/2018, de 22 marzo, Fundamento Jurídico 4.º; la Audiencia Provincial de las Palmas en su Sentencia 352/2018, de 17 octubre, Fundamento Jurídico 1.º; la Audiencia Provincial de Lugo en su Sentencia 219/2019, de 28 noviembre, Fundamento Jurídico 2.º, entre otras.

⁵ Así se recoge en el tenor literal del artículo 2, cuando especifica lo siguiente: Finalidad. «Los fines del presente Protocolo son: a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines»

⁶ Así se recoge en el mencionado Considerando 3, cuando se destaca: La trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana e implica prácticas crueles, como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de violencia, amenazas [...].»

⁷ Véase, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Edit. Thomson Reuters. 2011, p. 398; de la misma, «El delito de trata de seres humanos», *Comentario a la reforma penal de 2015*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 406; En idéntico sentido, MARTÍN ANCIÉN, F., *La trata de seres humanos con fines de*

Desde esta perspectiva, continúan estos autores, en tanto que delito internacional, articulado sobre la base de conceptos universalmente reconocidos, debe reclamarse que sea la «dignidad» y no otro el bien jurídico protegido en el delito de trata, en cuanto que este implica un atentado a la misma línea de flotación de la personalidad humana, una vulneración de la esencia misma de la persona y, en última instancia, la negación de su humanidad⁸.

En segundo lugar, más allá de las consideraciones internacionales sobre la afección de la dignidad humana como consecuencia de las conductas de trata de personas, esta corriente doctrinal, insiste en la individualización de la misma, en cuanto bien jurídico protegido en el delito de trata personas, a partir de su configuración desde un punto de vista jurídico.

En opinión de Villacampa Estiarte, las dificultades de aprehensión de la dignidad humana en cuanto bien jurídico se solventan a partir de la concepción kantiana de la misma que la perfila como la esencia de los seres humanos, como el elemento que los considera fines en sí mismos, es decir, como algo que no debe ser usado como simple medio⁹, de tal forma que, «los seres racionales se encuentran bajo la ley de que cada uno de ellos no ha de ser tratado, por sí mismo, ni por los demás, nunca como simple medio sino siempre, al mismo tiempo, como fin en sí mismo»¹⁰. Así, continúa esta autora, tratar a la persona como fin en sí misma supone que ésta no puede ser cosificada, por lo que la protección de la dignidad requerirá la protección jurídica frente a cualquier cosificación, o mercantilización de la misma, como sucede en el delito de trata¹¹.

En idéntico sentido Zúñiga Rodríguez, entiende que la equiparación del bien jurídico tutelado en el delito de trata con la dignidad humana implica el reconocimiento del ideal kantiano plasmado en los instrumentos internacionales, en tanto que el «hombre» es un fin en sí mismo y ninguna persona puede ser utilizada como medio para los fines de otra. La trata es precisamente esto, continúa, la cosificación de la

explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015, Edit. Tirant lo Blanch, 2017, p. 177.

⁸ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*. Edit. Tirant lo Blanch, 2017, p. 178.

⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, *op. cit.*, p. 401.

¹⁰ KANT, I., *Cimentación para la metafísica de las costumbres*. Edit. Aguilar, 1978, p. 111.

¹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, *op. cit.*, p. 402.

persona, la utilización para fines propios, esto es, la negación de la condición básica de persona¹²

Lejos de adaptar la concepción kantiana de la dignidad humana, con la finalidad de dotarla de un contenido jurídico que la eleve a la categoría de bien jurídico autónomo e independiente, en el marco de la presente corriente doctrinal, hay quien la aproxima al bien jurídico «integridad moral», habida cuenta, dirán, de la estrecha relación de la trata con el concepto de trato inhumano, degradante y vejatorio, pues la cosificación del individuo al tratarlo como un objeto mercantil le genera una situación humillante que lo anula como persona. En efecto, como destaca Martín Ancín, es precisamente esa cosificación de la persona previa a la explotación lo que justifica su singularidad como tipo autónomo. Así las cosas, continúa este autor, el delito de trata puede concebirse también como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas en la medida en que la instrumentalización del ser humano para la consecución de determinadas finalidades mercantilistas supone involucrarle en una situación que lo anula como persona¹³.

A mayor abundamiento, en el sentido manifestado por Daunís Rodríguez, el delito de trata, si bien genera una despersonalización de la víctima que aparentemente puede identificarse con la lesión a la «integridad moral» apunta, fundamentalmente a la voluntad, al negarse a la persona la posibilidad de decidir sobre sus bienes jurídicos más importantes. Así, continúa este autor, cuando se realizan los actos de trata de seres humanos se infiere o interfiere en la voluntad de la víctima, en la idea o capacidad de dominio del ser humano, de poder actuar y desarrollarse en las esferas más importantes de su vida de forma libre o autónoma. Por tanto, concluye, se parte de un bien jurídico «dignidad humana» muy próximo al *status libertatis*, pero no entendido en su sentido clásico de «estado o situación jurídica», sino más bien, apuntado a su autonomía, capacidad de decisión o dominio sobre las elecciones más importantes o fundamentales de la existencia humana¹⁴.

¹² Véase, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Trata de seres humanos y criminalidad organizada transnacional: problemas de política criminal desde los Derechos Humanos», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXVIII, 2018, p. 395.

¹³ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, op. cit., 179. En idéntico sentido, IGLESIAS SKULJ, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal*, Edit. Tirant lo Blanch, 2013, p. 241.

¹⁴ ASÍ, DAUNÍS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Edit. Tirant lo Blanch, 2013, p. 76.

Frente a las críticas que pudieran apuntar hacia la identificación del presente concepto de «dignidad humana», con el ya conocido bien jurídico «libertad», Daunís Rodríguez subraya que los actos de trata de seres humanos suponen algo más que un mero ataque a la libertad, conllevan una lesividad del injusto diversa que justifica su criminalización a través de una prohibición autónoma y diferente. En efecto, continúa, cuando se afecta a la dignidad humana se produce una instrumentalización de la víctima, cosificándola o reduciéndola a la condición de objeto, cosa o mercancía; dimensión esta del bien jurídico «dignidad humana» que no está necesariamente presente en los ataques a la libertad de la persona, poniendo, el delito de trata, el acento en la comercialización, en la negociación que tiene por objeto el ser humano, en el proceso de despersonalización y cosificación que se produce cuando se convierte a la persona en un mero instrumento, es decir, en algo asible, medible, inventariable o cuantificable¹⁵.

En definitiva, como concluye Villacampa Estiarte, precisamente porque el proceso de trata implica un atentado a la misma línea de flotación de la personalidad humana, porque supone la vulneración de la esencia misma de la persona, la negación de su humanidad, debe reclamarse que sea la dignidad y no otro interés el que integre el bien jurídico protegido por el delito, reaccionando con ello frente al proceso de juridificación de la persona y de su mera conversión en objeto de impugación operado por el positivismo jurídico¹⁶.

3. *Las dificultades para considerar la «dignidad humana» como bien jurídico protegido*

Contrariamente a este argumento, entendemos que existen razones para negar a la dignidad humana la condición de bien jurídico, en general, y en el delito de trata de personas, en particular, por los motivos que recogemos a continuación.

En primer lugar, compartimos con esta corriente doctrinal la opinión de que el delito de trata de seres humanos es un delito de naturaleza global, cuya interpretación debe articularse sobre la base de con-

¹⁵ Véase, DAUNÍS RODRÍGUEZ, A., El delito de trata de seres humanos, *op. cit.*, p. 78.

¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., El delito de trata de seres humanos, *op. cit.*, p. 404. En idéntico sentido, MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*. *op. cit.*, p. 182.

ceptos universalmente reconocidos¹⁷. Sin embargo, no consideramos que las referencias a la dignidad humana, en el ámbito de instrumentos internacionales orientados al reconocimiento de derechos humanos, en general, y la lucha contra la trata de seres humanos, en particular, sea argumento suficiente como para elevar la dignidad humana a la categoría de bien jurídico necesitado de protección penal en el ámbito del Ordenamiento Jurídico español.

En efecto, la referencia a la dignidad humana es una constante en el ámbito de la normativa internacional que se ocupa de la erradicación y lucha contra determinados fenómenos delictivos. Además de los ejemplos mencionados respecto del delito de trata, se pueden igualmente, traer a colación otros Convenios, Convenciones, Decisiones Marco y Directivas que, ubicadas en el ámbito de otras modalidades delictivas, se refieren a la afeción sufrida por la dignidad con ocasión de la comisión de las mismas. A modo de ejemplo, baste señalar: la referencia a la «dignidad humana» en el Preámbulo de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas (1980); así como, referencia a la protección de la «dignidad humana» en el Considerando 50 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. En ninguno de los supuestos mencionados, las alusiones internacionales a la dignidad humana se han traducido, en el ámbito de nuestro Ordenamiento Jurídico interno, en la configuración de la misma como bien jurídico necesitado de tutela penal en el ámbito de dichas modalidades delictivas.

Es más, la propia referencia a la dignidad humana en el marco de los instrumentos internacionales relativos a la trata, mencionados no ha supuesto que, desde el punto de vista del Derecho Comparado, la criminalización y sanción de las conductas de trata de seres humanos implique, necesariamente, una identificación de la misma, como bien jurídico protegido con ocasión de la tipificación de dichas conductas en el marco de otros Códigos Penales próximos geográficamente al nuestro. La propia Villacampa Estiarte reconoce que, en algunos países de nuestro entorno jurídico (Alemania, Italia o Portugal –a los que igualmente obliga la normativa internacional–) el delito de trata de personas se incrimina entre los delitos contra la libertad¹⁸, sin que la men-

¹⁷ Véase ampliamente, PÉREZ MACHÍO, A. I., «Trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular», *Estudios Penales y Criminológicos*, 36, 2016.

¹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, op. cit., p. 405.

ción a la dignidad humana haya implicado una necesaria consecución de la misma como bien jurídico en el marco de estas conductas.

En última instancia, como ha destacado la propia Villacampa Estiarte, siguiendo el tenor literal de las disposiciones internacionales relativas al delito de trata, en algunas ocasiones, junto a la dignidad humana se hace referencia a los derechos fundamentales de las víctimas, e incluso, a su propia integridad, manifestaciones éstas que, a nuestro modo de ver, deben cuestionar la necesidad de configurar la «dignidad humana» como bien jurídico, en el marco de nuestro Ordenamiento Jurídico, no existiendo una tradición jurídica que avale tal interpretación.

En segundo lugar, desde el punto de vista del contenido esencial del bien jurídico «dignidad humana», ya en el año 2005 abordamos las dificultades de atribuir a la misma tal consideración. Procedemos, a continuación, a resumir los argumentos que, a nuestro modo de ver, fundamentan tal interpretación, considerando que siguen estando vigentes.

Dice el tenor literal del artículo 10.1 CE:

«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.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

El concepto de dignidad humana que dimana del artículo 10.1 de la Constitución, tal y como señala Ruiz-Giménez Cortés, responde a una realidad ontológica y ético-social a través de la cual ésta viene a referirse a la autonomía de la persona, la libertad del ser humano, la racionalidad y su fin en sí mismo considerado¹⁹. La generalidad y abstracción, propias de la presente aproximación, serán una constante en las distintas interpretaciones doctrinales²⁰, tendentes a perfilar el pre-

¹⁹ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., «Artículo 10», *Comentarios a la Constitución*, española de 1978, Edit. Edersa, 1997, p. 68, donde además de la dimensión ontológica y ético-social resalta los niveles jurídico-positivos de la misma

²⁰ También MONTAÑO, «La dignidad humana como bien jurídico», *Actualidad Penal*, 19, 1997, p. 421, construye un concepto de dignidad desde la metafísica, manifestando que

sente concepto, muy ligado a la esencia de la persona²¹. Así, se atribuirá a la dignidad la consideración de valor esencial a todos los seres humanos²² que debe permanecer inalterado en cualquier lugar o momento²³ y que alude a la superioridad o importancia que se concede a un ser, con independencia de la forma en la que se comporte²⁴.

Así, el artículo 10.1 CE, además de reconocer la dignidad humana como valor esencial, fuente de derechos iguales, inalienables e inherentes a cada persona, postula otros dos conceptos que vienen, no solo a justificar la necesidad de distinguir dignidad y resto de derechos fundamentales, sino también a reconocer la existencia de un especial vínculo de unión entre todos ellos.

Los derechos inviolables inherentes a la persona, a los que se alude en el artículo 10.1 CE vienen a identificarse con los derechos fundamentales que gravitan en el seno del Título I de la Constitución. La ubicación de los derechos fundamentales, a partir del artículo 15 CE, les atribuye la condición de derechos inherentes a la persona por el hecho de serlo, es decir, de derechos fundamentales que encuentran su base y fundamento en la dignidad humana, como valor esencial que informa todo el ordenamiento jurídico. En este sentido, el artícu-

la dignidad de la persona se manifiesta en la capacidad de captar la verdad en cuanto tal, de aprehender y querer lo bueno en sí mismo y de apreciar y construir lo bello.

²¹ Así para PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos Fundamentales*. Edit. Guadiana de Publicaciones, 1973, p. 72, la persona se concibe como un ser de eminente dignidad caracterizado por su razón y por su libertad. Este reconocimiento exige un respeto y un tratamiento de la persona como sujeto cuya independencia y libertad hay que garantizar en la vida social.

²² TOMÁS MALLÉN, B., «Justificación de los derechos humanos», *Manual de Derechos Humanos*, Edit. Comares, 1993, p. 81, reconduce expresamente la dignidad al valor que tiene toda persona por el hecho de serlo.

²³ Véanse, por todos, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Sobre la tortura», *RFDCEE*, núm. 42, 1997, p. 162; del mismo, «El artículo 5», *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Edit. Bosch, 1998, p. 300; FRAILE CLIVILLÉS, M., *Código Constitucional*, Edit. Trivium, 1983, p. 50; GARCÍA PÉREZ, O., «Delitos de sospecha», *ADPCP*, 1, 1993 p. 643; GUZMÁN DALBORA, J. L., «Dignidad humana y moderatio en la legítima defensa», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, 1994 p. 392; RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS, «Artículo 10», *op. cit.* p. 115; SERRANO PÉREZ, M. A., «La dignidad de la persona humana», *La Declaración de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Edit. Bosch. 1998, p. 215; TOMÁS MALLÉN, «La justificación de los Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 81. En este mismo sentido MONTANO, «La dignidad humana como bien jurídico tutelado», *op. cit.*, p. 421, desde una perspectiva metafísica, destaca que la dignidad humana constituye el valor absoluto de la persona, considerándola como la bondad superior correspondiente a lo absoluto, a lo que es un fin en sí mismo, con independencia total de cualquier «uso» utilitario o gratificador, concluyendo que «el hombre es digno porque es libre»

²⁴ Así, DE ESTEBAN, J./GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional español*, Edit. Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 21, concretan aún más esta idea, subrayando que la supremacía del ser humano en el mundo significa que todos los hombres, por ser personas, tienen que ser iguales en dignidad, en el sentido de que «nadie es más que nadie»; igualmente, GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Edit. Civitas. 1985, p. 187, señala que ni siquiera un comportamiento indigno priva, sin más, a la persona de algunos de los derechos que le son inherentes en cuanto tal, poniendo como ejemplo la reducción de la persona al estado de esclavitud.

lo 10.1 CE sugiere una específica diferenciación entre dignidad humana y derechos fundamentales, cuya relación o nexo se modulará a través del reconocimiento del libre desarrollo de la persona, objetivo que se debe alcanzar por medio del libre ejercicio de los derechos y libertades concretos, reconocidos a la persona, esto es, derechos fundamentales, a través de los que, indirectamente, se protege la dignidad humana, en cuanto fundamento de los mismos.

A la vista de lo mencionado, la aproximación a la idea de «bien jurídico» desde la idea de dignidad humana resulta imprecisa e incluso errónea. La posibilidad de confundir ambos elementos debe ser desechada, aceptando únicamente que la dignidad humana se manifiesta a través de los bienes jurídicos, contribuyendo estos a la tutela de una parte esencial de aquel valor universal y absoluto que solo encontrará su total protección, por medio de la pluralidad de bienes jurídicos en los que se plasma.

Desde esta perspectiva, aun coincidiendo con la interpretación doctrinal mencionada, en identificar el proceso de trata con un atentado a la misma línea de flotación de la personalidad humana, en cuanto supone una vulneración de la esencia de la persona, así como la negación de su humanidad, no podemos compartir la reclamación de la «dignidad humana» como interés que integra el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas. En efecto, en el sentido ahora apuntado, la «dignidad humana» del sujeto pasivo del delito de trata quedará tutelada sobre la base de la protección del específico bien jurídico de este delito en el que la dignidad se plasma y es esencia.

III. «Integridad moral» versus «dignidad humana» en el delito de trata. Hacia una interpretación coherente del bien jurídico

A tenor de lo manifestado hasta el momento presente, desde nuestro punto de vista, la dignidad humana no puede adquirir la condición de bien jurídico protegido. Por este motivo, y a la vista de las características de la trata y de las afecciones que la misma genera, el interés necesitado de tutela penal, desde esta perspectiva de afectación a la esencia de la persona, debe concretarse en la integridad moral.

En efecto, conviniendo con estos autores en el hecho de que la trata implica un proceso de despersonalización y cosificación del sujeto pasivo que se produce cuando se convierte a la persona en un mero

instrumento, es decir, en algo asible, medible, inventariable o cuantificable, desde esta perspectiva, estos supuestos de instrumentalización y de mercantilización del sujeto pasivo, que dotan de singularidad y autonomía al tipo de trata de seres humanos, han de ser identificados como afecciones al bien jurídico «integridad moral».

Si bien la «integridad moral», una vez incorporada en el Código Penal de 1995, se presentaba como un bien jurídico de difícil aprehensión jurídica, una vez aceptada como categoría conceptual propia, la configuración de su sustrato material, fue interpretado sobre la base de la concurrencia de dos elementos. Por un lado, su contenido positivo, esto es, la integridad moral, en cuanto manifestación de la dignidad humana y, por otro, su contenido negativo, concretado a partir de los comportamientos contrarios a la misma²⁵.

El reconocimiento constitucional de la integridad moral en el artículo 15 de la Carta Magna la convierte en un derecho constitucionalmente consagrado, distinto de la dignidad humana y en contenido esencial del derecho a la integridad personal. La pretendida vaguedad o imprecisión que, en ocasiones, llevó a identificarla con la dignidad humana, en cuanto ambos intereses vienen a conformarse como aquello que garantiza el respeto de la persona en sí misma considerada, fue superada al concebir la dignidad humana como un valor esencial y universal, fundamento del Orden Político y de la paz social que informa todo el Ordenamiento, permitiendo el libre desarrollo de la personalidad a través de cada uno de los derechos inviolables de los que constituye fundamento último²⁶.

En este sentido, la identificación de estos derechos inviolables con los fundamentales y la consideración de la dignidad humana como base y fundamento de los mismos asegura el pleno desarrollo de la personalidad y la tutela de la dignidad humana a través de la correspondiente protección recibida por cada uno de ellos. La ubicación de la integridad moral en el artículo 15 de la Constitución dota a este derecho de la condición de fundamental y, por lo tanto, de su consideración de derecho inviolable, inherente a la persona, fundamentado en la dignidad humana, pero distinto de ella, esto es, manifestación o expresión de la misma. Así, el contenido positivo de la integridad moral, en cuanto bien jurídico protegido, la aproxima a la dignidad humana, ahora bien,

²⁵ PÉREZ MACHÍO, A. I., *Delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, op. cit., p. 215.

²⁶ PÉREZ MACHÍO, A. I., *Delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, op. cit., p. 226.

en cuanto manifestación o expresión de la misma, no como realidad situada en idéntico nivel²⁷.

El contenido negativo del sustrato material del bien jurídico «integridad moral», permitió definirla como un interés que protege la inviolabilidad de la persona frente a comportamientos tendentes a instrumentalizarla, a degradarla, a humillarla y a envilecerla y, en consecuencia, las notas que otorgan sustantividad e independencia a este bien jurídico se traducen en la instrumentalización y cosificación que sufre el sujeto pasivo como consecuencia de los comportamientos contrarios a la misma, caracterizados además por la especial humillación y degradación soportada igualmente por el individuo que no ve respetadas su inviolabilidad e incolumidad²⁸.

Así, una vez superadas las concepciones sobre su identificación con la dignidad humana, la integridad moral, como manifestación de esta primera, alcanza su carácter autónomo en su equiparación con la provocación de sentimientos de humillación y envilecimiento, que no pueden abarcar en sí mismo considerados ningún otro bien jurídico-penal.

Su condición de manifestación de la dignidad humana, así como su identificación con la inviolabilidad de la esencia de la persona, protegiendo a la misma frente a conductas que se dirigen a desprestigiar la condición de persona, a instrumentalizarla, a utilizarla como cosa y no como fin en sí misma considerada, constituyen fundamentos que delimitan el ámbito de aplicación de la misma.

En definitiva, a la vista de todo lo manifestado, la «integridad moral» en cuanto bien jurídico se concibe como derecho de toda persona a ser respetado en cuanto tal, no siendo sometida a procedimientos que, de modo, vejatorio, degradante y humillante la instrumentalicen, utilizándola como cosa y no como fin en sí misma considerada²⁹.

Así definida, la «integridad moral», en cuanto bien jurídico, no sólo parece abarcar la tutela derivada de los artículos 173 a 177 CP (en el marco de los delitos de tratos degradantes y tortura), sino que parece hacerse igualmente extensiva también al ámbito del delito de trata de personas del artículo 177 bis, en la medida en que, a nuestro modo de

²⁷ PÉREZ MACHÍO, A. I., *Delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, op. cit., p. 335.

²⁸ PÉREZ MACHÍO, A. I., *Delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, op. cit., p. 340.

²⁹ PÉREZ MACHÍO, A. I., *Delito contra la integridad moral del artículo 173 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Edit. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2005, p. 355.

ver, la corriente doctrinal que, en el sentido apuntado, apuesta por la configuración de la dignidad humana como bien jurídico necesitado de tutela penal en estos supuestos, en realidad está queriendo individualizar la integridad moral, como interés necesitado de protección penal.

Desde esta perspectiva, si como se ha venido apuntando, el delito de trata de seres humanos implica una instrumentalización del sujeto pasivo para la consecución de determinadas finalidades mercantilistas que involucran al mismo en una situación que lo anula como persona, el bien jurídico necesitado de tutela penal, no puede ser otro que la integridad moral³⁰.

En efecto, si desde esta perspectiva, las notas que dotan de singularidad al delito de trata residen tanto en el proceso de despersonalización, como en la cosificación de la víctima, al convertirse en algo cuantificable, involucrándola en una situación que la anula como persona, solo puede colegirse que el interés afectado como consecuencia de estas conductas es la «integridad moral»³¹.

En definitiva, la trata de seres humanos se configura como un proceso en el que se convierte a la persona en cosa u objeto de intercambio o de disposición plena por parte del tratante que goza y dispone de la misma, como si de un bien de su propiedad se tratase³². Pues bien, siendo esta relación de dominio fáctico la que dota de singularidad al fenómeno de la trata, la misma justifica su tratamiento jurídico-penal autónomo, acoge el injusto típico de los «tratos degradantes» y supone, por ende, un grave atentado contra la «integridad moral», una vez descartada la dignidad humana como bien jurídico-penal.

³⁰ Véanse, en este sentido, LAFONT NICUESA, L., «Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal», en *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 141; MARTOS NÚÑEZ, J. A., «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXII, 2012, p. 100; POMARES CINTAS, E., «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 2011, p. 6, entre otros.

³¹ Véase, un estudio en profundidad sobre la presente cuestión en BERASALUCE GUERRICAGOITIA, L., *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*, Edit. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2020, pp. 165 ss.

³² MOYA GUILLÉN, C., «Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales», en *Política Criminal*, 22, 2016, p. 535.

INFRACCIONES Y SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL TOQUE DE QUEDA Y SU CONFLUENCIA CON EL DELITO DE DESOBEDIENCIA

MANUEL PORTERO HENARES
Universidad de Castilla-La Mancha

I. Las declaraciones de estado de alarma derivadas de la pandemia por COVID-19

Nadie, hace apenas pocos años, hubiera pensado que entre el año 2019 y el 2020 algunas de las principales preocupaciones teóricas y prácticas sobre el poder punitivo del Estado iban a focalizarse en los delitos de rebelión, de sedición o en las dificultades técnicas que revisiten las declaraciones de los estados de alarma, excepción o sitio y las infracciones y sanciones que llevan aparejadas las diversas conductas que impliquen el incumplimiento o la contravención de esas situaciones excepcionales. Estas cuestiones, hoy en día, ocupan un lugar preponderante en las revistas científicas de nuestro país, en los medios de comunicación, más o menos especializados, y en la opinión pública de una manera casi permanente¹.

¹ *Vid.*, de entre los clásicos en la materia, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Los estados de alarma excepción y sitio. Comentario a la Ley 4/1081, de 1 de junio», en *Revista de Política Comparada*, número 5, 1981, pp. 101 ss.; CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984; LAFUENTE VALLE, J. M., «Los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, número 30, 1989, pp. 23 ss.; SERRANO ALBERCA, J. M., «Comentario al artículo 116», en Garrido Falla, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 1771 ss.

Vid., asimismo, las obras más recientes, al hilo de la situación de 2020, entre otros, DURANTEZ PALAZUELOS, L., «Derecho excepcional en el estado de alarma y su incidencia en la asunción de responsabilidades», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 51, junio 2020, pp. 7 ss.; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El estado de alarma por la epidemia del coronavirus y sus problemas constitucionales legales», en *Ars Iuris Salmanticensis. Tribuna de Actualidad*, Vol. 8, 2020, pp. 27 ss.

Son rincones del ordenamiento jurídico, y en particular del sancionador, que apenas tienen relevancia en la práctica no porque sean Derecho simbólico, que no lo son², sino por las escasas ocasiones en que, en nuestra historia constitucional reciente, se han dado los presupuestos de hecho que hayan provocado la aplicación de las normas que los regulan o que establecen las consecuencias jurídicas que les afectan. Sendas situaciones, hasta la pandemia provocada por el COVID-19, solo habían entrado en juego una vez en nuestra historia democrática y constitucional reciente: la aplicación de los delitos de rebelión o sedición al hilo de los sucesos acontecidos con motivo del golpe de Estado que sufrió nuestro país el 23 de febrero de 1981; y la declaración de estado de alarma el 4 de diciembre de 2010, por motivo de una huelga de controladores aéreos que ponía en riesgo de colapso a los aeropuertos nacionales³. Tan excepcionales son ambas cuestiones que parece aún más extraordinario que, tras casi cuarenta años sin requerir apenas de su aplicación, coincidan en el tiempo, aunque por motivos bien distintos.

Entender todo lo que concierne a la situación de estado de alarma se torna más compleja, si cabe, porque la proliferación de la información en las redes sociales y en internet, sea en el ámbito que sea, viene poniendo de relieve ya desde hace años que su procedencia puede no haber sido contrastada, que las fuentes pueden ser de dudosa objetividad y que es posible que, hasta intencionadamente, se pueda generar confusión sobre cualquier cosa en las redes.

Eso es algo que ha venido sucediendo, como en tantos otros escenarios, desde el inicio de la pandemia ocasionada por el COVID-19 en prácticamente todos los detalles que tienen que ver con ella. Cifras de incidencia, tratamiento, vacunas en vías de desarrollo, mortalidad, secuelas, y, por supuesto, también alrededor de cada una de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales, regionales, europeas o mundiales. Sin que podamos, ni pretendamos, entrar en cada uno de los conflictos que ha ocasionado la mala o defectuosa información sobre los contenidos de las medidas gubernamentales que se han adoptado en nuestro país para combatir la situación de contagio masivo del virus, queremos dedicar este artículo a precisar las consecuencias jurídicas sobre la in-

² *Vid.*, la caracterización y tipología del Derecho penal simbólico en Díez RIPOLLÉS, J. L., «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en *Revista Actualidad Penal*, año 2001.

³ Sobre esa situación, al hilo de la crisis de los controladores de 2010, *vid.* SANDOVAL, J. C., «Presupuestos del estado de alarma y repercusiones penales», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-11, 2012; CATORRA, A. A., «El estado de alarma en España», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 28, julio 2011, pp. 313 ss.

fracción de las medidas excepcionales adoptadas por el Gobierno para salvaguardar el cumplimiento de las medidas más erosivas de la libertad individual de los ciudadanos, centrándonos especialmente en cuáles son esas consecuencias a nivel sancionador por la vulneración del toque de queda impuesto por el Real Decreto de 25 de octubre de 2020, para una mayor claridad que solvete las muchas dudas vertidas por los medios de comunicación, por la ciudadanía, en general, e incluso por la doctrina científica y por las resoluciones de los Juzgados y Tribunales que tendrán que irse pronunciando al respecto.

La situación sanitaria en la que ha desembocado la expansión del virus Covid-19 desde los inicios del año 2020 derivó en el mes de marzo en un colapso de los servicios sanitarios que situó a todos los gobiernos del mundo ante la necesidad de adoptar medidas excepcionalísimas para tratar de paliar los efectos de la epidemia, que fueron dispares en la medida de las posibilidades y opciones que las diversas constituciones albergan⁴. El Gobierno de España instauró el estado de alarma declarado el día 14 de marzo de 2020, mediante el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y supuso la segunda vez que esa situación excepcional ha sido declarada con posterioridad a la aprobación de la Constitución de 1978, en esta ocasión en aras a la protección de la salud pública⁵. Esa medida está prevista en el artículo 116 de la Norma Fundamental y su declaración se realiza al amparo del artículo 4, apartados b) y d), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. La autoridad competente, a los efectos del estado de alarma, es el Gobierno de España, según dispone el propio artículo 116.2 de la Constitución, y su declaración puede ser territorialmente parcial. La situación de estado de alarma instaurada mediante el Real Decreto 463/2020 se prorrogó hasta en seis ocasiones y terminó, finalmente, el día 6 de junio de 2020⁶.

Tras varios meses en los que la situación pareció estar más controlada en cuanto a la incidencia del virus en la población y, en consecuen-

⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, V./ARIAS APARICIO, F./HERNÁNDEZ DÍEZ, E., *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, Iustel, Madrid, 2020, en especial pp. 247 ss.; GOIG MARTÍNEZ, J. M., «La defensa política de la Constitución. Constitución y estados excepcionales. Un estudio de Derecho constitucional comparado», *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 5, 2009, pp. 218 ss.

⁵ CIERCO SEIRA, C., «Derecho de la salud pública y COVID-19», en AA.VV., *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 25 ss.

⁶ Sobre los aspectos generales de la primera declaración de estado de alarma en el año 2020, y en particular sobre las consecuencias para otros aspectos jurídicos no sancionadores, *vid.* CEDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Aspectos jurídicos del coronavirus*, Editorial Reus, Madrid, 2020.

cia, en el funcionamiento del sistema sanitario, el número de casos, de contagios, de enfermos y de personas fallecidas fue en aumento significativamente, de nuevo, en los meses de septiembre y octubre de 2020. El 25 de octubre de 2020 fue publicado en el BOE, y entró en vigor, el Real Decreto 926/2020, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-Cov-2, así se denomina, y que resulta prorrogado ulteriormente por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, hasta el día 9 de mayo de 2021, periodo que podrá acortarse hasta dos meses si los indicadores epidemiológicos, sanitarios, sociales y económicos lo permiten.

Dentro de las medidas acordadas en el Real Decreto 926/2020, y como novedad respecto a la anterior declaración de estado de alarma de marzo de 2020, se encuentra la instauración de un toque de queda en la franja horaria de las 23 A las 6, salvo en la Comunidad de Canarias, quedando en manos de la autoridad delegada competente, que son los gobiernos de las comunidades o ciudades autónomas, modificar esa franja para su inicio una hora antes o una hora después, y consiguientemente para su finalización una hora antes o una hora después, con la misma duración en todo caso.

La comprensión de la normativa aplicable a la infracción de las restricciones que comporta el toque de queda, la posible confluencia de sanciones administrativas y penales para esas conductas, así como una propuesta de interpretación para la aplicación de esa normativa confluente, por supuesto bajo la vigencia y la extensión de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador y la interdicción del *ne bis in idem*⁷, constituyen los objetivos de este trabajo.

Esa labor hermenéutica se torna, más que necesaria, imprescindible, dado que en los primeros meses del año 2021 sigue reinando entre los operadores jurídicos, Fuerzas y Cuerpos de seguridad, del Estado, autonómicos y locales, fiscalías y juzgados y tribunales, la incertidumbre sobre el alcance y aplicabilidad de las sanciones administrativas a las infracciones de las medidas restrictivas de la libertad individual derivadas de la situación de estado de alarma y sobre las relaciones entre

⁷ Véanse las clásicas Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y *ne bis in idem* y su extensión desde el artículo 25 de la Constitución al Derecho penal y también al Derecho administrativo sancionador (STC 2/1981, de 30 de enero, STC 18/1981, de 18 de junio, STC 42/1987, de 7 de abril, STC 77/1983, de 3 de octubre, STC 76/1990, de 26 de abril, por citar algunas de las más significativas.

dichas infracciones administrativas y el delito de desobediencia tipificado en el Código penal. Procedemos al análisis de todo ello.

II. Régimen de sanciones administrativas por la vulneración de las restricciones a la libertad impuestas vigente el estado de alarma

1. *La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*

El régimen sancionador establecido en su día por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, es idéntico al que se reproduce, meses después, en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-Cov-2.

La primera referencia sancionadora específica en la que debemos reparar tras las circunstancias excepcionales que tienen inicio normativo el 14 de marzo se contienen en el artículo 20 del Real Decreto 463/2020, que dispone que:

Artículo 20. El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

Esta remisión normativa genérica en el entramado del régimen sancionador de excepción, amén de contener una incorrección sintáctica (la preposición que acompaña a «el incumplimiento» no puede ser «a» sino «de») gira, como podemos observar, sobre cualquiera de los ámbitos regulados en el Real Decreto, como las medidas de abastecimiento, medidas sanitarias, medidas en el ámbito educativo, suspensión de las actividades de hostelería, medidas en materia de transportes, medios de comunicación, etc. Sin embargo, queremos reparar, para cumplir con las intenciones de este trabajo, sobre todo en aquellos ámbitos afectados por el Real Decreto que más tienen que ver con las limitaciones a la libertad, en este caso a la libertad de movimientos, establecidas en el artículo 7.

El contenido de este reenvío normativo que lleva a cabo el Real Decreto de 14 de marzo de 2020 no deja implicar un nuevo reenvío en términos similares que nos obliga a seguir indagando en el ordenamiento jurídico cuál sea el contenido de los tipos sancionadores y de sus consecuencias jurídicas, al disponer el artículo 10 de la Ley 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y dentro del capítulo II, dedicado al estado de alarma,

Artículo 10.

1. El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad competente en el estado de alarma será sancionado conforme a lo dispuesto en las leyes.
2. ...

Precisando en los apartados 2 y 3 el mismo precepto la suspensión en el ejercicio de funciones de autoridades y funcionarios caso de ser los responsables del incumplimiento o la resistencia a que se refiere el apartado 1.

Dacaído el Real Decreto de marzo, y en vigor Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, el régimen sancionador dispuesto en su artículo 15 es idéntico, salvo que el redactor debió darse cuenta de la incorrección sintáctica que afeaba el texto primigenio y lo redactó de la siguiente manera:

Artículo 15. Régimen sancionador.

El incumplimiento del contenido del presente real decreto o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

Sendas declaraciones del estado de alarma a raíz de los Decretos de marzo y de octubre de 2020, por tanto, no contienen un régimen sancionador específico y propio sino que nos reenvían a lo que disponga, con carácter general, la Ley Orgánica 4/1981, que regula los estados de alarma excepción y sitio.

Así las cosas, tres serían las leyes a tener en cuenta en el reenvío tácito al que nos aboca el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1981: la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; la Ley 17/2015,

de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil; y, sobre todo y primordialmente, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana.

2. *La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública*

El régimen sancionador de la Ley Orgánica 33/2011, General de Salud Pública, se recoge en el Título VI, artículos 55 y siguientes, siendo tipificadas expresamente en gradación de muy graves, graves y leves en el artículo 57. Los resaltados en negrita se incluyen para clarificar qué infracciones serían de nuestro mayor interés.

Artículo 57. Calificación de las infracciones.

1. Las infracciones tipificadas en esta ley se califican como muy graves, graves y leves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud de la población, gravedad de la alteración sanitaria o social producida, cuantía del eventual beneficio obtenido, grado de intencionalidad y reincidencia en las mismas.

2. Además de las infracciones sanitarias previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se tipifican como infracciones en salud pública las siguientes:

a) Son **infracciones muy graves**:

1.º La realización de conductas u omisiones que produzcan un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población.

2.º **El incumplimiento, de forma reiterada, de las instrucciones recibidas de la autoridad competente, o el incumplimiento de un requerimiento de esta, si este comporta daños graves para la salud.**

3.º Las que sean concurrentes con otras infracciones sanitarias graves, o hayan servido para facilitar o encubrir su comisión.

4.º La reincidencia en la comisión de faltas graves en los últimos cinco años.

b) Son **infracciones graves**:

1.º La realización de conductas u omisiones que puedan producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población, cuando ésta no sea constitutiva de infracción muy grave.

2.º La denegación de apoyo, auxilio o colaboración a los agentes de la autoridad sanitaria.

3.º **El incumplimiento de las instrucciones recibidas de la autoridad competente, si comporta daños para la salud, cuando no sea constitutivo de infracción muy grave.**

4.º La resistencia o la obstrucción de aquellas actuaciones que fueren exigibles, de acuerdo con lo previsto en esta ley.

5.º El incumplimiento de comunicación de información y resto de obligaciones conforme a lo dispuesto en el Título I de esta ley, cuando revista carácter de gravedad.

6.º La reincidencia en la comisión de infracciones leves, en los últimos doce meses.

c) Son infracciones leves:

1.º El incumplimiento de la normativa sanitaria vigente, si las repercusiones producidas han tenido una incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población.

2.º Aquellas infracciones que conforme a lo establecido en este artículo no se califiquen como graves o muy graves.

Con los déficit habituales de técnica legislativa, determinación y taxatividad a que el legislador ordinario nos tiene acostumbrados en materia sancionadora, como podemos observar se estratifican como infracciones muy graves o graves el incumplimiento de las instrucciones recibidas de la autoridad o el incumplimiento de un requerimiento de ésta. En el caso del incumplimiento de las instrucciones si dicho incumplimiento se lleva a cabo *de forma reiterada* la infracción es muy grave y si dicho incumplimiento es puntual la infracción es grave.

A la hora de configurar la conducta típica sancionable, cuando el legislador distingue entre incumplir *instrucciones* o un *requerimiento* entendemos que deber tener una deliberada intención al introducir ambas posibilidades de forma separada, por lo que podemos colegir que en el primer caso, en el de las instrucciones, estas podrán consistir en cualquier forma de comunicación informal a través de las cuales la autoridad manifieste sus instrucciones (que será fundamentalmente de forma oral por parte de cualquier sujeto que ostente la condición de autoridad, *v. gr.* un agente de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado conminando a la vía pública a un sujeto a hacer o dejar de hacer algo), y en el segundo caso, en el de los requerimientos, entendemos que de-

berán consistir en formas de comunicación formal y fehaciente de las indicaciones de la autoridad (v. gr. una notificación judicial o una notificación de un bando municipal). En el caso de las *instrucciones* constituirá infracción muy grave su incumplimiento *de forma reiterada*, quedando como infracción grave el incumplimiento puntual. El incumplimiento de un *requerimiento* siempre será constitutivo de infracción muy grave.

Tanto en la infracción muy grave como en la grave se incorpora en la tipificación de la infracción la necesidad de que la conducta incumplidora por parte del ciudadano comporte *daños... para la salud*. Para que la infracción se considere muy grave, además de que el incumplimiento de las instrucciones sea reiterado o de que el incumplimiento recaiga sobre un requerimiento, los daños para la salud deben ser *graves*, a diferencia de cómo se tipifica la infracción grave, en la que no se exige esa cualidad a los *daños para la salud*.

Será, precisamente, este elemento del tipo de las infracciones previstas, los *daños a la salud*, lo que descartará su aplicabilidad a la inmensa mayoría de la casuística de comportamientos que se están produciendo con motivo de las conductas ciudadanas que puedan ser esquivas de la legalidad en torno a las medidas adoptadas por las autoridades para gestionar la pandemia ocasionada por el COVID-19. La necesidad de constatar que se produzca objetivamente un perjuicio (grave o no) para la salud cuando se incumplan (de forma reiterada o puntual) las instrucciones de la autoridad o un requerimiento de la misma constituye un elemento del tipo objetivo de las infracciones tipificadas en los apartados a) 2.º y b) 3.º, del artículo 57.2 de la Ley General de Sanidad.

Por ello no serían de aplicación a los casos de las indicaciones por parte de la autoridad a la utilización de la mascarilla en las situaciones de uso obligatorio, o a los casos de acceso a una comunidad autónoma o a un municipio perimetralmente cerrado, o a los casos de exceso horario en la presencia en la vía pública tras el toque de queda, por citar las conductas más frecuentes de elusión de las medidas coactivas a la libertad dispuestas en la lucha contra la pandemia. Ello es así, debería ser así, salvo que el incumplimiento de las instrucciones de la autoridad o de sus requerimientos comporte un daño (grave o no) para la salud. Pero advertimos de que dicho daño deberá ser concreto, objetivo y constatable en el momento de la comisión de la infracción. Constituye un elemento objetivo de los tipos de las infracciones administrativas de la Ley General de Salud Pública y no un mero elemento subjetivo intencional o conversor de la infracción en un tipo de peligro abstracto.

3. *La Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil*

El reenvío normativo que lleva cabo el artículo 10 de la Ley 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, nos obliga a analizar también el régimen sancionador de la Ley 17/2015 de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil. Esta Ley organiza y regula el Sistema Nacional de Protección Civil, los deberes ciudadanos para con él, las actuaciones del Sistema Nacional de Protección Civil, la planificación, respuesta coordinada de las Administraciones Públicas y, sobre todo, la definición, contenidos y coordinación de las situaciones de «emergencias de interés nacional», el Consejo Nacional de Protección Civil y la distribución de las competencias entre los distintos órganos de la Administración del Estado en esas situaciones de emergencia.

Aunque no puede ser objeto de este trabajo desgranar el contenido de esta ley en todos sus aspectos, sí hemos de precisar que a pesar de establecer un complejo sistema de competencias para la declaración y coordinación de los supuestos de «emergencias» entre el Gobierno, el Consejo Nacional de Protección Civil y el Ministerio del Interior, la declaración de estado de alarma o excepción o sitio conlleva, *in origine*, la consideración de *emergencia nacional*, según lo dispuesto en el artículo 28.1., con independencia de que se produzca o no una declaración expresa del estado de emergencia nacional por el órgano competente para ello, lo cual será trascendente de cara a la evaluación de la aplicabilidad o no del régimen sancionador de la Ley.

Éste se desarrolla en los artículos 43 y siguientes. Se trata de un régimen que gira alrededor, evidentemente, de las posibles contravenciones alrededor de los aspectos de logística y desarrollo material de los estados de emergencias. Se mantiene la clásica estratificación en infracciones muy graves, graves y leves.

Artículo 45. Infracciones.

1. Son infracciones administrativas en materia de protección civil las acciones y omisiones tipificadas en esta ley.
2. Las infracciones se clasifican en muy graves, graves y leves.
3. Constituyen infracciones muy graves:
 - a) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de los planes de protección civil, cuando suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes.

b) En las emergencias declaradas, **el incumplimiento de las órdenes, prohibiciones, instrucciones o requerimientos efectuados por los titulares de los órganos competentes o los miembros de los servicios de intervención y asistencia**, así como de los deberes de colaboración a los servicios de vigilancia y protección de las empresas públicas o privadas, *cuando suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes*.

c) El incumplimiento de los deberes previstos en el artículo 7 bis.7 de esta Ley, cuando suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes.

d) La comisión de una segunda infracción grave en el plazo de un año.

4. Constituyen infracciones graves:

a) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de los planes de protección civil, cuando no suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes.

b) En las emergencias declaradas, **el incumplimiento de las órdenes, prohibiciones, instrucciones o requerimientos efectuados por los titulares de los órganos competentes o los miembros de los servicios de intervención y asistencia**, así como de los deberes de colaboración a los servicios de vigilancia y protección de las empresas públicas o privadas, *cuando no suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes*.

c) El incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 7 bis.7, cuando no suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes.

d) El incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 7 bis. 8, cuando suponga una especial trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes.

e) La comisión de una tercera infracción leve en el plazo de un año.

5. Constituyen infracciones leves:

a) El incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 7 bis.8, cuando no suponga una especial trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes.

b) Cualquier otro incumplimiento a esta ley que no constituya infracción grave o muy grave.

Como vemos, el objeto de las infracciones de los apartados 3.b) y 4.b) son las órdenes, prohibiciones, instrucciones o requerimientos efectuados por los titulares de los órganos competentes o los miembros de los servicios de seguridad o asistencia, distinguiéndose para la gravedad de la infracción en que cuando *suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes* será considerada muy grave y cuando no lo suponga será considerada grave.

A pesar de que la declaración de estado de alarma que efectúan los Reales Decretos 463/2020 y 926/2020 conlleva, *per se* y sin necesidad de declaración expresa adicional, como se ha dicho anteriormente, la situación de «emergencia nacional» a los efectos de esta Ley, el diseño de las infracciones administrativas que efectúa el artículo 45 no se corresponde con las conductas de la ciudadanía contraviniendo las prohibiciones que contienen los Reales Decretos 463/2020 y 926/2020 o las normas de las comunidades autónomas habilitadas por dichos Decretos en lo tocante a las restricciones de la libertad individual.

Las infracciones de la Ley del Sistema Nacional de Protección Civil tienen su raíz en la organización logística que llevan a cabo directamente los órganos competentes en la gestión de la situación de emergencia o los miembros de los servicios de protección y asistencia. Aplicar las infracciones de los apartados 3.b) o 4.b) del artículo 45 de esta Ley a las conductas de utilización de la mascarilla en los casos de obligatorio uso, o en los casos de acceso a una comunidad autónoma o a un municipio perimetralmente cerrado, o en los casos de exceso horario en la presencia en la vía pública tras el toque de queda, por citar de nuevo las conductas más frecuentes de elusión de las medidas coactivas a la libertad dispuestas en la lucha contra la pandemia, vulneraría algunas de las garantías afectas al principio de legalidad, aplicable plenamente en el Derecho administrativo sancionador, como mínimo la prohibición de la aplicación analógica de las disposiciones sancionadoras.

4. *La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana*

A los efectos que aquí nos interesan el reenvío normativo en el que más tenemos que poner la atención, de entre los que pueden surgir del artículo 10 de la Ley 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma,

excepción y sitio, es el que lo conecta con la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana.

Artículo 36. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

[...]

6. La desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación.

Como podemos observar, es en esta ley en la que se ubican las infracciones administrativas que, por naturaleza, se sitúan en directa correlación piramidal con el delito de desobediencia a la autoridad (también del de resistencia) y sobre cuyo análisis debemos volcar los esfuerzos interpretativos que deben desentrañar la aplicación, a unos casos, de la infracción administrativa y, a otros, del delito de desobediencia⁸.

Aunque no hay un acumulado oficial de datos exactos sobre los expedientes tramitados desde el 14 de marzo de 2020 al amparo de las infracciones tipificadas en el artículo 36.6 de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana, puesto que no hay un registro oficial centralizado de las mismas en todo el país, sí podemos aproximar que la cifra de expedientes sancionadores tramitados por la Policía Nacional, la Guardia civil, Policías Autonómicas (donde las hay) y las Policías Locales ante las Delegaciones de Gobierno y Subdelegaciones de Gobierno en el primer mes de vigencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de 2020, fue superior a los 500.000. De ellos, casi la mitad fueron tramitados por las Policías Locales de cada municipio. Asimismo, hasta esa fecha se habían producido casi 5.000 detenciones por la presunta comisión del delito de desobediencia grave tipificado en el artículo 556.1 del Código penal. Al término de la vigencia del primer

⁸ Ver, con carácter general, BLASCO DÍAZ, J. L., «Seguridad ciudadana y potestad sancionadora», en Cuerda Arnau, M. L./García Amado, J. A. (Dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 15 ss.; PRESTO LINERA, M. A., «La expansión del Derecho administrativo sancionador *securitario*: análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana», en Cuerda Arnau, M. L./García Amado, J. A. (Dirs.), *op. cit.*, pp. 37 ss.

estado de alarma del año 2020, en el mes de junio, el total de expedientes sancionadores en trámite ascendía al millón. Bien es cierto que gran parte de ese estado de alarma vigente entre marzo y junio de 2020 se plasmó en un confinamiento domiciliario total y absoluto de la población de todo el país.

La media de expedientes con propuesta de sanción está siendo menor durante el segundo estado de alarma derivado de la pandemia, el que se instaura a partir de 25 de octubre de 2020 y se prorroga hasta el día 9 de mayo de 2021. La explicación, posiblemente, gire en torno a que en el segundo estado de alarma decretado en el año 2020 no ha habido, hasta ahora, un confinamiento estricto y generalizado de la población, como sucedió en los meses de marzo a mayo, y a ello se ha unido la sensibilización progresiva de la ciudadanía en el cumplimiento de las restricciones acordadas por cada Comunidad Autónoma bajo el amparo de los Reales Decretos 926/2020 y 956/2020. Pero, aun así, siguen proliferando las infracciones a las medidas restrictivas de la libertad ciudadana y, consecuentemente, las propuestas de sanción ante las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno por las diversas infracciones de las limitaciones y restricciones a la movilidad vigentes desde el 25 de octubre de 2020.

Desde esa fecha, por citar algunos ejemplos, solo en la ciudad de Madrid se imponen de media más de 1.000 multas a la semana por saltarse, sin motivo justificado, las franjas horarias del toque de queda. En la primera semana de vigencia del toque de queda en Cataluña se tramitaron más de 400 propuestas de sanción por los Mossos D'Esquadra. La media es de, aproximadamente, 50 multas a la semana en una ciudad como Salamanca desde el mes de octubre de 2020.

La situación, en lo que respecta a la incoación de esta pléyade de expedientes sancionadores derivados de las infracciones administrativas, viene arrastrando la confusión que generó y genera la Comunicación del Ministerio del Interior a los Delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción, de 14 de abril de 2020, Comunicación que se traslada a los responsables, jefes, comisarios y mandos de las distintas Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado y que va a guiar la actuación de los agentes de los distintos cuerpos, la redacción y tramitación de los expedientes sancionadores y el contenido de los mismos. Esta Comunicación contiene incluso, a modo de anexos, un modelo de fundamentación jurí-

dica para su posible incorporación a las propuestas de resolución de los procedimientos, adaptándolas a las circunstancias de los diversos casos, así como unos criterios orientativos para la recogida de los hechos y circunstancias en los boletines de las denuncias, en incluso la posterior graduación de las sanciones en la resolución del expediente sancionador⁹.

Derivada de las recomendaciones de esa Comunicación del Ministerio del Interior, la praxis sancionadora de la Administración ha venido partiendo del mero incumplimiento de cualquiera de los contenidos de las restricciones a la libertad incluidas en los Decretos de declaración del estado de alarma para fundamentar la sanción. Es decir, se han venido proponiendo y resolviendo la imposición de sanciones *ex artículo* 36.6 de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana a partir de la constatación por parte de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad de la no utilización de mascarillas en la vía pública, la extralimitación de aforos en locales o en mesas de bares y restaurantes, el consumo de tabaco estando sentado en una mesa del exterior de un establecimiento hostelero y, por supuesto, la presencia en la vía pública en las franjas horarias del toque de queda, distintas respectivamente en cada Comunidad Autónoma.

Este criterio no ha sido respaldado por la Abogacía General del Estado, que en su informe de 2 de abril de 2020 respecto a la tipificación de presuntos incumplimientos de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma a la libre circulación y la determinación de la competencia administrativa para tramitar y resolver los procedimientos sancionadores incoados con tal motivo, ha incorporado la necesidad de que al mero incumplimiento por parte de un sujeto de cualquiera de las restricciones de la libertad incluidas en los Decretos que rigen la vigencia del estado de alarma haya de añadirse que «sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento» para considerar que pueda incurrirse en las sanciones previstas en la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana, lugar en el que recalcan los sucesivos reenvíos que efectúan los Decretos de instauración del estado de alarma y la propia Ley Orgánica 4/1981.

⁹ Véase el excelente análisis etc que lleva a cabo TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «Derecho administrativo sancionador, estado de alarma y COVID-19», en Blanquer Criado, D. (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 265 ss. *Vid.*, también, JIMÉNEZ MORIANO, O., *Régimen sancionador y punitivo durante la pandemia*, Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2020.

Este conflicto se ha escenificado en la mayor parte de las sentencias que han ido apareciendo de los juzgados de lo contencioso-administrativo al hilo de la resolución de los recursos sobre las sanciones impuestas en base al criterio de la Comunicación del Ministerio del Interior de abril de 2020 con base al artículo 36.6 de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana, dejando sin efecto sanciones que habían sido impuestas por la mera constatación por parte de los agentes de Policía o Guardia Civil del incumplimiento de las restricciones establecidas por los Decretos 463/2020 y 926/2020. Esas sentencias están anulando, por tanto, las sanciones impuestas sin que medie ninguna conminación previa por parte de los agentes que redactan el boletín de denuncia. En caso de que el ciudadano resulte advertido de la infracción de la medida restrictiva de la libertad y que en ese momento proceda a la subsanación sin más (irse a su domicilio si está en la vía pública fuera de horario, ponerse la mascarilla en ese momento, dejar de fumar en lugares no permitidos, etc.) no resultaría aplicable la sanción dispuesta en el artículo 36.6 de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana¹⁰.

La confluencia del criterio del Informe de la Abogacía General del Estado con la jurisprudencia menor más relevante hasta la fecha viene a sintetizarse en la idea de que el mero incumplimiento de la norma no integra de por sí el tipo de la infracción prevista en el artículo 36.6. de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana. No ha de confundirse «incumplimiento» con «desobediencia», y ha de partirse de la idea de que las normas no se «desobedecen» sino que se «incumplen». La «desobediencia» tiene como destinatario a un sujeto pasivo, persona física, y el «incumplimiento» tiene como objeto una disposición normativa o un acto administrativo. Para la aplicación de la sanción anudada como consecuencia jurídica lógica de la infracción del artículo 36.6. de la citada Ley es necesario que los agentes de la autoridad conminen previamente de modo reconocible, expreso, claro y preciso al ciudadano al cumplimiento de lo dictado en la norma, en este caso en el contenido del Decreto que establece las restricciones a la libertad individual derivadas del estado de alarma. Solo a partir de ese momento comenzará a integrarse el tipo objetivo de la infracción administrativa y será posible la apreciación de la «desobediencia» como elemento básico y esencial alrededor del que gira la imposición de la sanción.

¹⁰ Véase, entre otras, la Sentencia núm. 201/2020, de 19 de octubre de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Vigo; Sentencia núm. 160/2020, de 23 de noviembre de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de León.

III. El margen de aplicabilidad del delito de desobediencia

Establece el artículo 36.6 de la Ley 4/2015 que serán infracción administrativa la resistencia y la desobediencia *cuando no sean constitutivas de delito*. Esta mención expresa a la interdicción del *bis in idem* en la relación hipotética de la infracción administrativa con el delito de desobediencia nos conduce, directamente, al análisis de este último. Veamos en qué términos se regula del delito de desobediencia en el Código penal y, sobre todo, veamos cuál o cuáles pueden ser las pautas interpretativas que constituyan una guía para la aplicación de ambos, infracción administrativa o delito, a las conductas que tienen que ver con las infracciones de las disposiciones limitativas de la libertad individual durante la vigencia de los Decretos que instauran el estado de alarma vigente, y en especial las infracciones al toque de queda.

En nuestro ordenamiento el delito de desobediencia se regula en el artículo 556.1 del Código penal, junto al delito de resistencia, en el mismo precepto, y dentro de una amalgama de tipos penales de muy discutido agrupamiento a lo largo de todo el Título XXII del Libro II del Código, bajo la rúbrica de los «Delitos contra el orden público». Muy criticada por la comunidad científica resulta la convivencia bajo este bien jurídico de tipos que van desde la sedición, hasta los recientes delitos de organización criminal o grupo criminal, introducidos por la Ley Orgánica 5/2010, pasando por la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos. Discutido resulta, también, el contenido, alcance y concreción el propio bien jurídico «orden público»¹¹.

Pero más discutida aún si cabe resulta, sobre todo, por su alcance y significación y por la alteración de los principios de proporcionalidad e intervención mínima, inherentes a las garantías penales constitucionalmente asentadas por la doctrina y jurisprudencia, la reforma que han sufrido muchos de los tipos de este Título XXII por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo¹², que ha supuesto la anticipación de la punición penal a muchos de los que anteriormente se consideraba actos preparatorios de los desórdenes públicos recogidos en los artículos 557

¹¹ JUANATEY DORADO, C., «Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm.120, diciembre 2016, pp. 39 ss.

¹² COBO OLVERA, T., *Los principios de la potestad sancionadora. Su aplicación a las infracciones y sanciones por incumplimiento de las normas dictadas durante el estado de alarma (COVID-19)*, Editorial Aferre, Barcelona, 2020, pp. 79 ss.

y siguientes¹³. En particular, llama la atención García Rivas acerca de la pervisión de las consecuencias que tiene sobre las conductas de desobediencia leve la despenalización de las faltas que lleva a cabo la reforma de 2015, y que ha trasladado al castigo mediante las duras sanciones económicas de la ley de protección de la Seguridad Ciudadana conductas que antes caían bajo la aplicación del extinto artículo 634 del Código penal¹⁴.

El artículo 556 del Código penal establece que:

Artículo 556.

1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
2. Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses.

Conviven en el mismo precepto dos delitos diferenciables, y tradicionalmente diferenciados. El de resistencia a la autoridad, a sus agentes en el ejercicio de sus funciones o al personal de seguridad privada, por un lado, y el de desobediencia «grave» a los mismos sujetos pasivos, por otro. Caen dentro del ámbito del precepto las conductas de desobediencia «grave», quedando, en lo que a nosotros respecta, para el ámbi-

¹³ Vid., entre otros, ALONSO RIMO, A., «Orden público y adelantamiento de la línea de defensa penal. A propósito de la reforma de los delitos de desórdenes públicos», en CUERDA ARNAU, M. L./GARCÍA AMADO, J. A., *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 83-118; CUERDA ARNAU, M. L., «Atentados y resistencia (arts. 550 ss.)» y «Desórdenes públicos (arts. 557.1.º y 557 bis)», en González Cusac, J. (Dir.), Matallín Evangelio, A./Górriz Royo, E. (Coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1281 a 1300; GARCÍA RIVAS, N., «Delitos de atentado, resistencia y desobediencia» y «Desórdenes públicos», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la Reforma de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 779 a 787; PERIS RIERA, J., «Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional», en Morillas Cueva, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 875 a 887; QUINTERO OLIVARES, G., «Derecho de manifestación y desórdenes públicos», en CUERDA ARNAU, M. L./GARCÍA AMADO, J. A., *Protección jurídica...*, op. cit., pp. 141 ss.; AA.VV. (Grupo de Estudios De Política Criminal), *Manifiesto por una nueva política criminal en materia de espacio y orden públicos*, Bilbao, 16 de abril de 2016.

¹⁴ GARCÍA RIVAS, N., op. cit., p. 777.

to del artículo 36.6 de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana las conductas de desobediencia que no accedan a la calificación como grave a los efectos del Código penal.

Realmente, una vez desarrollada, en lo que antecede en este trabajo, la situación de las infracciones y sanciones de naturaleza administrativa para las conductas de desobediencia y llegados al análisis del tipo penal el núcleo de nuestro trabajo y de nuestros propósitos interpretativos pasa necesariamente por destilar la confluencia entre las sanciones administrativas establecidas en la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana y el delito de desobediencia, teniendo en cuenta que todo girará alrededor de ese elemento valorativo del tipo que reserva la intervención penal para los actos que consistan en desobedecer *gravemente*. De la interpretación de ese elemento y de la resolución de la cláusula de *ne bis in Ídem* contenida en el artículo 36.6 de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana dependerá la posibilidad de ofrecer criterios claros a los operadores jurídicos sobre la aplicación del tipo penal, en especial a las conductas que puedan suponer la vulneración de las normas limitadoras de la libertad individual derivadas de los Decretos de declaración del estado de alarma, y particularmente de la permanencia en la vía pública tras el toque de queda, en el horario que cada Comunidad Autónoma haya establecido. También hemos de aportar una interpretación acorde con la existencia en el mismo precepto del Código penal del delito de resistencia (en este caso no grave) que delimitará «por arriba» la aplicabilidad del propio delito de desobediencia grave.

En esa labor no ayuda la sucedánea interpretación pretendidamente «auténtica» que lleva a cabo la Comunicación del Ministerio del Interior a los Delegados del Gobierno, de 14 de abril de 2020, a la que se ha aludido anteriormente, y que extendería la aplicación de la infracción del artículo 36.6 de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana a todos los incumplimientos de cualquiera de las restricciones de la libertad individual que impongan los Decretos de declaración sucesiva del estado de alarma.

En la relación entre la sanción administrativa y el ilícito penal (no solo en el caso de las sanciones administrativas de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana y el delito de desobediencia, sino allá donde exista una relación de subordinación y confluencia similar en cualquier ámbito del poder punitivo del Estado) ha de priorizarse la vigencia de los principios de intervención mínima, *ultima ratio* y, por supuesto, la ponderación de la proporcionalidad imprescindible en la interpreta-

ción del alcance de una y otro. Solamente atendiendo a esos principios podremos establecer un régimen de aplicabilidad de la sanción administrativa, a unos supuestos fácticos, y del delito, a otros, conforme a la lógica intrasistemática del ordenamiento jurídico, y conforme, también, a los principios constitucionales que irrigan a todo el Derecho sancionador.

Para analizar la extensión de la aplicabilidad de la infracción administrativa, por un lado, y del tipo penal de desobediencia, por otro, al espectro de conductas que vulneran las restricciones derivadas del estado de alarma y respetar esos principios se debe llevar a cabo una interpretación «de abajo a arriba», o si se prefiere expresar así «de menor a mayor gravedad». De no realizar esa interpretación piramidal comenzando por la concreción del alcance de la infracción administrativa corremos el riesgo de ampliar y extender la aplicabilidad del tipo penal, en la cúspide de la pirámide, a supuestos de hecho que anteceden la *ultima ratio* que justifica su existencia.

Siguiendo la tendencia de los juzgados de lo contencioso-administrativo que van resolviendo los recursos ordinarios frente a las sanciones administrativas impuestas desde el 14 de marzo de 2020, y adhiriéndonos al criterio de la Abogacía General del Estado, la aplicación de la sanción prevista en el artículo 36.6 de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana requiere «conminación previa» por parte de la autoridad que requiere al ciudadano para el cumplimiento de cualquiera de las restricciones de la libertad que integren la situación de estado de alarma. Permanencia en la vía pública rebasado el horario del toque de queda, traslado fuera del perímetro determinado por las Comunidades Autónomas o no llevanza de la mascarilla en los lugares donde resulta de obligatorio uso, por citar los comportamientos más comunes en la casuística de infracciones posibles.

También es requisito del delito de desobediencia la existencia de una orden o mandato directo, expreso y terminante dictado por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones y que tal orden imponga al particular una conducta activa o pasiva, dirigiendo tal orden de forma expresa y terminante al sujeto activo del delito con los apercibimientos oportunos (SAP Barcelona 391/2020, de 21 de octubre, que resuelve los recursos por condenas por delitos de resistencia a los manifestantes que se unieron como cadena humana para impedir a los Mossos d'Esquadra entrar en el Palacio de la Generalitat tras la fa-

llida investidura de Puigdemont, condenando por desobediencia grave en vez de por delito de resistencia)¹⁵.

La jurisprudencia recoge de forma unánime las condiciones de ese mandato o requerimiento previo imprescindible para la aplicabilidad el delito: a) el carácter terminante, directo o expreso de la orden dictada por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, debiendo imponer al particular una conducta activa o pasiva; b) su conocimiento, real y positivo, por el obligado; c) la existencia de un requerimiento por parte de la autoridad, sin que sea preciso que conlleve el expreso apereamiento de incurrir en delito de desobediencia caso de incumplimiento; d) la negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz a la misma, que revela el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad; y e) en todo caso, debe alcanzar una especial gravedad al objeto de diferenciar el delito de la falta hoy derogada de desobediencia prevista en el antiguo artículo 634 del Código Penal (STS 1219/2004, de 10 de diciembre y SAP A Coruña, 405/2020, 8/10/2020, resolviendo un recurso de apelación frente a una condena en primera instancia por vulneración confinamiento COVID cometido en abril de 2020).

En cuanto a los aspectos formales, la orden dictada por la autoridad o sus agentes debe conllevar la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes, y debe hallarse dentro de sus legales competencias. Se requiere que dicha orden, la conminación que se desobedece, lo que constituye el objeto de la desobediencia (no la norma de la que proviene dicha conminación, como ya se ha dicho anteriormente) esté revestida de todas las formalidades legales y haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, en caso de que sea hecha por escrito, o que se comunique de modo claro e indubitado al sujeto activo del delito, en caso de que sea hecha oralmente, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido (Auto del TS de 7 de julio de 2016)¹⁶.

¹⁵ Véase, también, GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», y también PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Caso «Aturem el Parlament»: una cuestión de atipicidad, no (solo) de ponderación», ambos trabajos en Cuerva Arnau, M. L./García Amado, J. A. (Dirs.), *op. cit.*, pp. 193 ss. y 171 ss., respectivamente.

¹⁶ Véase también JAVATO MARTÍN, A. M., «Comentario al artículo 556 del Código penal», en Gómez Tomillo, M./Javato Martín, A. M. (Dirs.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Tomo VI, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 461.

En cuanto al tipo subjetivo del delito, como señala la STS de 2 de marzo de 1998, «el delito de desobediencia se manifiesta cuando concurren los elementos que lo integran, uno, objetivo, constituido por la negativa al cumplimiento, y otro, subjetivo, por la voluntariedad e intencionalidad de la conducta». La resistencia del requerido a cumplir aquello que se le ordena debe revestir la naturaleza del dolo de desobedecer. El dolo de desobedecer implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo de forma deliberada. Destaca la STS de 29 de mayo de 2012 que «(...), el elemento subjetivo del delito de desobediencia requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal y el propósito de incumplir, revelado por manifestaciones explícitas o implícitamente por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden».

Si hemos manifestado anteriormente que la aplicación de la infracción administrativa prevista en el artículo 36.6. de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana exige «conminación previa» por parte de la autoridad o sus agentes y, asimismo, convenimos que esa «conminación previa» (con los requisitos que se han expuesto en el párrafo anterior) forma parte del tipo objetivo del delito de desobediencia, el elemento distintivo del delito respecto de la infracción administrativa será la «gravedad» de la conducta. Dicha «gravedad», servía para la distinción entre el delito del artículo 556.1 del Código penal y la falta de desobediencia, hoy en día despenalizada (STS de 20 de enero del 2010).

La gravedad, como elemento valorativo y abierto del tipo de desobediencia, requiere una interpretación del hecho acorde con su entidad en relación con el bien jurídico protegido (STS de 19 de enero de 2015) y se agrega al resto de los elementos que ya desde hace años ha desarrollado la jurisprudencia y que se han expuesto anteriormente. «Queda claro que la desobediencia tipificada en el nuevo artículo 556.1 del Código penal es la de carácter grave» (STS de 17 de junio de 2016 y STS de 3 de febrero de 2016). Destaca la STS de 29 de mayo de 2012 que «... lo importante es que la conducta del agente sea contumaz o intensamente rebelde al cumplimiento de su obligación, que es lo que la dota de la gravedad suficiente como para diferenciarla de la falta equivalente (...). Téngase en cuenta que a la fecha de esa resolución estaba vigente la falta de desobediencia. Prosigue la Sentencia «... el elemento subjetivo del delito de desobediencia requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal y el propósito de incumplir, revelado por manifestaciones explícitas o implícitamente por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden». «Para la valoración de la

gravedad de la desobediencia, la jurisprudencia recurre a una serie de criterios, como la reiterada y manifiesta oposición al cumplimiento de la orden legítima, la mayor o menor trascendencia de la orden, el origen del mandato, la forma de incumplimiento, o la persistencia de la negativa, la contumaz y recalcitrante negativa a cumplir la orden...» (SAP Pamplona, 171/2020, de 6/10/2020).

En definitiva, podemos convenir como patrón interpretativo para la aplicación del delito de desobediencia grave a aquellas conductas que van más allá del mero incumplimiento de la conminación previa requerida para la infracción administrativa del artículo 36.6 de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana que es preciso que esas conductas impliquen una actitud que agrave el mero incumplimiento de la conminación inicial, por ser resistente, contumaz, persistente o reiterado, careciendo de alguna de las justificaciones que la normativa que establece las limitaciones a la libertad derivadas de la situación de estado de alarma contemple¹⁷. Si la conminación previa es requisito imprescindible para la aplicación de la infracción administrativa prevista en el artículo 36.6 de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana para los actos de desobediencia a la autoridad, la suma de ambas condiciones, conminación previa y persistencia, deben coexistir simultáneamente para la aplicación del delito de desobediencia previsto en el artículo 556.1 del Código penal.

Cualquier aparición de *vis física*, en distinta intensidad, provocará la aplicación de los delitos de resistencia o incluso de atentado, salvo que la resistencia sea exclusivamente pasiva, en cuyo caso la jurisprudencia aplica el delito de desobediencia. Pero analizar todo ello detenidamente sería objeto de otro trabajo¹⁸.

¹⁷ Vid. referencias a resoluciones judiciales en aplicación del delito de desobediencia vigente el estado de alarma derivado del coronavirus en JIMÉNEZ MORIANO, O., *op. cit.*, pp. 96 ss.

¹⁸ Vid. la relación de posibilidades de aplicación de los delitos de resistencia y atentado cuando aparezca la fuerza física en la conducta del sujeto activo en MAGRO SERVET, V., «El reproche penal a los actos de desobediencia a agentes de la autoridad en el periodo de Estado de Alarma por el Coronavirus», *Diario La Ley*, núm. 9604, Wolters Kluwer, marzo 2020.

LA PROTECCIÓN DEL CLIMA: ¡TAMBIÉN ES TAREA DEL DERECHO PENAL!

HELMUT SATZGER
LMU Munich

Conozco a Luis Arroyo desde los primeros días de mi carrera académica y durante todo este tiempo siempre ha sido una referencia para mí, no solo a nivel académico sino también, y sobre todo, a nivel personal. Acompañó mis primeros pasos en el derecho penal europeo y mis intentos de afianzarme en el ámbito internacional de la lengua española. Afortunadamente, son muchos los eventos y proyectos nos han reunido constantemente: seminarios germano-españoles, en los que también participaban mi maestro *Werner Beulke* y el discípulo de *Luis*, *Adán Nieto* (con el que me une desde hace muchísimos años una intensa amistad y una fructífera colaboración en el marco de la «European Criminal Policy Initiative»). También hemos tenido la suerte de coincidir en numerosas conferencias y reuniones en España y América Latina. Siempre que he tenido el placer y el honor de coincidir con el homenajeado, ha constituido para mí una experiencia fructífera. Cada vez estaba seguro de haber «aprendido» algo nuevo. Porque cuando *Luis* explica algo, por muy complejo que sea el tema, sabe mostrar a todo el mundo dónde reside el problema, utilizando ejemplos agudos y contundentes, formulados en un lenguaje cristalino. Al presentar sus argumentos, no le preocupa «tener razón». Apoyándose en su profunda formación, sobre todo histórica y filosófica, y en su personal y honesta motivación para las cuestiones –en su mayoría fundamentales– que plantea, sabe convencer y cautivar a sus oyentes. Por ello, pero también porque siempre lo he sentido como un colega increíblemente simpático, comprensivo, sociable y divertido, puedo decir sin temor a equivocarme que se ha convertido en un verdadero amigo para mí, al que admiro y aprecio profundamente. Contribuyo a este homenaje con una

aportación que sé que es muy importante no solo para mí¹ sino también para él.

I. Necesidad y medidas para combatir el cambio climático

Hace unos meses, el buque de investigación «Polarstern» regresó de la mayor misión internacional de investigación realizada en el Polo Norte hasta la fecha. El jefe de la llamada «expedición Mosaico» resumió así sus impresiones:

«Sí, luego nos dirigimos desde el norte de Groenlandia hacia el Polo Norte, a través de una zona donde normalmente hay hielo grueso, en parte perenne, donde incluso los rompehielos se atascan fácilmente. Sin embargo, encontramos hielo completamente descompuesto, vastas extensiones de agua abierta, en algunos casos hasta el horizonte, casi hasta el Polo Norte. Incluso directamente en el polo, el hielo estaba completamente derretido, erosionado, plagado de agujeros, de estanques productos del deshielo. Vimos morir el hielo marino del Ártico. Y la desaparición del hielo tendrá graves repercusiones en el tiempo y el clima, incluso donde vivimos. Ver morir el hielo duele. Debemos hacer todo lo posible por preservarlo para las generaciones futuras»².

Este relato de primera mano es impactante, pero no es en absoluto sorprendente. No hace falta mirar tan lejos, a las regiones polares. El retroceso de los hielos solo es un indicador evidente de las consecuencias, unas existentes y otras inminentes, del cambio climático en otros lugares: estamos perdiendo gradualmente nuestros glaciares, que supuestamente eran parte integrante de la superficie terrestre, y por ello también se les denominaba «hielos eternos». Un término que cada vez se demuestra más falso. Porque los glaciares están muriendo: En 2019, Islandia celebró simbólicamente el funeral por su primer glaciar desaparecido, el *Okjökull*, con la tristeza añadida, como reza en la placa

¹ Los trabajos preliminares sobre el «derecho penal del clima» y este texto pueden encontrarse en SATZGER/V. MALTITZ, ZStW 2021, 1 ss. así como Satzger, en Bondi U. A. (ed.), *Studi in onore die Lucio Monaco*, 2021, pp. 865 ss. En este sentido, tengo una deuda de gratitud con mi asistente de investigación. Nicolai V. Maltitz, LL. M. (Columbia, UvA), así como a mis asistentes de investigación Sophie Kargruber y Franz-Xaver Lehmeier por sus valiosas sugerencias y numerosas discusiones constructivas.

² *Süddeutsche Zeitung* v. 13 de octubre de 2020, cfr. <https://www.sueddeutsche.de/politik/polarstern-expedition-arktis-1.5063040>.

conmemorativa, de que todos los glaciares islandeses seguirán el mismo camino en los próximos años³. La misma suerte corren los glaciares de la región alpina: en Suiza, también se realizó el funeral del «Glaciar Pizol» en septiembre de 2019⁴. Los Alpes bávaros también se enfrentan a un futuro sin hielo glacial, tres cuartas partes de las masas glaciares de Baviera han desaparecido en los últimos 200 años. La superficie total de los cinco glaciares bávaros restantes es ahora de apenas cincuenta hectáreas, lo que equivale aproximadamente al tamaño del Oktoberfest de Múnich⁵.

La extinción de los glaciares es un síntoma evidente del cambio climático provocado por el hombre, cuyas posteriores consecuencias para la naturaleza y la humanidad anuncian una futura catástrofe climática: el deshielo acelerado está provocando la subida del nivel del mar en todo el mundo. Asimismo, la pérdida de glaciares en algunas regiones –como en La Paz (Bolivia)⁶– está provocando una escasez masiva de agua. Además, los fenómenos meteorológicos de corta duración se están intensificando debido al cambio climático en forma de fuertes lluvias, sequías y olas de calor. El cambio climático está alterando las condiciones de vida en una medida sin precedentes. Incluso está en juego la existencia de Estados (insulares) enteros, como Vanuatu, Tonga, Dominica, las Islas Salomón o Fiyi⁷.

Afortunadamente, la concienciación sobre los peligros del cambio climático ha aumentado considerablemente en los últimos años⁸, especialmente (y esto alimenta las esperanzas para el futuro) entre las generaciones más jóvenes. Movimientos como *Fridays for Future* (Viernes por el Futuro) y su homólogo *Scientists for Future* (Científicos por el Futuro) han movilizado a multitud de personas en todo el mundo, sacándolas a la calle como casi ningún otro movimiento lo había hecho antes.

La comunidad internacional también ha dado un gran paso adelante, al menos formalmente: Con el Acuerdo de París sobre la protección

³ «Death of a Glacier», artículo de Deutsche Welle, 19 de agosto de 2019, <https://www.dw.com/de/weltweit-sterben-die-gletscher/g-50078907>.

⁴ Silvana GUANZIROLI, «El primer glaciar suizo ha muerto», <https://www.bluewin.ch/de/news/schweiz/erster-schweizer-gletscher-ist-tot-gedenkfeier-fuer-den-pizol-geplant-289174.html> (20 de agosto de 2019).

⁵ «Los Alpes bávaros pronto sin hielo perpetuo», en *BR Wissen*, <https://www.br.de/klimawandel/gletscher-bayern-alpen-schmelzen-klimawandel-100.html> (12 de noviembre de 2020).

⁶ Th. KRUCHEM, «Agua para Bolivia», <https://www.swr.de/swr2/wissen/broadcast-contrib-swr-11156.html> (25 de marzo de 2019).

⁷ Cfr. Índice de Riesgo Mundial, véase *Bündnis Entwicklung Hilft*, *World Risk Report 2020*, <https://weltrisikobericht.de/wp-content/uploads/2020/09/WeltRisikoBericht-2020.pdf>, p. 7.

⁸ Comisión Europea, Eurobarómetro especial 490 v. abril 2019, p. 3 (https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/support/docs/report_2019_en.pdf).

del clima⁹, por primera vez (casi) todos los países se han puesto de acuerdo de forma jurídicamente vinculante sobre el objetivo de un calentamiento global máximo «muy por debajo de los 2 °C», y el objetivo de la «neutralidad climática» se apunta explícitamente para la segunda mitad del siglo. La escandalosa retirada de EEUU de este acuerdo bajo la administración Trump ha sido afortunadamente revertida por el nuevo presidente *Biden*, lo que da motivos para la esperanza¹⁰.

II. El objetivo de la neutralidad climática.

En la Unión Europea, la Comisión Europea presentó en diciembre de 2019 el ambicioso proyecto del «Green Deal», un paquete de medidas muy amplio y a largo plazo que pretende provocar un cambio ecológico sostenible. El objetivo declarado es que Europa sea el primer continente en alcanzar la «neutralidad climática» en 2050. Una «ley climática» propuesta por la Comisión pretende hacer *legalmente vinculante* la consecución del objetivo de neutralidad climática para 2050.

La «neutralidad climática» es también el objetivo del Acuerdo de París mencionado anteriormente. Este es el objetivo global que la Ciencia del clima lleva tiempo reclamando para tener una oportunidad realista de superar la crisis climática. En los últimos años, los Estados más progresistas se han comprometido con este fin, considerando la neutralidad climática un objetivo *jurídicamente vinculante* a medio plazo de su política climática. Suecia, el Reino Unido y Francia, por ejemplo, aprobaron leyes de gran alcance por las que se comprometen a la «neutralidad climática» para 2045 y 2050, respectivamente. Otros países, en *todo caso, se han comprometido políticamente a alcanzar* el objetivo en las próximas décadas. Evidentemente, se ha producido un cambio de conciencia decisivo. En este contexto, no es de extrañar que la neutralidad climática sea ahora un término positivo que se utiliza incluso en la publicidad¹¹.

⁹ Acuerdo de París de 12 de diciembre de 2015; para el texto, véase <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>.

¹⁰ S. FAZ-net v. 20 de enero de 2021, «Biden vuelve al acuerdo climático de París», <https://www.faz.net/aktuell/politik/von-trump-zu-biden/usa-biden-leitet-rueckkehr-zu-pariser-klimaschutzabkommen-ein-17157135.html>.

¹¹ Las cadenas de supermercados anuncian sus acciones como neutras desde el punto de vista climático, por ejemplo Aldi-Süd: «Actuamos de forma neutra desde el punto de vista climático», véase <https://www.aldi-sued.de/de/nachhaltigkeit/umwelt/klimaschutz/klimaneutralitaet.html>; los productos se anuncian como «producidos de forma neutra desde el punto de vista climático», por ejemplo Solarbräu como «la primera cerveza alemana producida de forma neutra».

Sin embargo, en todo este debate, la cuestión de lo que significa realmente el término «clima neutro» se descuida regularmente, lo que afecta a la relevancia de la obligación jurídica de neutralidad climática como parte del ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista penal, lo anterior plantea, sobre todo, la apasionante pregunta: ¿qué implicaciones tiene esta obligación para cada individuo y, en última instancia, para nuestro sistema de justicia penal? ¿Se vislumbra en el horizonte la aparición de un nuevo campo del derecho, un «derecho penal climático»¹²?

III. La comprensión de la neutralidad climática

La «neutralidad climática» es cualquier cosa menos un concepto sencillo de entender. A pesar de la ambigüedad conceptual, el estado de neutralidad climática no significa un cese absoluto de las emisiones de gases de efecto invernadero, combinado con la paralización absoluta e incondicional de la destrucción de los llamados sumideros o reguladores del clima (por ejemplo, bosques y humedales), que eliminan naturalmente el CO₂ de la atmósfera. Esta pretensión sería completamente irreal: después de todo, cada respiración que hacemos está asociada a una emisión de CO₂. Por lo tanto, el objetivo es alcanzar un estado de *equilibrio* en el sentido de «emisiones netas cero», en el que no se emitan más gases de efecto invernadero de los que se eliminan de la atmósfera de forma natural mediante la actividad de los reguladores climáticos (en el futuro posiblemente también de forma artificial, mediante la llamada «eliminación de dióxido de carbono») o mediante procesos de reacción naturales. La neutralidad climática constituye, por tanto, en última instancia, la *comparación matemática de las emisiones*, por un lado, y su compensación, por otro. Si, como ocurre en la UE y en un número cada vez mayor de países, este concepto de neutralidad climática adquiere un carácter jurídicamente vinculante, ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas? Hasta ahora, esta cuestión ha permanecido en gran medida inexplorada. Sin embargo, como veremos en un momento, es de gran importancia para el sistema jurídico y muy especialmente cuando se piensa en un derecho penal climático.

desde el punto de vista climático», véase <https://www.ingenieur.de/technik/fachbereiche/umwelt/solarbraeu-deutschlands-erstes-klimaneutral-hergestelltes-bier/>.

¹² Sobre el concepto de «derecho penal climático», véase ya SATZGER/V. MALTITZ, ZStW 2021, 1 ss.

IV. Las consecuencias de una obligación legal de neutralidad climática

Los ambiciosos objetivos climáticos del Acuerdo de París y todos aquellos ordenamientos jurídicos que se han fijado el objetivo de la neutralidad climática están sometiendo a la sociedad y al sistemas económico a escala mundial a una presión considerable. Hoy en día ya es evidente que los máximos de calentamiento previstos difícilmente se alcanzarán. Todo Estado que quiera alcanzar la neutralidad climática y se comprometa a ello debe garantizar, mediante considerables esfuerzos económicos y políticos, y en última instancia también jurídicos, que esta situación puede alcanzarse y, una vez alcanzada, mantenerse.

En concreto, esto significa que todos los Estados, con el fin de cumplir las obligaciones que les impone el derecho internacional, no pueden seguir produciendo o tolerando emisiones *sin ofrecer una compensación adecuada*, al menos *a partir del momento en que la neutralidad climática se considere prioritaria*. Esto implica la existencia de una «prohibición con reserva de autorización»¹³. En cuanto que esta prohibición no persigue una finalidad insignificante las infracciones no pueden considerarse simplemente una sanción administrativa, pues el objetivo de esta prohibición es, nada más y nada menos, que preservar la base de la vida humana, en el corto espacio de tiempo de que disponemos para poder evitar –y solo posiblemente– la crisis climática. Es difícilmente concebible que pueda haber un bien más elevado a proteger que la preservación de los fundamentos de la vida humana, especialmente en una crisis existencial como ésta. Independientemente de cómo se definan los requisitos para el uso del derecho penal: representa una opción plausible e incluso obligada que la violación culpable de esta prohibición –en las circunstancias actuales– debe ser susceptible de sanciones penales, es decir, es *merecedora de sanción*.

Lógicamente, el hecho de que estos comportamientos infractores puedan ser finalmente *merecedoras de sanción penal* depende en última instancia la existencia de posibles alternativas a la sanción penal y especialmente a su proporcionalidad: Este aspecto debe examinarse meticolosamente, ya que las emisiones están relacionadas con un enorme abanico de comportamientos humanos. Mientras que en el caso de las emisiones industriales emitidas a gran escala se podría pensar en impo-

¹³ Este es también el caso, por ejemplo, del derecho penal medioambiental, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, 4.^a ed. 2019, § 7 Rdn. 145.

ner sanciones penales, incluso severas y que afectaran también a las personas jurídicas, incluso severas, en el caso de acciones cotidianas bastaría con la imposición de sanciones «en sentido amplio» (multas administrativas o sanciones simbólicas).

A la pregunta de sí el derecho penal debe contribuir a alcanzar la «neutralidad climática» debe responderse no solo teniendo en cuenta únicamente las sanciones clásicas, no se trata solo de imponer penas privativa de libertad, multas o sanciones administrativas. Si el objetivo del «derecho penal climático» es la protección del clima, porqué no buscar sanciones que persigan directamente este objetivo, es decir, ¿por qué un «derecho penal climático» –además de las sanciones clásicas para los delitos graves– no debe dotarse también «sanciones inteligentes»? Podría tratarse de sanciones basadas en exigir al «infractor» que participara activa o financieramente en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, a través de la participación en medidas de reforestación o la financiación de proyectos climáticos realizados en otros lugares. También sería concebible una «orden» con el fin de que apoyara activamente programas climáticos personalmente o, por ejemplo, que se constituyera en un «embajador climático» con el fin de informar a la sociedad acerca de los peligros del cambio climático o comportamientos sostenibles¹⁴. Dichas sanciones –algunas de las cuales, obviamente, solo son penales en el sentido más amplio– desplegarían un efecto preventivo principalmente especial en¹⁵ el caso concreto, pero en última instancia podrían, por supuesto, tener también un¹⁶ efecto preventivo general y, por tanto, contribuir de forma potencialmente significativa a la protección del clima.

V. El tortuoso camino hacia un derecho penal del clima

Aunque, por un lado, ha quedado claro que el derecho penal debe contribuir a alcanzar el objetivo de la neutralidad climática jurídicamente vinculante y que, por otro, que la protección preventiva del clima debe perseguirse de modo razonable utilizando un catálogo adecuado de *smart sanctions* de carácter penal, hay una serie de obstáculos fundamentales que deben examinarse y superarse, pues necesariamente aparecerán a la hora de tipificar los delitos relacionados con el derecho climático.

¹⁴ Véase, por ejemplo, <http://www.klimabotschafter.de/verein/>

¹⁵ MAIER, en *Münchener Kommentar zum StGB*, 4.^a ed. 2020, § 46 Rdn. 57 ss.

¹⁶ MAIER, en *MüKo-StGB* (nota 15), § 46 Rdn. 69 ss.

1. *Problemas básicos*

El hecho de que el enfoque penal del cambio climático esté todavía en sus comienzos –a pesar de la importancia fundamental generalmente reconocida del cambio climático y sus consecuencias– se debe, en mi opinión, a dos razones:

– En primer lugar, la protección del clima en el contexto del derecho penal se considera generalmente garantizada por el derecho penal medioambiental. Por ejemplo, el art. 191 párrafo 1, 4.º del TFUE, solo menciona la lucha contra el cambio climático como una «subcuestión» dentro de la política medioambiental de la UE, con lo que se pasan por alto las características singulares y peculiaridades de la protección del clima.

– En segundo lugar, la indiscutible globalidad de la protección del clima no está suficientemente reconocida en el contexto del derecho penal, donde el bien jurídico está fragmentado en los respectivos derechos penales nacionales. Se sigue considerando erróneamente que los Estados tienen un poder de disposición autónomo (sin restricciones) sobre las emisiones perjudiciales para el clima, con la consecuencia de que las administraciones nacionales «aprueban» (incondicionalmente) dichas emisiones. No obstante, el que los Estados puedan llevar a cabo una «legalización» de las emisiones de esta manera resulta cada vez más dudoso. Las condiciones para la existencia de un derecho penal climático debe contemplarse, por ello, bajo una luz completamente nueva.

2. *Cuestiones relativas a la relación de causalidad y la imputación objetiva: el cambio de paradigma en la determinación del interés protegido de un derecho penal climático*

a) Hasta ahora, la cuestión del derecho penal para la protección del clima solo se ha planteado en muy pocas ocasiones, y si lo ha hecho, ha sido de forma superficial y con resultados negativos. Esto se debe, en última instancia, a que se asume que no se puede demostrar la causalidad ni la imputabilidad objetiva¹⁷. Aunque esta objeción es fundamen-

¹⁷ Sobre las objeciones, véase en resumen FRISCH, GA 2015, 427; 434 y ss.; en general sobre los criterios de causalidad y atribución objetiva, véase solo WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 50. Aufl., 2020, Rdn. 225 ss. y. 253 ss.

tal y no puede ser desechada de plano, si se examina más detenidamente se comprueba que solo resulta sostenible cuando esta conexión se analiza *entre un comportamiento emisor concreto* –como delito– por un lado y un *daño concreto* consecuencia del cambio climático por otro.

b) Si, por ejemplo, se produce una lluvia inusualmente fuerte debido al cambio climático y una casa se inunda y sufre daños y se demuestra además que la lluvia torrencial fue «causada» por el cambio climático con una probabilidad que roza la certeza, no resultaría posible señalar ni un concreto emisor, ni su concreto comportamiento como responsable de los daños. Pues solo la suma de todas las emisiones de gases de efecto invernadero (que pueden ser bastante insignificantes en sí mismas) –más aún durante un periodo de tiempo muy largo– constituyen la causa del cambio climático. El daño que se produce a un bien jurídico individual (por ejemplo, la propiedad de la casa inundada) depende de una gran variedad de factores, quizá incluso coincidentes. Por lo tanto, es obvio que aunque se aplique la amplia *fórmula de la «conditio sine qua non»*¹⁸ –incluso incluyendo la figura jurídica de la «causalidad»¹⁹ acumulada– no se puede demostrar fácilmente la relación de causalidad. Las cosas se complican aún más cuando se tiene en cuenta el necesario correctivo normativo que a esta cuestión aporta la imputación objetiva.

c) Un daño concreto procedente del cambio climático no se presenta como «obra de un emisor específico» y, por tanto, no es *objetivamente atribuible a nadie*. En la mayoría de casos, la contribución de un individuo a la causalidad del cambio climático y sus consecuencias –considerada de forma aislada– no suele tener mucho peso y está asociada con frecuencia a comportamientos tan cotidianos como el uso de un vehículo de gasolina. Solo por esta razón, ni siquiera es posible hablar de la creación de un *perigo jurídicamente significativo*²⁰ como requisito para la atribución normativa del resultado. Es precisamente la acumulación de toda la contaminación no compensada de la atmósfera con gases de efecto invernadero desde el inicio de la industrialización lo que da lugar al cambio climático global y a sus consecuencias de gran alcance, y en última instancia también a los perjuicios que individualmente

¹⁸ Véase únicamente HEGER, en LACKNER/KÜHL, StGB, 29.^a ed. 2018, número marginal 9; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT* (nota 17), número marginal 226 y siguientes.

¹⁹ Cfr. BGHSt 37 131; con más detalle EISELE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 30.^a ed. 2019, Vor § 13 Rdn. 83; Kudlich, en: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 5.^a ed. 2021, Vor § 13 Rdn. 43.

²⁰ Cfr. WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT* (nota 17), nota marginal 258.

causa²¹. Por lo tanto, los instrumentos clásicos de atribución fallan inevitablemente si se pregunta por la conexión entre el comportamiento individual emisor y los daños climáticos.

d) Este resultado es, en última instancia, decepcionante cuando se reconoce que el cambio climático –como es completamente indiscutible en la ciencia actual– es, en última instancia, provocado por el hombre. Sin embargo, un examen más detallado, revela que las cuestiones de causalidad e imputación objetiva se han planteado hasta ahora de forma inexacta y demasiado amplia, incluso al principio. La protección del clima requiere de un tratamiento específico como ponen de manifiesto los conocimientos científicos existentes. Debemos enfocar el problema de otra manera y eso significa que el objeto de protección del derecho penal climático debe conformarse de otro modo: no debe concentrarse en la protección de los bienes jurídicos individuales, las peculiaridades que plantea la protección del clima solo pueden tenerse en cuenta cuando se considera que la *atmósfera terrestre y su capacidad de absorción de los gases de efecto invernadero es el bien protegido* por el futuro derecho penal del clima. No hay ningún «juego de manos» detrás de este cambio, sino una concepción del derecho penal climático que está en consonancia con los conocimientos científicos, que tienen y deben ser tenidos en cuenta en la justificación y configuración de los tipos penales climáticos. Conforme a ellos debe partirse de que pueden detectarse diferencias en la densidad de los gases de efecto invernadero en el espacio de territorios concretamente delimitados, lo que se debe a que debido al larguísimo tiempo de permanencia de los gases de efecto invernadero en la atmósfera²², estos mezclan en todo el mundo, es decir, a través de las fronteras, de una manera que puede determinarse científicamente. Esto demuestra claramente que el clima solo puede y debe entenderse como un *sistema globalmente uniforme*.

e) Si el derecho penal climático –correctamente considerado– tiene como objetivo la preservación de la atmósfera terrestre de la contaminación por gases de efecto invernadero y si se considera la atmósfera como el bien protegido del derecho penal climático, cualquier contaminación de la atmósfera con gases de efecto invernadero (especialmente CO₂), pero también cualquier destrucción de los sistemas

²¹ FRISCH, GA 2015, 427, 433; vgl. auch Mégret, Columbia Journal of Environmental Law 2011, S. 222.

²² IPCC, Cambio climático 2007: The Physical Science Basis. Contribución del Grupo de Trabajo I al Cuarto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) [Solomon, S., Qin, D., Manning, M. et al. (eds.)], S. 24.

reductores, por ejemplo, mediante deforestaciones masivas, las llamadas emisiones positivas, constituye un posible *delito*²³.

f) Las cuestiones de relación de causalidad e imputación objetiva –como elementos básicos del derecho penal climático– pueden responderse mucho²⁴ más fácilmente sobre esta base:

El resultado típico de un comportamiento delictivo en el marco del derecho climático consiste en el aumento de la concentración (media) de gases de efecto invernadero²⁵, siendo posible afirmar la relación causalidad en cuanto no se produzca en el mismo instante a través del propio comportamiento del autor una compensación adecuada de dichos gases (emisiones²⁶ *negativas*), y ello con independencia de otros comportamientos emisores. El concepto de neutralidad climática actúa en el ámbito típico a través del saldo global entre emisiones positivas y negativas. Incluso si esto se refiere a una obligación fundamental de compensar, todavía no dice en qué forma y por quién debe tener lugar la compensación en última instancia. Esto nos lleva a la conclusión de que conforme al derecho penal climático cualquier emisión no compensada es por sí misma considerada causa del resultado²⁷.

Por supuesto, la causalidad –como en otros casos– no debe quedar en ese punto. De lo contrario, el círculo de comportamientos típicos potencialmente relevantes sería demasiado amplio. Especialmente para el derecho penal climático debe utilizarse como factor limitador los correctivos normativos procedentes de la teoría de la *imputación objetiva*. Conforme a esta doctrina, un resultado solo puede atribuirse objetivamente a su autor cuando el frado de peligro generado es jurídicamente significativo y se realiza en el resultado en su concreta configuración²⁸. Este elemento el «peligro significativo» es el que debe desempeñar la función de filtro en el marco de un futuro derecho penal climático:

– Esto se aplica, en primer lugar, para excluir a determinadas emisiones de gases de efecto invernadero y de reguladores climáticos, por

²³ Cfr. SATZGER/V. MALTITZ, ZStW 2021, 1, 13.

²⁴ En detalle sobre esto SATZGER/V. MALTITZ, ZStW 2021, 1, 8 ss.

²⁵ Sobre la necesidad de «promediar» la concentración de gases de efecto invernadero, véase con más detalle SATZGER/V. MALTITZ, ZStW 2021, 1 ss.

²⁶ En particular, la forestación y la eliminación del dióxido de carbono en forma de captura y almacenamiento de CO₂. GASSER/GUIVARCH/TACHIIRI *et al.*, *Nature Communications*, vol. 6 (2015), p. 7958.

²⁷ SATZGER/V. MALTITZ, ZStW 2021, 1, 16.

²⁸ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT* (Nota 17), párrafo 258.

considerarlos neutrales en relación al cambio climático *antropogénico*²⁹. «Neutral» en este contexto significa que ciertos comportamientos siempre han formado parte de la vida humana y, por tanto, también del efecto invernadero *natural*. No cabe duda de que estas acciones siguen formando parte del sistema climático mundial en la actualidad. Sin embargo, no son la causa del cambio climático antropogénico. La ciencia del clima, que –como se ha visto– es relevante en la imputación objetiva, restringe las causas del cambio climático antropogénico a los comportamientos que se derivan del proceso de industrialización y que desde entonces se han convertido en la base de las sociedades industrializadas actuales.

– En el marco de la imputación objetiva, el elemento de «creación de peligro» ofrece³⁰ otro mecanismo para restringir la responsabilidad e impedir un derecho penal climático expansivo contrario al Estado de derecho: la exigencia de que exista un «peligro jurídicamente *significativo*» excluye, en última instancia, las conductas privadas cotidianas insignificantes. Los límites de lo «significativo» o «insignificante» podrían variar a medida que se intensifique la «crisis climática», de modo que este umbral podría disminuir visiblemente. Sin embargo, al menos en la actualidad, los «casos de bagatela» –como el encendido de un mechero o la tenencia de animales domésticos– quedarían en cualquier caso excluidos.

3. *Potencial «justificación» de las cargas útiles para la atmósfera: el cambio de paradigma hacia una prohibición fundamental de las emisiones sin compensación simultánea en una situación de neutralidad climática*

a) Sin embargo, aunque se puedan superar los problemas de imputación en el tipo, sigue existiendo un objeción que afecta a la utilidad del derecho penal climático: al menos desde el inicio de la industrialización, los comportamientos perjudiciales para el clima forman parte de los fundamentos del orden económico mundial. La determinación de la utilidad social de un comportamiento está en manos de los ordenamientos nacionales, a través del derecho administrativo³¹. El

²⁹ Cfr. SATZGER/V. MALTITZ, ZStW 2021, 1, 17.

³⁰ KUDLICH, en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, 5.^a ed. 2021, Vor § 13 Rdn. 57 ss; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT* (Nota 17), Rdn. 261.

³¹ KRELL, *Environmental Criminal Law*, 2017, p. 8.

derecho penal tiene, en el mejor de los casos, una función complementaria, de acompañamiento y de refuerzo de estas disposiciones³². Esto también explica la escasa importancia que actualmente tiene el derecho penal en relación a cuestiones de derecho climático en Alemania y en otros sistemas jurídicos nacionales: En este contexto, el castigo por la emisión de gases de efecto invernadero solo debería considerarse cuando el emisor excede lo permitido por el derecho administrativo y, por tanto, se comporta de forma ilegal según las normas nacionales³³. Por lo tanto, si la protección del clima en el derecho penal se orienta hacia la utilidad de los comportamientos perjudiciales para el clima, solo puede ser entendida en términos de *accesoriedad con el derecho administrativo*, tal como ocurre en la actualidad con el derecho penal del medio ambiente³⁴. En última instancia, es por tanto el derecho administrativo estatal el que regula los «permisos» para la emisión legal de gases de efecto invernadero, estableciendo los límites, fines y duración de las emisiones permitidas. De este modo solo cuando exista una infracción de estas disposiciones puede entrar en juego el derecho penal, lo que implica que el derecho penal del clima está atrapado por su accesoriedad al derecho administrativo nacional, que es quien decide acerca de la utilidad social de las emisiones, y las legaliza mediante autorizaciones.

b) Esta visión tradicional debe considerarse en la actualidad superada. Se basa en la idea de que cada estado puede decidir por *sí mismo* qué y cuántas emisiones permite y, por tanto, «legaliza». Sin embargo, en una época en la que el Acuerdo de París puede ser invocado con el fin de establecer una obligación asentada en el derecho internacional público, con el fin de lograr la neutralidad climática, el Estado no tiene capacidad de disposición sobre este punto. Las consideraciones anteriores acerca del bien jurídico protegido coincidirían en este punto: Si la atmósfera terrestre es un objeto de protección uniforme –desligado de las fronteras nacionales–, de acuerdo con los objetos de protección del derecho penal internacional garantizados en interés de toda la humanidad (como la «norma mínima de derechos humanos» en el caso de los crímenes contra la humanidad o la «paz mundial» en el caso de los crímenes de guerra³⁵), solo la comunidad de Estados en su conjunto

³² FRISCH, GA 2015, 427, 437.

³³ Crítico con esto: MÉGRET, *Columbia Journal of Environmental Law* 2011, p. 221.

³⁴ Cfr. sobre la accesoriedad del derecho administrativo SCHMITZ, en *Münchener Kommentar zum StGB*, 3.^a ed. 2019, Vor § 324 Rdn. 45 f.

³⁵ SATZGER, *International and European Criminal Law*, 9.^a ed. 2020, § 16 Rdn. 32, 57.

puede ser portadora de este objeto de protección. Solo ella –pero no la administración de un Estado concreto– puede disponer de ella aprobando emisiones de gases de efecto invernadero no compensadas.

Es cierto que, al menos hasta ahora, la comunidad de Estados carece de órganos que puedan hacer valer ese poder de disposición, y que por ello sigue dependiendo de las autoridades estatales. Ahora bien, sus decisiones deben conformes al derecho internacional, pues las administraciones nacionales actúan «en nombre de la comunidad internacional» cuando emiten esas legalizaciones. Esto implica que la accesoriadad del derecho penal nacional del clima en relación al derecho administrativo nacional debe dejarse de lado, de modo tal que aquél no puede considerarse un servidor de las disposiciones administrativas.

c) Para lograr la neutralidad climática, la política jurídica –tanto a nivel nacional como internacional– se centra en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero mediante *mecanismos de control de derecho público*, consistentes en la tributación de comportamientos perjudiciales para el clima, por un lado, y el establecimiento de un sistema de comercio de emisiones, por otro. En relación a esto último, tanto en el Protocolo de Kioto³⁶, como en el Régimen Europeo de Comercio de Derechos de Emisión³⁷ –existen previsiones presupuestarias en los Estados que se distribuyen, entre otros medios, en forma de certificados.

Una instalación industrial debe presentar un certificado válido por cada tonelada de CO₂ emitidas, teniendo en cuenta que solo hay una cantidad limitada (un «tope») de nuevos certificados al año. Las empresas pueden comercializar sus derechos de emisión, dentro de un mercado, donde se fijan sus precios³⁸. Los límites de las emisiones de gases de efecto invernadero certificables y comercializables se reducen gradualmente para garantizar el cumplimiento de los objetivos de protección del clima³⁹.

d) Aunque la ciencia del clima ha descrito detalladamente el estado de la neutralidad climática, hasta ahora apenas se ha intentado seriamente su conceptualización jurídica global y nacional. Sin embargo, el objetivo vinculante de la neutralidad climática introduce nada

³⁶ Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (FCCC/CP/1997/L.7/Add.1), cf. para la aplicación alemana: BGBl. 2002 II, pp. 966 ss.

³⁷ Véase la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2002 (DO L 275 de 25 de octubre de 2003, pp. 32 ss.).

³⁸ KREUTER-KIRCHHOF, *EuZW* 2017, 412, 413.

³⁹ Sobre la crítica al tope como único sistema de incentivos, véase EPINEY, *ZUR* 2010, 236, 244.

menos que un necesario *cambio de paradigma* en la legalización de la protección del clima. Si se dirige la mirada desde la asignación política de las emisiones a la conceptualización del estado legal de neutralidad climática, en el que dichas emisiones ya no deberían ser posibles sin una compensación adecuada, la importancia del uso del derecho penal para lograr los objetivos climáticos globales vinculantes se hace evidente. Como ya se ha descrito, de acuerdo con la noción jurídica de «cero neto» cualquier emisión positiva no compensada de gases de efecto invernadero es contraria a la neutralidad climática, por lo que se requiere una *prohibición fundamental* de cualquier emisión de este tipo. Los *sistemas de comercio de emisiones de gases de efecto invernadero* se basan, también fundamentalmente, en la correspondiente prohibición de emisiones positivas. En sus ámbitos de aplicación, prohíben cualquier emisión sin el correspondiente certificado. Si pensamos en estos sistemas como mecanismos integrales de aplicación de la neutralidad climática, los fondos asignados deben reducirse gradualmente y, en última instancia desaparecer, lo que no es otra cosa que una prohibición fundamental de todas las emisiones no compensadas. En una situación, en el que ya no hay presupuestos de emisiones que gestionar, resulta obsoleta la distribución administrativa de los derechos de emisión y, en consecuencia, la aplicación accesoria del derecho penal. Lo que no quita que parezca posible y probable, el que el Estado promueva comportamientos de neutralidad climática a través de determinados fondos⁴⁰.

En definitiva, la neutralidad climática legal invierte la libertad de emisión actualmente garantizada de forma fundamental, que sólo se limita en casos individuales, en una prohibición básica de las emisiones con la reserva del permiso en forma de obligación de compensación. La aparición de esta obligación jurídicamente vinculante implica que sea un paso lógico contar con los medios del derecho penal al menos para los casos graves. Las sanciones penales (en sentido amplio) están, pues, estrecha e inevitablemente vinculadas a la conceptualización de una aplicación efectiva de la prohibición de las emisiones no compensadas.

VI. ¿Acusación de sobrecriminalización?

Por supuesto, a la hora de redactar un «nuevo derecho penal», hay que preguntarse si, bajo la «etiqueta» de la protección del clima –que

⁴⁰ Véase al respecto ya SATZGER/v. MALTITZ, ZStW 2021, 1 s.

en general se reconoce como primordial—, no se estarían violando los fundamentos del Estado de Derecho y recurriendo precipitadamente al derecho penal. Esta objeción debe negarse claramente. El objetivo no es un aumento casi ciego de la punibilidad del sistema jurídico como medio de aplicación efectiva de la ley «en la lucha» contra los comportamientos indeseables. Desgraciadamente, esta función de mecanismo de aplicación eficaz se ha impuesto en el derecho penal en el pasado reciente de forma generalizada y a menudo poco reflexionada⁴¹.

Dado que existen multitud de posibilidades no penales para, si no detener, al menos ralentizar el cambio climático, hay que preguntarse seriamente si existe aquí un ámbito legítimo de aplicación del derecho penal. ¿Los comportamientos que he esbozado no son solo *dignos de castigo*, sino también lo *necesitados de castigo*? Para ello, es necesario un examen minucioso en el marco del Estado de Derecho para cada constelación y en relación con cada norma sancionadora individual, en el que deben observarse, en particular, el principio de *ultima ratio*⁴² y el principio general de proporcionalidad del Estado de Derecho⁴³. Porque incluso cuando la cuestión que está en juego es tan importante como la protección del clima y —tras ella— en última instancia la supervivencia de toda la raza humana, el derecho penal climático y sus sanciones pueden llegar a invadir masivamente los derechos fundamentales. Por lo tanto, deben respetarse las exigencias constitucionales de un derecho penal proporcionado y comprometido con el principio del último recurso. Es cierto que esta evaluación no puede ignorar la importancia primordial de la protección del clima y el aumento sin cesar de la amenaza, lo que existe una acción rápida y eficaz. Además, con el amplio concepto de castigo y, sobre todo, con la idea de introducir «sanciones inteligentes» orientadas a la protección del clima, el concepto aquí previsto contiene elementos de ajuste que ciertamente permiten adaptar la ley a la respectiva gravedad de la infracción. En este contexto, la afirmación de que el derecho penal es generalmente inadecuado para la protección del clima parece demasiado amplia y —incluso sobre la base de elevadas exigencias constitucionales— inaplicable en esta generalidad. Por el contrario, ahora hay que sondear las coordenadas de un derecho penal climático adecuado.

⁴¹ Véase la crítica al ECPI en el Manifiesto sobre Política Criminal Europea, ZIS-online 2009. 698; en español: ZIS-online 2009, 727.

⁴² WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT* (nota 17), número marginal 15; KUDLICH, en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (nota 17) Vor § 13 número marginal 5.

⁴³ KASPAR, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.^a ed. 2019, § 2 Rdn. 26 ss.

VII. Problemas de derecho penal y el ecocidio como nuevo delito internacional

La tipificación de los delitos climáticos es capaz de desencadenar conflictos jurídico-políticos e incluso internacionales: los efectos de las conductas emisoras de gases de efecto invernadero –como se acaba de explicar– consisten en un aumento promediado de la concentración en la atmósfera, lo que abarca el espacio aéreo y por tanto el territorio de todos los estados. Dado que cualquier Estado podría invocar en este punto el principio de territorialidad, reconocido por el derecho internacional⁴⁴, no existiría una violación de este derecho si un Estado se declara competente para aplicar su derecho penal climático a *cualquier emisión de gases de efecto invernadero*, independientemente del lugar donde se produzca *el acto emisor*⁴⁵. La invocación del principio de justicia universal que actualmente se enfrenta a considerables dificultades⁴⁶ no sería entonces realmente necesaria, pues este principio solo se reconoce dentro de estrechos límites y en relación a algunos delitos que afectan a la comunidad de Estados en su conjunto. Desde luego, y con el oportuno consenso internacional, dentro de estos delitos podría establecerse la figura del ecocidio, como ha reclamado recientemente el homenajeado⁴⁷.

Una solución consensuada en relación al derecho penal climático aportaría considerables ventajas. La aplicación de la legislación nacional de un Estado a los comportamientos emisores de gases de efecto invernadero de los nacionales de otro Estado (posiblemente lejano) provocaría con facilidad fricciones de soberanía y una considerable agitación política. También podría cuestionar la justicia climática en su conjunto: Al fin y al cabo, desde el inicio de la industrialización, el progreso económico y el aumento de la calidad de vida de las naciones en desarrollo se han basado en la emisión de gases de efecto invernadero, sin que se conozcan sus efectos nocivos duraderos sobre los seres humanos y el medio ambiente. Dado que estas emisiones están vinculadas a una multitud de acciones cotidianas –basta pensar en la calefacción o el transporte individual–, la soberanía del Estado cuyos ciu-

⁴⁴ SATZGER, *Derecho penal internacional y europeo* (nota 35), § 4 Rdn. 6 f.

⁴⁵ Cfr. SATZGER/V. MALTITZ, *ZStW* 2021, 1, 26 ss.

⁴⁶ SATZGER, *Derecho penal internacional y europeo* (nota 35), § 4 Rdn. 13 ss.

⁴⁷ Adán NIETO MARTIN, Jacobo DOPICO GÓMEZ ALLER, Luis ARROYO ZAPATERO, «Ecocidio», en *El País* v. 12 de diciembre de 2019 (<http://blog.uclm.es/luisarroyozapatero/files/2019/12/ECOCIDIO-EL-PAIS.pdf>)

dadanos van a ser considerados responsables de ellas en virtud de la legislación de otro Estado se vería «afectada». Incluso se ignoraría –sobre todo en la relación entre países industrializados y en vías de desarrollo– que los primeros han sido responsables de la mayor parte del aumento de los gases de efecto invernadero en la atmósfera desde el inicio de la industrialización⁴⁸. En este sentido, los países en vías de desarrollo todavía tienen mucho que hacer para acercar su nivel de vida al de los países industrializados⁴⁹. La aplicación del derecho penal climático a los emisores cuyo lugar de acción se encuentra fuera del Estado dispuesto a castigarlos afectaría especialmente al proceso de industrialización de los países en desarrollo y de reciente industrialización y posiblemente incluso lo detendría. La acusación de neocolonización en dirección a los estados ya desarrollados sería entonces bastante obvia⁵⁰.

Lo anterior evidencia que el intento de aventurarse en el derecho penal climático no es solo un desafío dogmático, pues pone de manifiesto un conflicto, hasta ahora irresuelto, entre la protección global del clima, que es vinculante según el derecho internacional, los derechos de los individuos, la soberanía nacional y la aplicación de la justicia climática. La exigencia de nuestro homenajeado de una solución a nivel de derecho internacional mediante un acuerdo internacional sobre el delito de ecocidio, aunque su aplicación sea ciertamente incierta y difícil en la actualidad, aportaría una solución constructiva. En última instancia, su objetivo es nada menos que asignar al derecho penal un papel para asegurar la supervivencia de la humanidad en nuestro planeta.

⁴⁸ «IPCC, 2013: Summary for Policymakers», en *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribución del Grupo de Trabajo I al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático* [Stocker et al. (eds.)]. Por ejemplo, Estados Unidos y la UE son dos veces más responsables de las actuales concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera que China; véase HICKEL, *The Lancet Planetary Health*, vol. 4 (9), 2020, p. 399.

⁴⁹ Véase el «principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas», artículo 2, párrafo 2, del Convenio de París.

⁵⁰ Cfr. SATZGER/V. MALTITZ, *ZStW* 2021, 1, 28 ss.

DE LO INSÓLITO A LO ERRÁTICO: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES POR MEDIO DEL DERECHO PENAL

JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO
Profesor Emérito. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Cádiz

I. Introducción

La «protección de los derechos laborales por medio del Derecho penal» ha sido para Luis Arroyo Zapatero una «preocupación constante», tal como reconocía en la «Introducción» a su pionero *Manual de Derecho Penal del Trabajo* (1988). Preocupación, por cierto, no muy extendida en la época, al punto de que, según constata la «Presentación» a su clásico *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo* (1981), el empeño podía calificarse como «insólito».

Ha llovido mucho desde entonces. Tanto que del art. 499 bis –introducido en el Código Penal (CP) por la *Ley 44/1971* y condenado por sus servidumbres políticas a la inoperancia– se pasó, con el CP de 1995, a un modelo sistemático de protección penal de los derechos «de una determinada clase social: los trabajadores por cuenta ajena que intervienen en el mercado de trabajo en condiciones de inferioridad respecto de los empleadores... [ya que] el contrato de trabajo descansa sobre una situación asimétrica»¹.

Hoy ese sistema, plasmado sobre todo en el Título XV del Libro II, «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», resulta irrecognocible. Tras reiterados parcheos legislativos, obedientes a consideraciones de oportunidad e idóneos para invisibilizar la dejación, por parte del Estado Social de Derecho, de su compromiso con la promoción de la igualdad material de individuos y grupos –Constitución Espa-

¹ STS, 2.ª, 5 de abril de 2017, Fundamentos de Derecho. Tercero (Ecli: ES: TS:2017:1303). Reproducida en este punto por STS, 2.ª, 28 de septiembre de 2017, Fundamentos de Derecho. Quinto (Ecli: ES: TS:2017:3389).

ñola (CE), art. 9.2–, el marco normativo penal vigente integra un catálogo de delitos ayuno de sistemática², que no responde a criterios político-criminales identificables, como no sea la voluntad de supeditar la tutela de derechos colectivos de los trabajadores a las políticas económicas contingentes que disciplinan el mercado de trabajo, a costa, incluso, de la vigencia material de estos derechos³.

En esta contribución de homenaje al Doctor Arroyo Zapatero, se pretende subrayar –sin pretensiones de originalidad o exhaustividad– las manifestaciones más epatantes de esa política legislativa errática. Dado que no son susceptibles de corrección ni siquiera por la interpretación más ambiciosamente «creativa», se requiere una reforma radical que recupere la voluntad de «protección de los derechos laborales por medio del Derecho penal». El compromiso ya no resulta, como resultaba en los años ochenta, «insólito», pero el hecho de haberse convertido en referencia habitual del debate político-criminal no lo ha hecho más coherente ni más fuerte.

II. Delitos contra los derechos de los trabajadores en el Título XV del Libro II

1. Imposición de condiciones ilegales de trabajo

La *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE), avalada en su origen por un inusual consenso político⁴ como referencia para la identificación de bienes jurídicos cuya tutela no puede eludir la política criminal democrática, consagra el derecho de todo trabajador a «condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad» (art. 31). En paralelo, el art. 311.1.º CP, castiga la imposición de condiciones de trabajo ilegales.

Paradigma histórico del denominado «delito social»⁵, el art. 311 debe mantener su ubicación sistemática entre los delitos contra los de-

² DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 48-49.

³ DOLZ LAGO, M. J., «¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?», en De La Cuesta Aguado, P. M., y otros (coord.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M.º Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 977.

⁴ MANGAS MARTÍN, A., «Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales», en López Escudero, M. P. (edit.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, pp. 65 y 74.

⁵ BAYLOS GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, 1.ª ed., 1990, pp. 66-67.

rechos de los trabajadores, ya que estos, y no la libre competencia – como pretende alguna autorizada opinión doctrinal⁶–, constituyen el bien jurídico a proteger.

Procede, sin embargo, suprimir la referencia al pacto individual como fuente de derechos protegidos. La tutela penal de derechos con ese origen, y, por tanto, de contenido siempre superior al de los emanados de normas generales, suscita –como incluso antes del CP 1995 observara Arroyo⁷– fricciones con los principios de legalidad, igualdad e intervención mínima⁸, que deberían ser superadas ya en la ley, y no ser deferidas a los tribunales. Estos, por su parte, tampoco se han mostrado obsesionados por dilucidar la cuestión en las más que escasas sentencias emitidas en la materia.

La *Ley Orgánica* (LO) 7/2012 elevó la pena de prisión inicialmente prevista hasta seis años, con el «daño colateral» de que el tipo agravado, del art. 311.4.º, pasó a estar castigado con prisión de hasta nueve años. Una y otra resultan de gravedad desproporcionada, y deberían llevar al legislador a plantearse la tipificación del delito de trabajos forzados o de sometimiento a condiciones de servidumbre o esclavitud (ver *infra* III.4), opción que permitiría reservar a estas conductas penas privativas de libertad de duración relevante, aligerando las del art. 311, que castigan conductas de gravedad muy inferior⁹.

2. Contratación ilegal

Los delitos de contratación ilegal en sentido estricto están hoy regulados, con cierta anarquía en lo sistemático, por los artículos 311.2.º y 311 bis. Ninguno de ellos figuraba en la versión del CP de 1995: el

⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta (II)», *Almacén Laboral*, 10 de junio de 2020; en <https://almacenederecho.org/delitos-laborales-lo-que-sobra-y-lo-que-falta-y-ii>.

⁷ ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Praxis, 1988, p. 24: «los tipos no están orientados a proteger la libertad de la voluntad del trabajador para pactar sus condiciones de trabajo, sino a garantizar el respeto a las condiciones establecidas en la contratación laboral, dentro de los “mínimos” determinados por fuentes normativas de carácter general: normas estatales y convenios colectivos».

⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo*, cit., p. 147. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta (I)», *Almacén Laboral*, 6 de junio de 2020; en <https://almacenederecho.org/delitos-laborales-lo-que-sobra-y-lo-que-falta-i>. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 800.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Mito igualitario y plutofilia penal», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 99, 2020, pp. 65-66.

primero fue introducido por la *LO 7/2012*; el segundo, sin que el legislador haya explicado sus razones, por la *LO 1/2015*.

Ambos preceptos apenas si trascienden el nivel de lo simbólico, puesto que criminalizan conductas de contratación ilegal ya sancionadas por la *Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)*. Es más, en algunos supuestos de contratación de extranjeros en situación irregular, la pena correspondiente al delito puede ser inferior a la sanción a imponer de haber considerado la conducta infracción administrativa.

El nuevo 311.2.º castiga la utilización de mano de obra sin formalizar su situación ante la Seguridad Social (SS) o sin la correspondiente autorización para trabajar. Se trata de comportamientos de lesividad evidente: niegan derechos que, en materia de SS, corresponden a los trabajadores y distorsionan la competitividad empresarial (*LO 7/2012, Preámbulo V*). Sin embargo, el legislador no explica las razones por las cuáles no castiga estas conductas como delitos contra la SS, lo que, al reforzar la coherencia sistemática, habría redundado en mayor claridad aplicativa.

La artificiosa aritmética legal del art. 311.2.º deja en la atipicidad áreas de ocupación ilegal cuantitativa y cualitativamente muy importantes. Es, en efecto, atípica la contratación en períodos sucesivos, o la simultánea de trabajadores en porcentajes inferiores a los requeridos, por ejemplo, la contratación de doscientos cincuenta en empresas cuya plantilla supere los mil, o la de la totalidad de la plantilla si el número de trabajadores no excede de diez.

El nuevo art. 311 bis, que responde al objetivo de «culminar la trasposición efectiva de la Directiva 2009/52/CE» (*LO 1/2015, Preámbulo. XXV*), tiene carácter fundamentalmente simbólico y efectos contradictorios, pues la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo ya está sancionada tanto en la LISOS, art. 37, como en el art. 54.d) de la *LO 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, modificada por *LO 2/2009*. Esta última estima una infracción por cada trabajador ilegalmente contratado, de modo que, en caso de pluralidad de víctimas, la apreciación de delito del art. 311 bis CP puede comportar un beneficio para el empleador, que pasaría de ser sancionado con una multa administrativa de entre 10.001 y 100.000 euros por cada trabajador, a una pena única, que

puede consistir en multa de entre doce y treinta meses¹⁰. Y, en la materia, sigue siendo una constante que los tribunales impongan las penas de multa tomando como cuota-base cuantías irrisorias¹¹.

3. Tráfico ilegal de mano de obra

El art. 312.1 castiga el tráfico ilegal de mano de obra, que, a su vez, puede revestir las modalidades de colocación y cesión ilegales. En las dos, la ilegalidad viene determinada por la normativa laboral, especialmente por el art. 16 de la LISOS, modificada por *Ley 30/2015*, y por el art. 43 del *Estatuto de los Trabajadores (ET)*, *Real Decreto Legislativo 2/2015*.

El principio de lesividad impone excluir del ámbito típico las irregularidades no acompañadas de lesión o puesta en peligro grave de los derechos de los trabajadores. El legislador ha olvidado, en este caso, su obligación de «incluir factores típicos de restricción... que denoten una aptitud lesiva para el bien jurídico»¹².

4. Discriminación

El art. 314 castiga, desde 1995, los delitos de discriminación laboral. Lamentablemente, veinticinco años de práctica vacancia no han sido razón suficiente para que el legislador revisara un precepto cuya formulación originaria «guarda, de modo premeditado, las claves que impiden su aplicación»¹³. Y, si se aplicare, poca eficacia preventiva podrá desplegar, dada la parvedad de la pena prevista, en muchos casos más liviana que la paralela sanción administrativa¹⁴.

¹⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. M./BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones*, Bomarzo, 2017, p. 92.

¹¹ Sentencias del TS, 2.^a, 5 de noviembre de 2019 (Ecli: ES: TS:2019:3660); 28 de septiembre de 2017 (Ecli: ES: TS:2017:3389); 5 de abril de 2017 (Ecli: ES: TS:2017:1303); 20 de febrero de 2020 (Ecli: ES: TS:2020:595), etc.

¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, cit., p. 820.

¹³ POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 143. FISCALÍA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. 2014, en https://www.fiscal.es/mEMorias/mEMoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/fiscalias/superiores/cataluna.pdf

¹⁴ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Terradillos Basoco, J. M., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial (Derecho Penal Económico)*, 2.^a ed., Justel, 2016, p. 286.

El recurso a la circunstancia agravante genérica del art. 22.4.^a, aplicable subsidiariamente cuando no concurrieren los elementos típicos de la discriminación laboral, no puede subsanar las deficiencias del art. 314, necesitado de reforma radical.

5. Ataques a la libertad sindical y derecho de huelga

La protección penal de la libertad sindical y del derecho de huelga está encomendada, principalmente, al art. 315. La LO 1/2015, de la que procede la versión actual, ha previsto, para sus tres párrafos, una pena alternativa de multa o prisión donde antes existía una pena compleja de multa y prisión. La nueva penalidad, más reducida, ha provocado la valoración positiva de amplios sectores sindicales y doctrinales.

Pero, en realidad, el art. 315.2, al castigar las coacciones que impidan o limiten el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga con las mismas penas que las coacciones genéricas para impedir el ejercicio de un derecho fundamental, relaja significativamente la presión penal frente a las conductas delictivas negadoras de aquellos derechos de los trabajadores¹⁵; además, se superpone al art. 172.1, p.º segundo, y, por ende, deviene tan perturbador como prescindible, excepto en lo que comporta de agravación a la coacción antisindical leve, del art. 172.3¹⁶.

El art. 315.3 CP, criminaliza la actuación coactiva de los piquetes de extensión de la huelga. Su derogación, reivindicada en foros doctrinales, sindicales y políticos¹⁷, y objeto de la *Proposición de LO de derogación del art. 315, apartado 3 del CP*¹⁸, tendrá el indeseado efecto práctico de elevar la pena actual de las coacciones del piquete en los casos, más que frecuentes, de pluralidad de coaccionados: una vez derogado el art. 315.3, estos supuestos dejarán de integrar un solo delito «contra los

¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, cit., p. 855.

¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en González Cussac, J. L., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 564.

¹⁷ ARROYO ZAPATERO, L./MEDIO PRADO, E. M., «Límites del Derecho penal frente a la huelga y los piquetes de trabajadores en el Estado constitucional: el caso Airbus (Getafe)», en *Revista de Derecho Social*, 68, 2014, p. 208. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «¡Se acabaron las mayorías parlamentarias! Una crónica política hacia la criminalización del ejercicio del derecho de huelga», en De la Cuesta Aguado, P. M., y otros (coord.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1071-1074. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta (II)», cit.

¹⁸ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, XIV Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 112-2. 4 de noviembre de 2020.

derechos de los trabajadores» para ser castigados como pluralidad de delitos contra la libertad, individual, en aplicación del art. 172.1 p.º segundo¹⁹.

La alternativa no es, pues, la derogación que recorte el alcance del derecho de huelga; como tampoco el mantenimiento de un *statu quo* que ha convivido con la utilización espuria del art. 315.3²⁰. Se impone, por el contrario, la adecuación, a la baja, de la pena, en consideración a los factores concurrentes²¹: la norma penal debe reservarse para responder a coacciones cuya gravedad supere sustancialmente la coactividad inherente a la tensión del conflicto huelguístico; el comportamiento del trabajador no huelguista, el coaccionado, neutraliza la eficacia de la reivindicación del huelguista –lo que enerva por vías de hecho la vigencia material de un derecho fundamental–; el huelguista, cuando coacciona gravemente para defender y expandir la huelga, delinque, pero lo hace como exceso en el ejercicio de un derecho fundamental de autotutela colectiva –lo que debería tener su reflejo en la cualidad/cantidad de la pena–; la conminación de penas carcelarias, que dan lugar a prisión provisional con la consiguiente inasistencia al trabajo, añadida a la amenaza cierta de despido, comporta la inhabilitación de la ley penal como herramienta de garantía y/o expansión del derecho fundamental –lo que viene exigido por doctrina constitucional penal consolidada– y la convierte en obstáculo a su ejercicio²².

6. Responsabilidad de la empresa y responsabilidad de la persona jurídica

La constancia de que los sujetos económicos actúan de ordinario bajo la forma de persona jurídica llevó a la LO 5/2010 a abrir la posibilidad de exigirles responsabilidad criminal. Pero la ambiciosa reforma

¹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, cit., p. 863. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «De la huelga como derecho al piquete como delito: a propósito de la sentencia sobre el caso “los 8 de Airbus”», en *Revista de Derecho Social*, 73, 2016, p. 233.

²⁰ BAYLOS GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J. M., 2007, «Sobre el artículo 315 del Código Penal», en <http://baylos.blogspot.com.es/2007/04/sobre-el-articulo-3153-del-codigo-penal.html>.

²¹ DOLZ LAGO, M. J., «Crisis económica y criminalización de los piquetes de huelga: claves para juristas», en *La Ley*, 23 de octubre de 2014, pp. 7-8; en http://www.upfiscuales.com/wp-content/uploads/2014/10/Dolz-Crisis-econo%C3%ACmica-y-criminalizacio%C3%ACn-de-los-piquetes-de-huelga-Diario-La-Ley-23_10_2014-1.pdf

²² Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 3. LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en De la Mata Barranco, N., y otros, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, 2018, p. 621.

en la materia no llegó a los delitos contra los derechos de los trabajadores, «en los que lo habitual será, precisamente, la intervención de personas jurídicas»²³. En este ámbito sigue vigente, sin razón que lo avale²⁴, el principio *societas delinquere non potest*, intocado por las complejas y poco afortunadas reglas del art. 318²⁵.

III. Otros delitos contra derechos de los trabajadores

1. Ataques a la integridad moral

El art. 173.1 CP, en su párrafo segundo, introducido por la LO 5/2010, abordó la criminalización del acoso laboral, en respuesta a las exigencias comunitarias de la *Directiva 2000/78/CE*, de la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral o mobbing en el lugar de trabajo 2001/2339*, y de las *Directivas 2004/113/CE* y *2006/54/CE*.

Las diferencias que, en torno al alcance del acoso, separan a precepto penal, precedentes europeos, ET y LISOS, dificultan la delimitación de la «integridad moral», bien jurídico protegido a tenor de la rúbrica del Título VII e identificada por la jurisprudencia con la inviolabilidad personal, esto es, «el derecho a ser tratado como persona y no como cosa»²⁶. La identificación del bien jurídico habría resultado más sencilla si el legislador hubiera optado por la ubicación sistemática de esta figura en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores, aunque no fuera más que para evitar la incoherencia de proteger en el Título XV la vida, la salud u otros de sus derechos, y no la integridad moral amenazada por un acoso específicamente «laboral»²⁷.

El art. 177 contiene una regla concursal expresa, aplicable a los delitos a examen —«Si... además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño... se castigarán los hechos separadamente...»—,

²³ RAMÓN RIBAS, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?», en De la Cuesta Aguado, P. M., y otros (coord.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 993.

²⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta (II)», cit.

²⁵ RAMÓN RIBAS, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?», cit., pp. 995-997.

²⁶ STS, 2.^a, 26 de septiembre de 2016, Fundamentos de Derecho. Cuarto (Ecli: ES:TS:2016:4088). TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XL, 2020, p. 635.

²⁷ POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, cit., p. 216.

que, sin embargo, no aclara definitivamente las posibles dudas, porque da una respuesta única a dos formas distintas de concurso infraccional. En efecto, los ataques a la integridad moral pueden tener consecuencias lesivas para la salud de la víctima («el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos», art. 77.1 CP). Pero también las lesiones o daños pueden utilizarse como medio hostil o humillante para acosarla («cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro», art. 77.1). Procedería, pues, aplicar en cada caso las respectivas reglas de los arts. 77.2 y 77.3. Pero el legislador ha preferido excepcionar la regla general y castigar «separadamente» los hechos, lo que parece remitir a un concurso real de delitos del art. 73²⁸.

2. Ataques a la libertad sexual

El art. 184.1, desde la reforma operada por la LO 11/1999, castiga, como acoso sexual horizontal, «solicitar favores de naturaleza sexual... en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios», provocando en la víctima «una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante». El 184.2 castiga el acoso vertical, en el que el autor se prevale de su superioridad.

El verbo nuclear –«solicitar»– no es el más apropiado para describir la conducta del apartado 1; es, además, incompatible con el recurso a amenaza o prevalimiento del apartado 2²⁹.

El marco típico es «una relación laboral, docente o de prestación de servicios». En el acoso laboral del art. 173.1, párrafo segundo, es «cualquier relación laboral o funcionarial». No hay razones para no mantener la misma fórmula en ambos preceptos.

3. Fraudes al sistema de Seguridad Social

Las particularidades que presentan la tipificación y penalización de los fraudes a la SS –junto a los delitos tributarios– quizá respondan a lo específico del procedimiento legislativo que los alumbró: si ya en 1995, fueron regulados por la LO 6/1995 al margen de la discusión del CP de

²⁸ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», cit., p. 637.

²⁹ TERRADILLOS BASOCO, J. M./BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones*, cit., p. 184.

nueva planta, los preceptos hoy vigentes provienen de la LO 7/2012, discutida al margen de la gran reforma penal operada por la LO 1/2015. El legislador ha insistido en dar a estos delitos una respuesta específica, que responde a la lógica recaudatoria propia de las leyes tributarias³⁰, en detrimento de la lógica preventivo-tutelar que debería regir el ejercicio del *ius puniendi*. Sin embargo, no hay razones para excluir esta materia del debate requerido por una necesaria reforma penal que no se conforme con adicionar al CP parches lenitivos.

El art. 307 castiga la defraudación a la SS mediante el impago de cuotas o percepción de deducciones o devoluciones indebidas; delito especial que solo puede cometer el obligado a ingresar las cuotas, esto es, el empresario, sujeto con capacidad de decisión en la dinámica económica³¹, que responde a los perfiles del *occupational crime* y aporta a la estadística criminal la parte del león: la no afiliación de sus trabajadores por la patronal es la infracción más frecuente en la materia y multiplica por ocho el número de casos de disfrute indebido de prestaciones³².

El 307 *ter* castiga el fraude de quien obtenga indebidamente una prestación de la SS, normalmente, el trabajador (*Ley General de Seguridad Social*, arts. 7 y 38), y el de quien «facilite a otros su obtención», con lo que se rompen los límites entre participación y autoría, y se eleva a la categoría de autor al responsable de comportamientos de cooperación que deberían ser considerados, a lo sumo, complicidad³³.

La discriminación que supone conformar distintos ámbitos de autoría para defraudaciones de la misma naturaleza, queda acentuada por la exigencia, en el art. 307, de una condición objetiva de penalidad –paradójicamente distinta o ausente en otros fraudes³⁴–: el montante de la defraudación ha de superar los cincuenta mil euros; en el art. 307 *ter* basta con la causación de un perjuicio, incluso irrelevante, a la Administración. Fraude trivial, ya sancionable como infracción de la LISOS, art. 26, o en sus formas más graves, como delito de estafa³⁵.

³⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», cit, p. 642.

³¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo*, cit., p. 622. FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 808. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, cit., p. 670.

³² TERRADILLOS BASOCO, J. M./BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales*. Lecciones, cit., pp. 163-164.

³³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, cit., p. 693. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Mito igualitario y plutofilia penal», cit., pp. 63-64.

³⁴ DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Delitos contra la Hacienda Pública y la SS», en De la Mata Barranco, N. J., y otros, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, 2018, p. 572.

³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, cit., 692.

La regularización (art. 307.1 y 3) o el reintegro (art. 307 ter.3), tan relevantes en estas defraudaciones como ausentes en las que afectan a intereses privados, funcionan, porque así lo decidió la *LO 7/2012*, como instrumento de negación de responsabilidad penal por atipicidad *ex post*, lo que constituye un absurdo insalvable³⁶. El reconocimiento de los hechos y la reparación de perjuicios no debería tener efectos eximentes, y menos destipificadores, sino, tal como ocurre en otros graves delitos (arts. 376, 434, art. 570 quáter.4, 579 bis.3), atenuantes, y nunca cuando concurren las circunstancias del art. 307 bis.

Si la institución es cuestionable, también lo son sus requisitos, diferentes en el art. 307 y en el 307 ter. El primero exige el completo reconocimiento y pago de la deuda; el segundo, el reintegro y, además, «un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió». La violación del principio de igualdad es flagrante³⁷, hasta el punto de que, doctrinalmente, esta parcela de nuestro ordenamiento punitivo ha sido considerada, con razón, como paradigma de «Derecho Penal del amigo»³⁸.

El art. 438 CP, cuya redacción procede de la *LO 1/2015*, debe ser modificado, pues refuerza, aunque sin motivación cognoscible en su *Preámbulo*, la discriminación impuesta por los arts. 307 y 307 ter. Castiga, en efecto, a la autoridad o funcionario que, con abuso de su cargo, cometiere «fraude de prestaciones del Sistema de SS del art. 307 ter». Las consecuencias punitivas no son baladíes: la pena para el funcionario que facilitare al trabajador el disfrute ilícito de la prestación es la señalada para el autor en el art. 307 ter, «pudiéndose llegar hasta la superior en grado», esto es, a nueve años de prisión. Sin embargo, esta cláusula agravatoria no es aplicable al funcionario que colabora en la defraudación del empresario deudor de cuotas, del art. 307³⁹. Resultaría, pues, oportuna la derogación del art. 438, y, en su caso, «*el reenvío*

³⁶ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, cit., pp. 301-302. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», cit., p. 653.

³⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo*, cit., pp. 669 y 740.

³⁸ STS, 2.^a, 12 de noviembre de 2019, Fundamentos de Derecho Cuarto (Ecli: ES:TS:2019:3683). VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Derecho penal del amigo (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la SS)», en *Revista de derecho y proceso penal*, 32, 2013, p. 269.

³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa*, cit., p. 692.

de su contenido a la estafa y al fraude de prestaciones de la SS como subtipos agravados específicamente⁴⁰.

La atenuación específica por colaboración (arts. 307.5, 307 *ter*.6), introducida también por la LO 7/2012, y que, en la práctica, garantiza al delincuente ya imputado la elusión del ingreso en prisión, es otra muestra de suplantación de la función penal preventiva por la función fiscal recaudatoria. Aunque es de temer que la connivencia penal con el defraudador –solo si económicamente solvente⁴¹– tenga efectos criminógenos que hagan inviable tanto la prevención como los resultados recaudatorios⁴².

4. Trata de seres humanos, trabajos forzosos, servidumbre y esclavitud

El art. 177 bis, 1 CP, que castiga la trata de seres humanos, requiere, en coherencia con las pautas del Derecho internacional, la concurrencia de un elemento subjetivo: la finalidad de explotación ulterior. La primera de las modalidades de explotación es «a) La imposición de trabajo o de servicios forzosos, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad». Es dudoso –aunque argumentable *de lege lata*⁴³– que las formas más comunes de explotación laboral (de los arts. 311.1.º, 4.º y 312.2 CP) puedan identificarse con los trabajos forzosos, la servidumbre o la esclavitud, tal como vienen definidos por el Derecho internacional, y que, por tanto, sean subsumibles en el art. 177 bis 1 a). Borraría las dudas un pronunciamiento expreso del legislador, en el sentido de considerar como delito de trata la dirigida, en concurrencia de los demás elementos típicos, a la imposición de condiciones ilegales de trabajo, además de a la imposición de trabajos forzosos, de esclavitud, de servidumbre o de mendicidad⁴⁴.

⁴⁰ Grupo de Estudios de Política Criminal, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 273.

⁴¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo*, cit., p. 697. FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, cit., p. 555. IGLESIAS RÍO, M. A. «Delitos contra la Hacienda Pública y la SS», en Álvarez García, F. J., (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 825.

⁴² TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Consideraciones político-criminales», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 77.

⁴³ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Explotación laboral, trabajo forzoso, esclavitud. ¿Retos político-criminales para el siglo XXI?», en Demetrio Castro, E./Nieto Martín, A. (dir.), *Derecho penal Económico y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 238-240.

⁴⁴ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Mito igualitario y plutofilia penal», cit., pp. 64-65.

A su vez, la criminalización del sometimiento a trabajos forzados, a esclavitud o a servidumbre no es una opción sino una obligación, con origen en el Derecho internacional⁴⁵: CDFUE, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, *Convenios OIT sobre el trabajo forzoso*, de 1930 y 1957, y *Protocolo de 2014*, o *Convención sobre la Esclavitud*.

El CP, sin embargo, no castiga expresa y autónomamente estas conductas, aunque sí les dota de relevancia penal en los artículos 177 bis 1.a y 607 bis⁴⁶. De modo que, cuando el Tribunal Supremo (TS) afronta su enjuiciamiento, se ve obligado a condenar por delitos de explotación laboral del art. 312.2.º, último inciso, o del art. 311⁴⁷, lo que conlleva preterición de los perfiles criminológicos propios de estos gravísimos delitos⁴⁸.

Una vez consumado el delito de trata de personas, la ulterior puesta en práctica de las finalidades típicas dará lugar a un concurso de delitos, tal como dispone expresamente el art. 177 bis.9. Aunque la fórmula legal parece inclinarse por apreciar un concurso real, la vinculación teleológica entre la trata y el delito de explotación responde a la estructura del concurso medial. Así lo ha entendido la jurisprudencia⁴⁹.

⁴⁵ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Explotación laboral, trabajo forzoso, esclavitud. ¿Retos político-criminales para el siglo XXI?», cit., p. 231.

⁴⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Explotación laboral, trabajo forzoso, esclavitud. ¿Retos político-criminales para el siglo XXI?» cit., p. 237.

⁴⁷ STS, 2.ª, 17 de mayo de 2017, Antecedente de hechos Primero y Segundo (Ecli: ES:TS:2017:1908). STS, 2.ª, 28 de septiembre de 2017, Antecedentes de hecho Primero (Ecli: ES:TS:2017:3389).

⁴⁸ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», cit, p. 680.

⁴⁹ STS, 2.ª, 5 de octubre de 2017 Fundamentos de Derecho Segundo (Ecli: ES:TS:2017:3565),

OBSERVATIONS SUR LA QUÊTE DE NOUVEAUX INSTRUMENTS DE DOMESTICATION DES POUVOIRS NON ÉTATIQUES

JULIETTE TRICOT

Co-directrice du Centre de droit pénal et de criminologie de l'Université Paris Nanterre

I. Introduction

Écrire en hommage c'est témoigner de sa dette envers une pensée et une personnalité. Celle que je dois à ma rencontre avec Luis Arroyo Zapatero est considérable.

N'ayant pas les talents de conteur du dédicataire de ces lignes, ni davantage son érudition ou sa *maestria* pour retracer l'histoire et les trajectoires des concepts et des personnalités qui les façonnent puis les portent, je me contenterai de proposer dans le prolongement de son goût pour le droit au service des enjeux du présent quelques réflexions que la globalisation impose avec insistance au pénaliste au travers de l'un de ses agents emblématiques: l'entreprise transnationale¹ et de l'un de ses enjeux existentiels: l'habitabilité de la terre².

L'une et l'autre interrogent en effet l'empire et l'emprise du droit pénal. L'empire d'abord, tant elles montrent les limites du droit et de la justice pénale qui, construits et s'exerçant (principalement) depuis le ter-

¹ L'analyse qui suit doit beaucoup à la réflexion menée avec Tatiana Sachs : « La loi sur le devoir de vigilance: un modèle pour (re)penser la responsabilité de entreprises », en *Droit et Société*, 3, 2020, pp. 683-698.

² Faute d'espace, il ne sera pas possible de donner à ce point toute sa mesure. Pourtant, il constitue bel et bien la toile de fond de ces réflexions. D'ailleurs, sans s'y réduire, les défis que pose la « question écologique » au Droit en général et au droit pénal en particulier apparaissent systématiquement confirmer et amplifier ceux que pose déjà l'entreprise transnationale tant sur le plan de l'applicabilité – dans l'espace et le temps – de la norme, que sur celui de sa mise en œuvre par l'engagement de la responsabilité juridique et le choix de la sanction; cf. EUDES M./ TRICOT, J., « Observations d'une internationaliste et d'une pénaliste sur les atteintes à l'environnement », en Chaumette A. L./Parizot R. (dirs.), *Les nouvelles formes de criminalité internationale*, Ed. Pedone, 2021, p. 53.

ritoire national, butent sur les formes de déterritorialisation³ ou plus simplement d'extra-territorialité. L'emprise ensuite, car le droit et la justice pénale, conçus et pensés pour la personne humaine et depuis la perspective humaine, peinent aussi à saisir les sujets collectifs et organisés et à protéger les objets qui, comme l'environnement, troublent les catégories établies et renouvellent l'agencement et le répertoire des valeurs.

Empire et emprise du droit pénal – sur l'entreprise transnationale d'une part, et aux fins de participer aux conditions juridiques d'habitabilité de la terre, d'autre part – sont étroitement liés. Ils ont pour enjeu commun le retournement de l'irresponsabilité organisée⁴ au travers de l'organisation des responsabilités. Comment appréhender les conséquences (éco-)dommageables des activités délocalisées des multinationales ? Comment faire pour qu'une responsabilité juridique soit effectivement attribuée là où le pouvoir économique est exercé et le profit perçu ?⁵ Comment donc dans un même mouvement briser le « tabou »⁶ de l'entreprise (notion plus économique que juridique), cachée derrière le maquis des multiples entités juridiques étanches qui la composent et l'agissent à l'abri des « totems »⁷ de l'autonomie de la personne morale et de la responsabilité limitée; saisir les chaînes de valeur globale qui n'apparaissent que sous la forme d'une suite de contrats cloisonnés soumis chacun à un droit distinct; repenser l'extranéité du lieu de surveillance du dommage (de l'atteinte) trop souvent source d'immunité ?⁸ C'est cette quête que l'on proposera de désigner sous l'appellation de domestication du pouvoir. Car l'empire et l'emprise du droit pénal renvoient ici à deux des multiples sens que peut recouvrir le terme de domestication, à la fois situer chez soi⁹, et en cela localiser, mais aussi discipliner¹⁰, et en cela encadrer.

Ce dont il s'agit, en effet, c'est d'abord de localiser le pouvoir car les difficultés des justices pénales confrontées à la globalisation appa-

³ SUPIOT A., « L'inscription territoriale des lois », en *Esprit*, 11, 2008, p. 151-170.

⁴ DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit (IV), Vers une communauté de valeurs*, Ed. Seuil, 2011.

⁵ MUIR WATT H., « Devoir de vigilance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », en *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, 4, 2017, p. 48-53.

⁶ D'AMBROSIO L./BARRAUD DE LAGERIE P., « La responsabilité des entreprises reformulée par la loi: un regard pluridisciplinaire. Présentation du dossier », en *Droit et société*, 3, 2020, pp. 623-631.

⁷ *Ibid.*

⁸ MUIR WATT H., « Devoir de vigilance et droit international privé », 48.

⁹ Sans pour autant asservir.

¹⁰ Sans aller cependant jusqu'à « rendre inoffensif », ce qui ne saurait être un objectif de la norme pénale.

raissent dès le moment d'établir la compétence (la juridiction): il s'agit donc en premier lieu de situer l'application de la loi pénale dans l'espace, lequel demeure pour l'essentiel juridiquement structuré par les territoires et découpé par les frontières nationales. Mais il s'agit aussi de l'appliquer dans l'« espace des organisations » qui demeurent elles aussi juridiquement structurées par des frontières, les frontières sociétaires.

Puis, ce dont il s'agit c'est ensuite de discipliner, autrement dit d'assujettir à un certain ordre pour orienter l'exercice du pouvoir, car la difficulté « spatiale » se prolonge et se complique lorsqu'il s'agit en second lieu non seulement d'identifier les responsables mais également (surtout) de les reconnaître et de les traiter comme tels.

La recherche des instruments de domestication des entreprises transnationales dont le pouvoir ne cesse de concurrencer, déstabiliser voire contester celui des États conduit sur les traces de ce qui est parfois désigné commun un nouveau paradigme pour le droit, la justice et la responsabilité.

A partir de l'expérience française et alors que l'Union européenne s'apprête à légiférer sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises¹¹, que les Nations Unies s'emploient à adopter un instrument juridique contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme¹², il peut être intéressant de « discuter » ce qui n'est peut-être pas encore un modèle ni au demeurant un modèle unique.

Confronté aux limites du droit de la responsabilité lorsqu'il s'agit de saisir les conduites d'acteurs transnationaux à structure complexe, le législateur contemporain expérimente de nouveaux modes de formation et d'application du droit. Le droit français en offre deux illustrations récentes. Ainsi, la loi dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016¹³ inscrit formellement¹⁴ ce dernier dans l'ère de la *compliance*¹⁵ en faisant

¹¹ Voir en dernier lieu la Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)).

¹² https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf

¹³ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

¹⁴ Sans doute la *compliance* n'avait-elle pas attendu la loi Sapin 2 pour gagner le droit français. L'anti-blanchiment, le droit bancaire et financier ou encore le droit de la concurrence avaient déjà largement contribué à sa diffusion.

¹⁵ Sur laquelle, Arroyo Zapatero L./Nieto Martin A. (dirs.), *El derecho penal en la era de la compliance*, Tirant lo Branch, 2013.

peser sur les dirigeants¹⁶ de sociétés de grande taille¹⁷ l'obligation d'adopter des « programmes de mise en conformité »¹⁸ anti-corruption. La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017¹⁹ a, quant à elle, imposé aux sociétés dominantes un devoir de vigilance vis-à-vis des risques et des atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, qui doit se matérialiser dans un « plan de vigilance »²⁰.

Toutes deux proposent des réponses voisines mais non exactement identiques aux questions de l'empire et de l'emprise du droit notamment pénal, dotant ce dernier, l'État, le juge, les victimes et la société civile de nouveaux moyens de localiser le pouvoir (I) pour le responsabiliser (II).

II. Localiser le pouvoir

Deux stratégies – susceptibles d'être combinées – semblent se dégager qui visent à mieux localiser le pouvoir. Si elles opèrent sur des terrains différents, la première construisant de nouvelles obligations (de *compliance*) ou devoirs (de vigilance) à la charge des acteurs privés afin de leur imputer le cas échéant les responsabilités attachées à leur manquement et aux conséquences susceptibles d'en découler, la seconde proposant d'étendre les critères de la compétence juridictionnelle, elles ont en commun d'organiser le rattachement territorial au nom de la responsabilité de l'État « de veiller à la bonne conduite des entreprises relevant en somme de la responsabilité, morale ou politique, de la communauté nationale »²¹. Pour ce faire, la première s'emploie à viser la tête (1), la seconde à atteindre le bénéficiaire (2).

¹⁶ L'article 17 de la loi vise « les présidents, les directeurs généraux et les gérants ».

¹⁷ Il s'agit des sociétés employant au moins 500 salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins 500 salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros (art. 17, loi Sapin 2).

¹⁸ Cette obligation telle que visée par l'art. 17 de la loi se déploie non seulement *ex ante*, c'est-à-dire indépendamment de toute infraction, mais aussi *ex post* puisque l'article 131-39-2 du Code pénal introduit dans la nomenclature des sanctions pénales applicables aux personnes morales la nouvelle peine de mise en conformité.

¹⁹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Pour une bibliographie complète, *Droit & Société*, 3, 2020.

²⁰ Art. L225-102-4 du Code de commerce.

²¹ MUIR WATT H., « Devoir de vigilance et droit international privé », 53.

1. Viser la tête

Par cette formule provocatrice et lapidaire, il s'agit de schématiser l'option – jurisprudentielle ou normative – qui consiste, dans le prolongement d'une longue tradition corrélant la responsabilité pénale aux situations de pouvoir (économique, décisionnaire et organisationnel) et ajustant (dimensionnant) celle-ci au niveau (degré et intensité) de pouvoir détenu et exercé, à cibler, au sein des structures complexes, l'entité dominante (la société mère ou donneuse d'ordre).

En France, c'est d'abord la jurisprudence (pénale) qui a su montrer la voie dans l'affaire Erika²² lorsqu'elle s'est appuyée sur l'instrument – contractuel et « purement » volontaire – de la charte partie²³ et de la procédure de *vetting*²⁴ qu'elle prévoit pour révéler la réalité des responsabilités et atteindre la société mère du groupe pétrolier mis en cause²⁵. La prise en compte de la charte partie, parce qu'elle traduit l'organisation véritable des lieux de décision, permet de restituer la réalité des pouvoirs par-delà la distribution « apparente » des responsabilités, construite sur la base d'assemblages juridiques destinés à cloisonner les risques et compartimenter les responsabilités²⁶. Non seulement, la qualité de simple propriétaire de la cargaison ne suffit pas à neutraliser le risque d'engagement de la responsabilité pénale de l'affréteur, mais, en outre, l'écran de la filiale ayant conclu la charte partie en qualité d'affréteur de l'Erika ne protège en rien la société mère. Elle est directement mise en cause parce que c'est en son sein qu'était organisé le service de *vetting* qui a ainsi servi de paramètre d'imputation et d'appréciation de la faute de négligence ayant abouti à *la marée noire*. Ainsi, l'analyse du juge

²² Le 12 décembre 1999, l'Erika, pétrolier battant pavillon maltais, qui transportait 30 000 tonnes de fuel lourd, essuie une tempête après avoir quitté Dunkerque. Il se brise en deux à une trentaine de milles nautiques au sud de la Bretagne. La majeure partie de la cargaison se répand en mer et souille près de 400 km de côtes françaises. Le 25 septembre 2012, la Cour de cassation consacre la condamnation de la société-mère Total SA (n° 10-82.938).

²³ La charte-partie (*charter-party*) est le document constatant le contrat d'affrètement maritime. Comme il est courant dans ce domaine, la charte liait une filiale de la société mère Total SA au fréteur de sorte que la société mère était formellement étrangère au document contractuel.

²⁴ Initiative privée par laquelle un affréteur s'assure qu'un navire pétrolier, gazier ou chimique, proposé à l'affrètement, satisfait aux normes officielles et aux exigences définies par la profession en matière de sécurité et de protection de l'environnement. Par cette procédure, la compagnie pétrolière se réservait notamment le droit (et donc le pouvoir) de contrôler l'état de navigabilité du navire.

²⁵ TRICOT J., « L'affaire Erika: La responsabilité pénale des personnes morales au milieu du gué », en Martin-Chenut K./De Quenaudon R. (dirs.), *Développement durable: mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?* Ed. Pedone, 2015, p. 341 (<http://pedone.info/785/19.pdf>).

²⁶ NEYRET L., « L'affaire Erika: moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », en Dalloz, 2010, p. 2238.

pénal permet de réintroduire au titre des critères de la capacité pénale, entendue comme l'aptitude à délinquer, le critère du pouvoir plutôt que, ou en sus, du seul critère, insatisfaisant, de la personnalité morale. C'est ainsi en prenant au mot l'engagement volontaire de Total SA que le juge peut remonter les maillons de la chaîne du transport maritime et identifier ceux dont la défaillance a conduit à la catastrophe.

Le législateur français a également pris sa part dans cette construction, en particulier au travers de la loi sur le devoir de vigilance et de la loi Sapin 2.

Toutes deux s'appuient sur l'autorégulation dont elles fixent les objectifs et organisent le contrôle. Elles imposent aux sociétés qui entrent dans leur champ d'application des obligations de faire regroupées tantôt dans un « plan de vigilance »²⁷ pour prévenir et, ce qui n'est pas neutre, « atténuer » les risques sociaux et environnementaux tantôt dans un « programme de mise en conformité »²⁸ pour prévenir la corruption. Ce faisant, elles désignent les débitrices du devoir de vigilance et de l'obligation de conformité et consacrent implicitement la reconnaissance juridique du pouvoir (sinon de la puissance) des entreprises multinationales.

En effet, les deux lois se caractérisent par leur champ d'application dont la délimitation conduit à identifier les centres de pouvoir privé que sont les « grandes entreprises ». Toutefois, à cette fin, la loi Sapin 2 s'appuie sur deux critères: le nombre de salariés et le montant du chiffre d'affaires²⁹ tandis que la loi sur le devoir de vigilance se contente – sans justification convaincante – du seul nombre de salariés³⁰. Cependant, c'est bien la puissance des entités dominantes en elle-même qui intéresse les deux lois examinées. Ne s'y ajoute aucune exigence supplémentaire que la tête de groupe ou de réseau exerce son pouvoir de manière « déviante » ou pathologique. C'est en ce sens que le devoir de vigilance et l'obligation de *compliance* sont conçus comme des corollaires de l'existence de la puissance économique. C'est la situation de domination en tant que telle qui fonde le devoir ou l'obligation. Ainsi, pour s'imposer, la réglementation se concentre sur la société mère du groupe, ce qui lui permet de tirer profit du pouvoir – interne – de celle-ci sur le groupe mais aussi – externe – sur l'ensemble des chaînes de

²⁷ Art. L 225-102-4 du Code de commerce.

²⁸ Art. 131-39-2 du Code pénal, art. 17 de la Loi Sapin 2.

²⁹ *Supra*, note 16.

³⁰ Moyennant deux seuils (5000 ou 10 000 salariés) selon que l'entière du groupe est localisée en France ou non (Art. L. 225-102-4 du Code de commerce).

valeur. En effet, au-delà de leur champ d'application personnel, ces lois se distinguent ensuite par la portée des impératifs qu'elles imposent aux entités visées. Car la fixation du périmètre de mise en œuvre du plan de vigilance ou du programme de conformité vient délimiter la « sphère d'influence » de la société dominante, influence qui justifie de lui imputer le devoir de vigilance ou l'obligation de conformité. Ainsi, le plan de vigilance doit couvrir « les activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle [...] directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation »³¹. Par là, en cas de non-respect du devoir de vigilance imposé par la loi, celle-ci permet d'atteindre la société-mère derrière ses filiales et d'inclure dans la sphère d'influence du groupe les intermédiaires, sous-contractants et fournisseurs qui interviennent dans l'activité génératrice de dommages. Quant au programme de mise en conformité, il porte « sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales [...] ou des sociétés qu'elle contrôle »³². Pour chacun des dispositifs, le droit détermine donc la sphère organisationnelle dans laquelle l'entreprise dominante est en mesure d'imposer des standards, des procédures, des obligations (etc.) dans le domaine concerné.

La stratégie poursuivie ne repose donc ni sur une correction d'un fonctionnement pathologique ni sur une remise en cause des totems évoqués plus haut. Au contraire, ces lois entendent discipliner l'usage normal du pouvoir économique et la responsabilisation de ce pouvoir ne passe pas par une remise en cause de la structuration juridique des organisations productives, mais plutôt par une acceptation pragmatique de celle-ci. Il ne s'agit pas de « percer le voile » des personnes morales, de remettre en cause les frontières sociétales mais bien d'encadrer l'exercice de la domination économique telle qu'elle résulte de la structuration juridico-économique choisie³³.

Enfin, et surtout, l'approche choisie permet de *rattacher* au territoire national ce que la délocalisation des activités débouchant sur l'extranéité du lieu du risque ou de survenance du dommage tend à *détacher*. Certes, la loi sur le devoir de vigilance ne s'est pas accompagnée d'un volet pénal. Mais l'affaire Erika montre que le juge pénal peut prendre appui sur un acte établi au bénéfice de la société mère, en dehors de

³¹ *Ibid.*

³² Art. 17 de la loi Sapin 2.

³³ SACHS T./TRICOT J., « La loi sur le devoir de vigilance: un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises », en *Droit et Société*, 3, 2020, pp. 683-698.

toute contrainte juridique nationale ou internationale et auquel elle n'est pas partie, pour l'attirer dans les liens de la prévention en lui reconnaissant la capacité de commettre l'infraction reprochée et caractériser l'imprudence dont elle s'est rendue coupable. Il devrait pouvoir également faire fond des procédures et normes concrétisant le devoir de vigilance que le droit français impose aux grandes sociétés-mères et donneuses d'ordre situées sur son territoire d'adopter au moyen d'un plan de vigilance, d'autant que le plan doit être mis en œuvre de manière effective.

Certes aussi, la loi Sapin 2 a quant à elle prévu un dispositif administratif, sous l'égide de l'Autorité française anti-corruption, pour sanctionner le manquement *ex ante* de l'obligation de conformité. En revanche, s'agissant de la violation *ex post* (la consommation de faits de corruption), l'imputation pénale n'a pas été repensée pour tenir compte de la nouvelle donne résultant de la pénétration dans le droit français des instruments de la *compliance*. Il n'est toutefois pas exclu que le juge, à la condition que l'occasion lui en soit donnée, s'en saisisse pour asseoir en France la responsabilité pénale.

2. Atteindre le bénéficiaire

Cette première stratégie dont la force réside dans le fait que la portée de l'obligation de conformité ou du devoir de vigilance n'est pas limitée géographiquement pourrait se doubler d'une seconde tirée, cette fois, d'instruments non plus nationaux mais européens. Alors que des auteurs ont souligné l'occasion manquée par les rédacteurs du nouveau code pénal de définir, au moment d'introduire la responsabilité pénale des personnes morales, des critères spécifiques de compétence applicables à ces nouveaux sujets du droit pénal dans un contexte globalisé³⁴, les textes de l'harmonisation pénale européenne contiennent une disposition prometteuse bien qu'encore inexploitée en France. C'est ainsi que, sauf oubli, depuis la décision-cadre « terrorisme » de 2002 jusqu'à la directive concernant la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement de 2019, figure dans ces instruments³⁵ – à l'except-

³⁴ MAURO C., « Application dans l'espace de la loi pénale et entreprises multinationales », en *AJ Pénal* 2012, p. 12.

³⁵ Ainsi des décisions-cadre 2002/946 (séjours irréguliers), 2004/68 (exploitation sexuelle des enfants), 2004/757 (trafic de drogue) et des directives 2011/36 (traite des êtres humains), 2011/93 (exploitation sexuelle des enfants), 2013/40 (attaques contre les systèmes d'in-

tion notable de la directive sur la protection de l'environnement par le droit pénal de 2008³⁶ – une disposition invitant les États membres à établir leur compétence à l'égard des infractions « commises pour le compte d'une personne morale établie sur [leur] territoire ». La teneur de ce critère de rattachement n'est cependant pas explicitée. Et tandis que les versions françaises visent selon les cas l'infraction commise « au profit » ou « pour le compte », les versions anglaises emploient systématiquement la formule « *for the benefit* ». Quoi qu'il en soit, lue à la lumière des lois Sapin 2 et sur le devoir de vigilance, un tel critère, qui n'est cependant qu'exceptionnellement obligatoire³⁷, semble leur faire écho.

La combinaison de ces deux stratégies invite peut-être à reproblématiser la notion même d'extraterritorialité si souvent dénoncée pour ses relents hégémoniques ou ses effets argués d'anti-compétitivité. Mais plutôt que de lire dans cette combinaison une expansion de la loi nationale (voire européenne) au-delà de ses frontières ne peut-on y lire une restauration sur le territoire national de son application aux sujets qui, depuis celui-ci, déploient et tirent profit de la délocalisation de tout ou partie de leurs activités ?

III. Responsabiliser le pouvoir

Toujours est-il que la recherche de localisation n'est pas une fin en soi, elle sert de moyen à la poursuite d'un objectif plus ambitieux et plus vaste d'adapter le Droit aux conditions de la globalisation pour, ce faisant (ce qui semble parfois perdu de vue en chemin), soumettre la seconde au premier. Dans ce cadre, le but est notamment de repenser les catégories et les conditions de la responsabilité juridique.

A cette fin-là, les deux lois examinées rejoignent la panoplie des instruments qui pour soumettre les « grandes entreprises », nationales ou multinationales, à des obligations de prévention des risques sociaux, environnementaux ou de corruption, privilégient un moyen commun : l'autorégulation. Outre que cet enrôlement des opérateurs privés au service de buts et intérêts généraux/communs est susceptible d'alimenter

formation), 2014/57 (abus de marché), 2017/541 (terrorisme), 2017/1371 (fraude aux intérêts financiers), 2018/1673 (blanchiment).

³⁶ Directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008. Cette omission s'explique par l'absence de toute disposition consacrée à la compétence.

³⁷ Art. 19 de la directive 2017/541.

plutôt que de corriger le déséquilibre croissant des rapports entre acteurs publics et privés en légitimant la concurrence de ces derniers jusque sur le terrain de la production de la norme commune (y compris pénale³⁸), il pose sur le terrain de la responsabilité la question du glissement qui s'opère d'une responsabilité (classique) *ex post* à une logique (nouvelle) de responsabilisation *ex ante*. C'est plus encore la question de l'articulation, de la connexion entre l'une et l'autre qui est soulevée. En d'autres termes, faut-il craindre que la vogue de la responsabilisation *ex ante* des acteurs économiques ne vienne se substituer à leur traditionnelle responsabilité *ex post* ? Ou faut-il, au contraire, considérer que la première peut être une condition de la restauration de la seconde ?

C'est ici que peut-être les dispositifs des lois Sapin 2 et sur le devoir de vigilance illustrent plutôt qu'un modèle, qui plus est, commun, une alternative entre la perspective d'une responsabilisation sans responsabilité (1) et celle d'une restauration de la responsabilité (2).

1. La responsabilisation sans la responsabilité

Un regard – peut-être prématurément trop – critique sur la loi Sapin 2 peut conduire à considérer que, passées au tamis de la conformité, les conditions de la responsabilité pénale peuvent se métamorphoser sans nul besoin d'en modifier les règles de fond. Ce serait là le tour de force ou le piège des logiques de la *compliance* qui, sans exclure la responsabilité pénale ni au demeurant contribuer à la refonder³⁹, semblent organiser son évitement. En effet, le dispositif Sapin 2 ne se contente pas seulement de viser la responsabilisation (mise en place obligée et contrôlée de programmes de conformité pour prévenir, détecter et sanctionner les faits de corruption). Une articulation avec la responsabilité pénale – des seules personnes morales pour l'instant – est organisée. Mais c'est au prix d'un changement de nature voire d'une dénaturation: non seulement la loi instaure une responsabilité *ex ante* – sans infraction/dommage – de nature administrative mais elle aménage aussi, lorsque la responsabilité pénale *ex post* se profile, une déviation procédurale qui permet d'y échapper. Car la loi Sapin 2 crée une nouvelle voie entre les mains du parquet – la conclusion d'une « convention

³⁸ TRICOT J., « L'hypothèse de la gouvernance pénale », en *Humanisme et justice, Mélanges en l'honneur de G. Giudicelli-Delage*, Ed. Dalloz, 2016, p. 1021.

³⁹ L'article 121-2 du Code pénal est resté intact.

judiciaire d'intérêt public »⁴⁰ – qui permet à la personne morale de se soustraire aux désagréments de la procédure pénale et au constat public et judiciairement constaté de sa culpabilité⁴¹, moyennant une « amende d'intérêt public » et/ou la soumission, sous la surveillance de la nouvelle Agence française anti-corruption, à un programme de mise en conformité. A l'arrière-plan, cette combinaison d'une responsabilisation extra-pénale et d'un évitement de la responsabilité pénale emporte avec elle, d'une part, la relégation des victimes, de la société civile et du juge et, d'autre part, dans le prolongement du discours sur le « risque pénal », la métamorphose des mécanismes d'engagement de la responsabilité et des dispositifs de sanction en risque; dans cette optique, ce qu'il faut prévenir c'est moins la commission d'une infraction que le prononcé d'une sanction. Apparaît alors le spectre d'un retournement complet des objectifs qu'il s'agit d'atteindre. Une telle perspective n'est cependant pas jouée d'avance. Mais il faut convenir que l'histoire plus ancienne de la *due diligence* appliquée à la responsabilité des États invite à la prudence et peut servir d'avertissement. Dans ce domaine – aux problématiques très proches de celles de la domestication des multinationales – l'élargissement de la responsabilité (par la création de nouvelles obligations à la portée étendue) s'est, en effet, accompagné de l'atténuation de son régime⁴².

2. La responsabilité par la responsabilisation

Bien qu'également descendante de la *due diligence*, la loi sur le devoir de vigilance entend offrir le contrepied de cet affaïssissement de la responsabilité en se proposant au contraire de la restaurer.

Il ne s'agit pas, comme dans le cadre de la *compliance*, « de se constituer [grâce à l'autorégulation] une défense de bonne foi »⁴³ ou d'organiser l'évitement de la responsabilité juridique judiciairement constatée, mais bien de renverser ce qui relevait d'un engagement volontaire « en obligation juridiquement opposable »⁴⁴ dont l'entreprise peut être rede-

⁴⁰ Art. 41-1-2 du Code de procédure pénale.

⁴¹ Outre la publicité négative, avec l'inscription au bulletin n° 1 du casier judiciaire, c'est le risque d'exclusion des marchés publics qui est redouté. La personne morale doit néanmoins reconnaître les faits et accepter la qualification retenue par le procureur.

⁴² D'AMBROSIO L., « Le devoir de vigilance: une innovation juridique entre continuités et rupture », en *Droit et société*, 3, 2020, pp. 633-647.

⁴³ Muir Watt H., « Devoir de vigilance et droit international privé », 50.

⁴⁴ *Ibid.*

vable et comptable. On l'a dit, la loi sur le devoir de vigilance ne comporte ni volet répressif⁴⁵ ni volet pénal. Elle offre cependant trois outils qui se déploient selon un ordre chronologique: celui de la mise en demeure, puis, celui de l'action en justice pour enjoindre sous astreinte la société de se conformer à son devoir de vigilance, enfin l'action en responsabilité (civile) en cas de réalisation du risque. Le complément pénal n'est pas inenvisageable même s'il ne peut compter que sur l'audace du juge pénal, faute de pouvoir prendre appui sur celle du législateur. Encore faut-il néanmoins qu'il soit saisi, ce que compromet l'expansion de la voie de la négociation qui gagne du terrain puisque le modèle de la convention judiciaire d'intérêt public a été étendu au domaine des infractions environnementales⁴⁶. Or, c'est précisément la justiciabilité du devoir de vigilance qui constitue la véritable clé de voûte du dispositif⁴⁷.

Toujours est-il, que la confiance dans le juge et la justice judiciaires – qui tranche avec l'option retenue par la loi Sapin 2 – et, pour les saisir, dans la société civile, ne suffira sans doute pas.

Ainsi, si la loi sur le devoir de vigilance paraît proposer une alternative dans laquelle la responsabilité serait restaurée grâce et dans le prolongement de la responsabilisation, elle n'écarte pas totalement les risques observés dans le cadre de la *compliance*. Non seulement parce que les obstacles juridiques de la faute et du lien de causalité demeurent mais aussi parce que « cette victoire de la vertu » pourrait là aussi n'annoncer que le déplacement de la ligne de défense des grandes entreprises⁴⁸. Partant, s'il faut sans doute s'employer à développer et consolider les leviers de la judiciarisation, plutôt que, comme semble l'envisager l'Union européenne, d'opter encore pour la voie de la régulation par la création d'une autorité *ad hoc*, il faudra aussi imaginer les instruments non plus seulement de la domestication des pouvoirs mais de la « planétarisation » ou de la « terrestrialisation » des concepts et catégories du Droit.

⁴⁵ Le Conseil constitutionnel a censuré au nom du principe de légalité l'amende civile initialement prévue pour sanctionner le manquement au devoir de vigilance, décision 2017-750 DC, du 23 mars 2017.

⁴⁶ Art. 41-1-3 du Code de procédure pénale.

⁴⁷ On comprend que la bataille autour de la désignation du juge compétent – soit judiciaire, traditionnellement investi des atteintes aux droits sociaux, humains et à l'environnement, soit de commerce, « spécialiste » du fonctionnement des entreprises – constitue une ligne de front décisive. Elle semble en passe d'être gagnée au profit du premier, les projets de loi Climat ou pour la confiance dans l'institution judiciaire devant confier ce contentieux à un ou deux tribunaux judiciaires (vraisemblablement Paris et Nanterre).

⁴⁸ MUIR WATT H., « Devoir de vigilance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », 50.

RESPONSABILIDAD PENAL POR TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES CONTAGIOSAS EN TIEMPOS DE COVID-19

SILVIA VALMAÑA OCHAITA

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Castilla la Mancha

I. Introducción

En el año 1986, recién terminados mis estudios de licenciatura, Luis Arroyo me acogió en la que ya era y siempre será su Universidad de Castilla-La Mancha, a la que ha consagrado la mayor y más importante parte de su vida académica y de la que ha sido *factótum* y Pígalión. Su acogimiento fue un reflejo de su personalidad, desbordante y generosa, sin condiciones y con el máximo respeto hacia mi Maestro de entonces y de siempre, el Profesor García Valdés, sin intromisiones, pero con un trato exquisito que hizo que, en lo que de Luis Arroyo dependía, nunca me sintiera «en tierra extraña».

Así que, cuando se me invitó a participar en este Libro Homenaje al Prof. Dr. Mult. Arroyo Zapatero, solo se me planteó una duda que versaba sobre cuál podría ser el tema con el que, además de aportar una investigación original, pudiera poner de manifiesto la admiración y el cariño que desde hace ya treinta y cinco años le profesó. De esta reflexión, y de las circunstancias extrañas que nos ha tocado vivir en los últimos tiempos surgió la idea de tomar como punto de partida y reflexión un trabajo antiguo del homenajeado.

Desde la aprobación del vigente Código Penal se ha recrudecido la tradicional pugna entre la consideración del Derecho penal como *ultima ratio* con la progresiva y persistente expansión del derecho penal en la búsqueda de una pretendida eficacia que, en muchas ocasiones, supone la pura manifestación de los que se conoce como populismo punitivo.

La narración, más o menos sensacionalista, de hechos especialmente despreciables, que llenan las páginas de los periódicos y, más aún, las imágenes de los informativos son alimento suficiente de la indignación de los ciudadanos. Más aún cuando las emociones son excitadas desde las redes sociales, sin sistemas eficaces de autocontrol, que pueden ser caldo de cultivo de noticias falsas e insidias interesadas. Si al horror y la excitación de los ánimos vindicatorios sumamos el miedo, la exacerbación de la respuesta penal es el producto esperable¹.

Hoy la causa de ese horror es un Coronavirus ocupando la posición que, como señala Arroyo², antes tenía el SIDA como revitalizador de «la preocupación por la intervención del Derecho penal frente a la transmisión o contagio de las enfermedades infecciosas en general» y antes del SIDA, otras enfermedades que revistieran «las características que atribuyó Boccaccio a la mortífera pestilencia que castigó a Florencia «por obra de los cuerpos celestes o enviada sobre los mortales por la justa ira de Dios para escarmiento de nuestros inicuos actos».

Por unas cosas o por otras, la política criminal está siendo sustituida con frecuencia por la ideología y la orientación del legislador proviene con mayor frecuencia de canales informales y plataformas de recogidas de firmas que de las auténticas comisiones de expertos, tradicionalmente constituidas a través de la Comisión General de Codificación, algo que, por desgracia, conozco de primera mano. En el máximo paroxismo hipertrófico normativo, nos encontramos con iniciativas legislativas surgidas directamente en el Parlamento a través de Propositiones de Ley, abandonando el clásico sistema de los Proyectos de Ley remitidos por el gobierno para su debate y aprobación en las Cortes Generales y eludiendo por esta vía la solicitud de los informes preceptivos del Consejo General del Poder Judicial en materia penal, o los tradicionales y convenientes del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado, e incluso esquivando los informes de otros ministerios distintos al del proponente.

¹ PAREDES CASTAÑÓN, J., «Control de los riesgos sanitarios de la COVID-19 mediante la regulación de conductas: enseñanzas del caso español», en *Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP*. 2020-3, p. 65. «En este sentido, llama poderosamente la atención el enfoque radicalmente autoritario, tecnocrático y burocrático con el que han sido diseñadas las medidas de modificación conceptual por parte de las administraciones públicas españolas. Por tal entiendo un enfoque en el que se presupone que basta con que los técnicos (= expertos en salud pública) identifiquen ciertas modificaciones del comportamiento habitual de la ciudadanía como deseables para que sean convertidas en deberes jurídicos; y en el que, además, se supone que basta con promulgar las normas jurídicas que impongan tales deberes de conducta, y con fijar sanciones a la infracción de los mismos, para que los destinatarios pasen inmediatamente a modificar su conducta».

² ARROYO ZAPATERO, L., «La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del SIDA», en *Derecho y salud*, vol. 4, núm. 1, 1996, p. 210

Es evidente que de este tipo de tentaciones no se sustraen ni gobiernos, ni parlamentos, ni países³, pero conviene recordar los principios tradicionales de la política criminal que establece la *Société Internationale de Défense Sociale*⁴ y que el propio Luis Arroyo, que es además su Presidente, recrea en torno a cuatro postulados fundamentales:

a) *No crear con las normas penales más daño social e individual que el estrictamente necesario para combatir el delito.*

b) *Someter las reformas penales a evaluación técnica y científica, que garantice al Parlamento que la responsabilidad legislativa y de gobierno no se rige por criterios partidistas y de manipulación de la opinión pública.*

c) *Recordar que lo que conocemos como principios y garantías penales desde el tiempo de Beccaria no es el producto de un partido, ni de un sector profesional, sino un patrimonio cultural y científico que forma parte del contenido esencial del Estado de Derecho.*

d) *Que los problemas penales son en su mayor parte –salvo los derivados de las nuevas tecnologías– problemas viejos, que han sido enfrentados por generaciones de legisladores, juristas y científicos y que despreciar ese patrimonio de experiencias y de conocimientos es bien ajeno a la prudencia que debe regir la acción del Príncipe⁵.*»

¿Estamos un «frenesí asegurador»⁶ que desemboca en un proceso deshumanización del derecho penal⁷ ¿O solamente ante la resistencia doctrinal frente a un cambio de paradigma que demanda la sociedad? ¿Estamos realmente antes una crisis de la legalidad penal que nos enfrenta a una regresión medieval en la represión del delito⁸ que se ha acentuado por el último jinete del Apocalipsis liberticida?

³ Arroyo Zapatero, L./Delmas-Marty, M./Danet, J./Alcalá Sánchez, M. (Ed.), *Securitarismo y Derecho Penal, Por un Derecho penal humanista*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2013. *Passim*

⁴ Vid. los establecidos en sus estatutos y más específicamente en su Programa mínimo para una política criminal humanística. SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DÉFENSE SOCIALE, *Programme minimum de la Société Internationale de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste*. 1954. Con la Addenda adoptada en Milán el 15 de diciembre de 1984. Recuperada el 10 de octubre de 2019 en http://blog.uclm.es/defensesociale/files/2019/02/estatutos_f.pdf

⁵ ARROYO ZAPATERO, L., «Presentación», en ARROYO ZAPATERO, L., DELMAS-MARTY, M., DANET, J., ALCALÁ SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 15.

⁶ DELMAS-MARTY, M., «Deshumanización del Derecho Penal», en Arroyo Zapatero, L./Delmas-Marty, M./Danet, J./Alcalá Sánchez, M. (Ed.), *op. cit.*, p. 24.

⁷ Como proclama el título del artículo original de DELMAS-MARTY, M., «Déhumanisation du droit pénal», en *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Éditions du Seuil. Paris, 2010.

⁸ MORALES PRATS, F., «Represión penal y estado de derecho» cuatro décadas después», en Morales Prats, F./Tamarit Sumalla, Jm./García Albero, R. M. (coords.), *Represión penal y estado de derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Me-

Vivimos un momento en el que no es extraño que la opinión pública y la academia hayan vuelto sus ojos, desde diferentes perspectivas, al nuevo/clásico⁹ escenario de la respuesta eficaz a la plaga, que no solo se aborda desde las ciencias de la naturaleza, sino que exige una respuesta adecuada en el campo de las ciencias sociales y jurídicas, cuestión que ya anticipaba Arroyo¹⁰ de forma incisiva: «El Proyecto de 1994 se sustrojo por completo a cualquier tentación y, en consecuencia, el nuevo Código de 1995 carece de alusión al contagio en los delitos contra la vida y contra la salud, así como del delito de contagio contra la salud pública. Sin embargo, es bien probable que el debate esté tan solo alestargado, por lo que conviene reproducir su esencia, de tal modo que los argumentos se encuentren disponibles cuando cualquier caso de los que producen alarma social despierte las propuestas criminalizadoras».

Estoy de acuerdo en que la respuesta que no puede acomodarse a la demanda de un chivo expiatorio en el que saciar los instintos básicos que se alimentan del miedo; miedo a la enfermedad, miedo a perder un estilo de vida, la prosperidad, la seguridad. Pero creo que tampoco podemos permanecer impasibles, en el pedestal de cristal de la razón fría y aséptica que, instalada en la convicción moral superior, desatiende y se muestra indiferente hasta que es arrastrada por el tsunami normativo-represivo del que cuesta décadas recuperarse.

De la fuerza de esa opinión pública desbocada hemos tenido frecuentes ejemplos en los últimos años, y no solo en España. El reto es abordar la respuesta a la demanda social de seguridad sin que se tambaleen los derechos y las garantías que hemos conquistado durante años.

nor, 2018, pp. 189-205. Especialmente esclarecedor, en el mismo sentido, MORALES PRATS, F., «La Nueva Edad Media: la llegada de la peste», Opinión. Diario *La Vanguardia*, 4 de junio de 2020. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/opinion/20200604/481596159813/la-nueva-edad-media-la-llegada-de-la-pestes.html>. Recuperado el 22 de diciembre de 2020.

⁹ No solo debemos a Francos Rodríguez, médico y ministro, «la primera manifestación sistemática y de resonancia en favor de incorporar al Código la transmisión de enfermedades contagiosas en general», tal y como nos cuenta Luis Arroyo en su trabajo citado *supra*. También resuenan actuales sus palabras de para describir la situación en la epidemia de gripe de 1918: «En los días tristes de epidemia, como en todos los trances críticos del vivir humano, la acción egoísta ejerce desenfrenado imperio. El hogar no se acuerda del vecino y se resiste a la declaración del mal contagioso para no sufrir las torturas del aislamiento. El pueblo se olvida de los contiguos y oculta el mal transmisible para que no le impongan medidas dañosas a sus particulares intereses. La nación prescinde de las fronteras para que las resoluciones sanitarias no le acarreen la miseria; pero como el bien de los más ha de sobreponerse a las conveniencias de los menos, el hogar se allana para bien del prójimo, el pueblo se somete a órdenes vejatorias en provecho de todo el país y un Estado sufre imposiciones de los demás para combatir contra los gérmenes que en el ambiente, en las aguas o con las personas difunden el estrago». FRANCOS RODRÍGUEZ, J.: «El problema sanitario y sus titulares», en *La España Médica (La epidemia de gripe en España. Su aspecto sanitario y clínico)*. núm. 281, Madrid, 10 de noviembre de 1918.

¹⁰ ARROYO ZAPATERO, L., *op. cit.*, 1996, p. 215.

Y no es solo el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal lo que se puede ver comprometido, sino incluso la propia exigencia del cumplimiento escrupuloso del principio de legalidad, que al menos de momento se mantiene a salvo por la impecable aplicación que del mismo está haciendo el Tribunal Supremo. Aplicación y defensa que declara de forma expresa cuando señala que «El principio de legalidad y la consecuente exigencia de taxatividad en la definición de los tipos penales operan como límites infranqueables en la aplicación de la ley penal. No toda conducta socialmente reprochable tiene encaje en un precepto penal. Contemplar los tipos penales como contornos flexibles y adaptables coyunturalmente para dar respuesta a un sentir mayoritario supone traicionar las bases que definen el derecho penal propio de un sistema democrático (...)»¹¹.

Las «leyes excepcionales» dictadas en España con los decretos que declaraban los sucesivos estados de alarma se han visto excesivas¹² o ineficaces¹³, o ambas y tampoco han incluido una previsión de creación o aplicación de un derecho sancionador para los casos de contagio de la enfermedad; ello ha determinado el surgimiento de un sentimiento de orfandad a la hora de dar respuesta a las muchas cuestiones que se plantean para prevenir las conductas de riesgo y de lesión derivadas de los

¹¹ Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020, p. 24.

¹² Muchas de ellas, por la propia elección del instrumento de un estado de alarma cuando en su contenido se producía una suspensión de derechos fundamentales, principalmente el de libre circulación, haciéndola pasar por una «limitación», lo que ha sido señalado por algunos autores como una «grosera manipulación» del texto constitucional; en ÁLVAREZ GARCÍA, J., «Estado de alarma o de excepción», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL Universidad de Santiago de Compostela. 2020. P. 13. Disponible en <file:///E:/Perfil/Downloads/6706-Texto%20del%20art%C3%ADculo-34405-1-10-20200403.pdf>, Recuperado el 18 de noviembre de 2020. En el mismo sentido, MORALES PRATS, F., «Pandemia y Libertades», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 59, julio-septiembre de 2020, pp. 13 a 15. También en contra de la utilización del Estado de alarma como instrumento para la suspensión de derechos fundamentales, *vid.*, DÍAZ REVORIO, F. J., *Cosas de juristas*, Disponible en <https://javierdiazrevorio.com/cosas-de-juristas/> Recuperado el 18 de noviembre de 2020. NOGUEIRA LÓPEZ, N., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción», en *El cronista del estado social y democrático de derecho*. núm. 86-87. En contra de esta interpretación, entre otros, DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Límite y restricción, no suspensión», en el diario *El País*, 8 de abril de 2020. LOZANO CUTANDA, B., «Análisis de urgencia de las medidas administrativas del estado de alarma», *Diario La Ley*, núm. 9601, de 25 de marzo de 2020, *passim*.

¹³ Solo como ejemplo, en dos momentos diferentes, *vid.*, «Barones del PSOE y del PP exigen a Sánchez medidas más duras contra el coronavirus», en *El confidencial digital*, 22 de marzo de 2020, https://www.vozpopuli.com/politica/barones-PSOE-Page-Sanchez-coronavirus_0_1339066420.html. «Las CCAA se cansan de la inacción del Gobierno y del “candidato Illa” ante la cuarta ola de COVID», en *Economía Digital*, el 15 de enero de 2021, <https://www.economiadigital.es/politica/las-ccaa-se-cansan-de-la-inaccion-del-gobierno-y-del-candidato-illa-ante-la-cuarta-ola-de-covid.html>. «El Gobierno se resiste a endurecer el estado de alarma pese a la catástrofe de los datos de la COVID», en *El Español*, 19 de enero de 2021, https://www.elespanol.com/espana/politica/20210119/gobierno-resiste-endurecer-alarma-catastrofe-datos-covid/552196147_0.html.

incumplimientos normativos y de los deberes de cuidado y, además, establecer las posibles responsabilidades de personas físicas y jurídicas, de particulares, administraciones y responsables políticos, en relación con los resultados de muerte, lesiones, privaciones y limitaciones de derechos, daños materiales y pérdidas económicas asociadas a las acciones y omisiones realizadas; responsabilidades que no solo se podrían situar en el ámbito penal, sino también, y preferiblemente¹⁴, en el civil y en el patrimonial de la administración.

Este trabajo trata de reflexionar sobre la suficiencia de la legislación existente para la adecuada respuesta penal ante los casos de transmisión dolosa e imprudente de enfermedades graves. Estamos ante un nuevo desafío de un problema viejo. Se trata de establecer si los instrumentos que sirvieron en la «peste» de los 80, el SIDA, son los suficientes en la «peste» de cuarenta años después.

II. Antecedentes históricos

Los delitos relacionados con la transmisión dolosa de enfermedades han ido desapareciendo de muchos de los Códigos penales europeos¹⁵, en un proceso de despenalización que limitaba la tipicidad de estas conductas a aquellas que eran constitutivas de lesiones o de homicidio.

Su intermitente presencia en los Códigos penales españoles ni siquiera puede asociarse de manera clara a la presencia de enfermedades transmisibles especialmente peligrosas o contagiosas; así, aunque la última gran epidemia de peste se sitúa en Mallorca en 1820¹⁶, la presencia continuada de enfermedades infectocontagiosas durante todo el siglo XIX no permite afirmar una vinculación con la aparición de los delitos contra la salud pública relacionados con la propagación de esos contagios. Paludismo, cólera, tifus exantemático, fiebre amarilla, y los más comunes y endémicos sarampión, viruela, gripe, escarlatina y difte-

¹⁴ MESTRE DELGADO, E., «Editorial: ¿Será la vieja excepcionalidad la nueva normalidad en el derecho penal?», en *La Ley penal*, núm. 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, pp. 1 a 3.

¹⁵ Sobre su pervivencia en algunos países europeos de tipos autónomos de transmisión de enfermedades contagiosas, Vid. TURANJANIN, V./RADULOVIĆ, D., «Coronavirus (COVID-19) and Possibilities for Criminal Law. Reaction in Europe: A Review», en *Iranian Journal of Public Health*, Vol. 49, Suppl.1, 2020, pp. 4 a 11. Disponible en *Iranian Journal of Public Health* (tums.ac.ir), Recuperado el 7 de enero de 2021.

¹⁶ DE LA FIGUERA VON WICHMANN, E., «Las enfermedades más frecuentes a principios del siglo XIX y sus tratamientos», p. 151. Disponible en <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/29/16/11figuera.pdf>. Rescatado el 12 de agosto de 2020.

ria¹⁷ fueron frecuentes durante toda la vigencia de los Códigos de 1822¹⁸, 1848, 1850 y 1870, con desigual tratamiento en los mismos.

El Código penal de 1822 trataba entre los delitos contra la salud pública un tipo de transmisión de enfermedades contagiosas que, a pesar de la objetivación en su redacción, aparece vinculada a la remota aplicación de una versión del principio de culpabilidad del artículo primero, 1 y 2, del mismo texto legal, es decir, tanto dolosa como imprudentemente: «Los que introdujeren ó propagaren enfermedades contagiosas ó efectos contagiados, y los que quebrantaren las cuarentenas y los cordones de sanidad, ó se evadan de los lazaretos, sufrirán las penas establecidas ó que se establecieron en el reglamento respectivo» (*sic*)¹⁹; y se configura como un delito contra la salud pública, sin perjuicio de la regulación de los delitos de homicidio y lesiones para los resultados causados a través de dicho contagio. Sin embargo, la brevedad en la aplicación del Código de 1822²⁰ apenas ha dejado indicios de cómo pudieron derivarse hacia una y otra posibilidad tal transmisión de enfermedades, tanto venéreas como de capacidad de contagio comunitario.

La desaparición de un delito contra la salud pública en los Códigos de 1848, 1850 o 1870 constituyen, sin lugar a duda, una elección del legislador. Así lo indica Groizard²¹, comentando el Código de 1870: «En ningún artículo del presente capítulo se habla de los delitos que contra la salud pública se cometen en épocas de epidemias. Lo aplaudimos. El código no debe reflejar más que los medios jurídicos protectores de la sociedad en sus condiciones normales. Las medidas enérgicas y los procedimientos excepcionales (*sic*) tienen su razón de ser en las angustias y necesidades que experimentan los pueblos cuando sufren ó ven próximas las catástrofes epidémicas. En tales circunstancias los preceptos científicos de la imputabilidad y la graduación de las penas son deficientes. Sus moradores, en guerra contra las fuerzas de la naturaleza que amenazan la vida de todos con la pestilencia del aire, el envenena-

¹⁷ DE LA FIGUERA VON WICHMANN, E., cit, p. 154 ss.

¹⁸ Sobre la cuestionada vigencia del Código penal de 1822, *vid.* LÓPEZ REY, O., El Código penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado», en *ADPCP*, 2018. Vol. LXXI, pp. 347 ss.

¹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, L. (rec.), *Códigos penales españoles*. Akal. Madrid, 1988, p. 91.

²⁰ LÓPEZ REY, O., «El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2018, pp. 347 a 401.

²¹ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 [Texto impreso]. Concordado y comentado por D. (Alejandro) Groizard y Gomez de la Serna*, T. IV. Ed. Esteban Hermanos, Impresores, Salamanca, p. 30.

miento de las aguas y la infección de los alimentos no se preocupan ni detienen ante la legalidad de las armas con que combaten, usan las más eficaces. La necesidad impone sus preceptos y el instinto de conservación prevalece sobre los cálculos de la razón y las enseñanzas jurídicas. En tan anormal estado, la más lógica y eficaz expresión del derecho son las leyes excepcionales: ellas con la oportunidad, rapidez y variedad de sus prohibiciones y sanciones son las únicas que pueden amparar la multitud de derechos é intereses sociales heridos y amenazados».

Es claro que la desaparición es deliberada, sin que ello suponga nada más que la búsqueda de otro instrumento para la persecución de los delitos cometidos «en contravención de las leyes sanitarias en tiempos de epidemia»²², excluyéndolos expresamente de la aplicación del Código Penal, como establece el artículo 7 del Código Penal de 1848. Entre las modificaciones que introduce el Código de 1850 se encuentra precisamente la fórmula menos precisa, pero ampliada, que se realiza en referencia a la exclusión de los delitos «que se comenten en contravención á las leyes sanitarias, ni los demás que estuvieren penados por leyes especiales»²³.

Así lo manifiesta también Antón²⁴ cuando señala, en relación con las modificaciones más interesantes que el Código de 1850 introdujo, que «El artículo 7 del Código del 48 precisaba los delitos especiales no sujetos a las disposiciones del Código: los militares, los de imprenta, los de contrabando, los que se comentan en contravención a las leyes sanitarias en tiempo de epidemia: La de 1850 agregó «Y las demás que estuvieren penadas por leyes especiales». Dada la amplitud de esta frase, holgaba la mención de las anteriores, y, por ello, el legislador de 1870 prescindió de citarlas». Porque el Código penal de 1870 establece en su artículo 7 que «No quedan sujetos á las disposiciones de este Código los delitos que se hallen penados por leyes especiales»²⁵.

Sin embargo, y a pesar de su posición favorable a las leyes especiales como mejor mecanismo de tipificación de la conducta de contagio de enfermedades en épocas de epidemia, Groizard se inclina por una tipificación expresa de la propagación intencionada del contagio: «Un hecho hay, sin embargo, que no debería por su extraordinaria gravedad dejarse de describir ni castigar en el Código Penal: la propagación in-

²² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, L. (rec.), cit., p. 196.

²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, L. (rec.), cit., p. 328.

²⁴ ANTÓN ONECA, J., «El Código Penal de 1870», en *ADPCP* 1970, II, pp. 231 y 232.

²⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, L. (rec.), cit., p. 498.

tencional del contagio. Por odio á una familia un hombre puede introducir clandestinamente en una casa las ropas de un colérico con el depravado fin de llevar á ella la desolación y la muerte. ¿Quién puede negar que este infame proceder presenta de relieve todos los caracteres de un verdadero delito? Supongamos que el edificio donde los efectos apestados se introducen es un cuartel, un hospicio ó un hospital, un sitio, en una palabra, donde la gente viva aglomerada, ¿quién podría calcular las consecuencias de tan detestable propósito? Nuestro Código, sin embargo, no castiga este hecho. Quizás se ha creído que no habría entre los hombres ninguno tan malvado que á tal extremo le conduxesen (*sic*) sus desapoderadas pasiones. Pero este modo de discurrir es impropio del legislador. Donde el entendimiento conciba la posibilidad de la perpetuación de un crimen, ese crimen debe estar castigado. Si las maldades humanas no llegan debe estar castigado. Si las maldades humanas no llegan hasta el punto de causar en la sociedad la prevista perturbación, felicitémonos de ello: nada se habrá perdido porque la ley haya calculado su magnitud y haya indicado la pena de su represión»²⁶.

La desaparición de esta conducta del catálogo de delitos hasta su breve reaparición en el Código penal de 1928 no parece vinculada ni a estas reflexiones ni a la existencia de graves epidemias, sin que pueda deducirse la influencia de la mal llamada «gripe española» de 1918 en la introducción de un capítulo II en el Título VIII, dentro de los delitos contra la salud pública, rubricado como de *Propagación de epidemias y riesgo para la salud pública*, que tipifica a lo largo de los artículos 547 a 552²⁷ la responsabilidad de los sujetos a través de diferentes conductas,

²⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *op. cit.*, T. IV, pp. 30 y 31.

²⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, L. (rec.) cit., pp. 856 y 857. También disponible en La Gaceta de Madrid, núm. 257, 13 de septiembre de 1928. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1928/257/A01450-01526.pdf>. Recuperado el 8 de agosto de 2020.

Artículo 547. El que, a sabiendas, infringiere las disposiciones sanitarias sobre aislamiento o vigilancia, o las prohibiciones de importación legalmente establecidas para evitar la introducción o propagación de alguna epidemia o enfermedad contagiosa, será castigado con la pena de dos meses y un día a un año de prisión o multa de 1.000 a 5.000 pesetas, al prudente arbitrio del Tribunal. Si por consecuencia de la infracción hubiere sido atacada de enfermedad contagiosa alguna persona, la pena se aplicará en el grado máximo.

Artículo 548. Si las disposiciones infringidas tuviesen por objeto evitar la introducción o propagación de alguna epizootia, las penas serán de dos meses y un día a seis meses de prisión o multa de 1.000 a 5.000 pesetas y si tuvieren por objeto evitar la introducción o propagación de una plaga o enfermedad que afecte a las plantas, la pena será de multa de la expresada cantidad.

Artículo 549. El que maliciosamente propagare una enfermedad peligrosa y transmisible a las personas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

Artículo 550. El que maliciosamente propagare una epizootia entre los ganados o los animales domésticos, será castigado con la pena de dos meses y un día a tres años de prisión y multa

con el denominador común de la exigencia de dolo, mediante la exigencia de actuar *a sabiendas* o *maliciosamente*. Además, el Código de 1928 contempla en el artículo 534 la posibilidad de causar lesiones, no solo a través de la fórmula, presente desde el mismo inicio del proceso codificador, consistente en describir la conducta típica como herir, golpear o maltratar, sino como la posibilidad de aplicar las penas de los delitos de lesiones «al que sin ánimo de matar causare a otro alguna de las lesiones mencionadas, administrándole a sabiendas substancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu»²⁸. En todo caso, la ausencia de aplicación jurisprudencial de ambos delitos²⁹ por la breve vigencia de este Código, impidió conocer su eficacia práctica.

En los Códigos posteriores, tanto de 1932 como de 1944 desaparece la transmisión de enfermedades, tanto en su versión de delito contra la salud pública como a través de la «administración de substancias». Es con la reforma de 1958³⁰ a este último Código cuando se introduce un artículo 348 bis, que recupera, dentro de los delitos contra la salud pública, la tipificación de todo tipo de contagio, y no solo el venéreo, siempre que esta transmisión fuera dolosa: «el que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como correspondiera si constituyera un delito más grave». Respecto de este delito señala Quintano dos aspectos especialmente significativos: por una parte, y derivado de su posición

de 2.000 a 5.000 pesetas. Si obrare con ánimo de lucro, se impondrá la reclusión por igual tiempo, y la multa será de 2.000 a 10.000 pesetas.

Artículo 551. El que maliciosamente propagare un parásito o germen peligroso para la agricultura o la selvicultura, será castigado con la pena de dos meses y un día a tres años de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Si obrare con ánimo de lucro, se le impondrá la reclusión en lugar de la prisión, y la multa será de 2.000 a 10.000 pesetas.

Artículo 552. Las penas señaladas en los artículos anteriores se entienden sin perjuicio de las que correspondieran si el hecho constituyere un delito de mayor gravedad.

Se añade un artículo 553 referido a la contaminación de aguas, que no está directamente vinculado con el objeto de este trabajo.

²⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRIGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.), cit., pp. 852. También disponible en *La Gaceta de Madrid*, núm. 257, 13 de septiembre de 1928, Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1928/257/A01450-01526.pdf>. Recuperado el 8 de agosto de 2020.

²⁹ SAINZ CANTERO, J. A., «El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967.

³⁰ Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Penal, BOE núm. 99, 25 de abril de 1958, p. 738. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1958/099/A00738-00739.pdf>. Recuperado el 8 de agosto de 2020.

sistemática, al final del capítulo, la no inclusión *ex lege* de la posibilidad de comisión doloso-eventual del delito de transmisión de enfermedades; de otra, la conveniencia de encuadrar este tipo, por su *maliciosidad*, dentro de los delitos contra las personas, «donde tradicionalmente la encuadra la jurisprudencia, sobre todo en los supuestos de contagio sexual»³¹.

Esta redacción permaneció inalterada toda la vigencia del Código penal, hasta que la aprobación del Código penal de 1995, el llamado Código penal de la democracia, supuso la derogación del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

III. Marco legal para una respuesta penal

Con el Código penal 1995 desaparece nuevamente la transmisión dolosa de enfermedades de enfermedades graves como delito de la salud pública. Este hecho, junto con la dificultad de la demostración de la relación de causalidad en los contagios masivos, ha venido circunscribiendo la aplicación del tipo penal de lesiones a contagios muy concretos, herederos del tradicional contagio venéreo, que, en forma de transmisión del SIDA, planeó en la mente del legislador³² y se concretó en la aplicación jurisprudencial de estas realidades.

La cuestión no es nueva; Romeo³³ se preguntaba en los albores del milenio, cuando apenas apreciábamos a intuir lo que hoy es una desdichada realidad, «si el nuevo régimen penal establecido por el CP de 1995 es suficiente para hacer frente a las nuevas y en ocasiones muy graves formas de manifestación de atentados contra la salud colectiva. (...). Algunos sucesos de especial impacto social (p. ej., los casos de la talidomida, del síndrome tóxico del aceite de colza, del sida transmitido a través de la sangre u otros componentes biológicos humanos y, más recientemente, el de la encefalopatía espongiforme bovina –EEB–, que en el ser humano se manifiesta como la enfermedad de Kreutzfeld-Jakob), por haberse visto afectados grupos numerosos de la población, en ocasiones plantearon serias dificultades de tipicidad, de causa-

³¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código penal», en *ADPCP*, 1958, I, p. 72

³² ARROYO ZAPATERO, L., *op. cit.*, (1996).

³³ ROMEO CASABONA, C., «Los delitos contra la salud pública ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?», en Arroyo Zapatero, L./Berdugo Gómez de la Torre, I. (Dirs.), *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: «in memoriam»*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, pp. 624 y 625.

lidad (ante la imposibilidad de contar la evidencia científica que acreditara el vínculo causal, aspecto éste cada vez más frecuente)³⁴ e incluso la cuestionable idoneidad de la respuesta punitiva».

Parece que, en España, como ocurre en otros países³⁵, la solución a los problemas que plantea la transmisión de enfermedades contagiosas,

³⁴ Vid. MARZANO, M. G.: «Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19», en *Cassazione penale*, núm. 9, 2020, págs 3106-3116; SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «El enjuiciamiento de la transmisión deliberada de enfermedades infectocontagiosas (COVID-19)», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 59, 2020, pp. 190 ss.

³⁵ En Alemania, la transmisión dolosa o imprudente de enfermedades infectocontagiosas, concretamente el SIDA, se resuelve mediante la aplicación de los parágrafos 223, 224 y 229 del Código penal (StGB):

§ 223 Körperverletzung

(1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 224 Gefährliche Körperverletzung:

(1) Wer die Körperverletzung

1. durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen,

(...)

5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 229 Fahrlässige Körperverletzung

Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Por su parte, el Código penal francés tipifica estas conductas a través de los delitos de homicidio o lesiones, y más específicamente, el artículo 223-1

Article 221-5

Le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort constitue un empoisonnement.

L'empoisonnement est puni de trente ans de réclusion criminelle.

Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis dans l'une des circonstances prévues aux articles 221-2, 221-3 et 221-4.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article.

Article 221-6

Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende.

Article 222-15

L'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui est punie des peines mentionnées aux articles 222-7 à 222-14-1 suivant les distinctions prévues par ces articles.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction dans les mêmes cas que ceux prévus par ces articles.

Article 223-1

Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée

pasaba por adecuar la conducta típica al delito de lesiones o, en su caso, al de homicidio, solución que se ha visto desbordada por la situación de una pandemia que ha dejado expuestas nuestras vulnerabilidades. Sin embargo, estamos ante un conflicto aparente.

Lo que ha supuesto el Código penal de 1995 ha sido la destipificación del delito de transmisión de enfermedades contagiosas, configurado, como debería haber sido hecho, como un delito «de peligro concreto (...) sancionador de conductas que supongan la ampliación de la *probabilidad de contagio* de enfermedades, sin que se hayan contagiado realmente»³⁶.

Posiblemente la desaparición del delito se deba, como señala Romeo³⁷, a «la impresión de la virtual inaplicabilidad de este precepto, dada su rígida estructura típica, así como las propias dificultades que generaba su interpretación, en algunos casos excesivamente restrictiva, así como su comprobada falta de aplicación, conducían a la conclusión de que debía desaparecer del CP, criterio que era no solo compartido por la doctrina de forma unánime, sino también por el propio (pre-) legislador, pues ya previeron su supresión el Proyecto de CP de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de nuevo CP de 1983. Como quedó dicho, esta decisión ha sido asumida por fin por el legislador de 1995». Dicho de otra manera, el tipo desapareció porque pocos podían imaginar un escenario tan dramático como el actual, en el que este tipo de enfermedades parecían propias de otros tiempos o de otros lugares y la sensación de sentirnos a salvo convirtió a este delito en prescindible.

Esto es algo que no pasó en Italia, que ha mantenido en su Código penal no solo los delitos de lesiones en sustitución de los antiguos delitos de contagio venéreo³⁸, sino también los que se refieren a la propa-

d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

La regulación de los dos países, por las exigencias del principio de legalidad supone graves problemas de aplicación a los casos de contagio o transmisión comunitaria de una enfermedad de la naturaleza del COVID-19 en una situación de pandemia.

³⁶ BOIX REIG, J., «Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código penal (Propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas)», en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Colección de estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia, 1977, p. 111.

³⁷ ROMEO CASABONA, C., cit., p. 628.

³⁸ Vid. el derogado Art. 554 –Contagio di sifilide e di blenorragia

Chiunque, essendo affetto da sifilide e occultando tale suo stato, compie su taluno atti tali da cagionargli il pericolo di contagio, è punito, se il contagio avviene, con la reclusione da uno a tre anni.

Alla stessa pena soggiace chi, essendo affetto da blenorragia e occultando tale suo stato, compie su taluno gli atti preveduti dalla disposizione precedente, se il contagio avviene e da esso deriva una lesione personale gravissima [c.p. p. 31, 235].

In ambedue i casi il colpevole è punito a querela della persona offesa

gación dolosa³⁹ e imprudente⁴⁰ de enfermedades contagiosas⁴¹, siquiera sea en una versión que precisa de continuas remisiones normativas de actualización.

Se il colpevole ha agito a fine di cagionare il contagio, si applicano le disposizioni degli articoli 583, 584 e 585.

³⁹ Art. 438 – Epidemia (1)(2).

Chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni è punito con l'ergastolo.

Se dal fatto deriva la morte di più persone, si applica la pena di morte (3).

(1) A questo reato si applicano le disposizioni dell'art. 162-bis c.p., così come introdotto dall'art. 126, L. 24 novembre 1981, n. 689, che modifica il sistema penale, secondo quanto dispone l'art. 127 dello stesso provvedimento. I reati previsti dalla L. 10 maggio 1976, n. 319, sulla tutela delle acque dall'inquinamento, dalla L. 13 luglio 1966, n. 615, concernente provvedimenti contro l'inquinamento atmosferico, nonché dalla L. 31 dicembre 1962, n. 1860 e dal D. P. R. 13 febbraio 1964, n. 185, relativi all'impiego pacifico dell'energia nucleare, sono esclusi dalla depenalizzazione ai sensi dell'art. 34 dello stesso provvedimento.

(2) A coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale si applicano le disposizioni del Capo II del Titolo I del Libro I del Codice delle leggi antimafia di cui al D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, ai sensi di quanto disposto dalla lettera d) del comma 1 dell'art. 4 dello stesso D. Lgs. n. 159/2011.

(3) La pena di morte per i delitti previsti dal codice penale è stata abolita dall'art. 1, D. Lgs. Lgt. 10 agosto 1944, n. 224, che ad essa ha sostituito la pena dell'ergastolo.

⁴⁰ Art. 452 – Delitti colposi contro la salute pubblica (1)

Chiunque commette, per colpa, alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 438 e 439 è punito (2):

1. con la reclusione da tre a dodici anni, nei casi per i quali le dette disposizioni stabiliscono la pena di morte (3);

2. con la reclusione da uno a cinque anni, nei casi per i quali esse stabiliscono l'ergastolo (4);

3. con la reclusione da sei mesi a tre anni, nel caso in cui l'articolo 439 stabilisce la pena della reclusione.

Quando sia commesso per colpa alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 440, 441, 442, 443, 444 e 445 si applicano le pene ivi rispettivamente stabilite ridotte da un terzo a un sesto.

(1). A questi reati si applicano le disposizioni dell'art. 162-bis c.p., così come introdotto dall'art. 126, L. 24 novembre 1981, n. 689, che modifica il sistema penale, secondo quanto dispone l'art. 127 dello stesso provvedimento. I reati previsti dalla L. 10 maggio 1976, n. 319, sulla tutela delle acque dall'inquinamento, dalla L. 13 luglio 1966, n. 615, nonché dalla L. 31 dicembre 1962, n. 1860 e dal D. P. R. 13 febbraio 1964, n. 185; dalla L. 29 marzo 1951, n. 327, e dalla L. 30 aprile 1962, n. 283 (salvo che per le contravvenzioni previste dagli artt. 8 e 14), e dall'art. 221 del T. U. delle leggi sanitarie, approvato con R. D. 27 luglio 1934, n. 1265, sono esclusi dalla depenalizzazione, ai sensi dell'art. 34, L. 24 novembre 1981, n. 689. Vedi la L. 8 luglio 1986, n. 349, sull'istituzione del Ministero dell'ambiente e in materia di danno ambientale.

(2). Vedi l'art. 249 R. D. 27 luglio 1934, n. 1265, di approvazione del testo unico delle leggi sanitarie.

(3). La pena di morte per i delitti previsti dal codice penale è stata abolita con l'art. 1, D. Lgs. Lgt. 10 agosto 1944, n. 224, che ad essa ha sostituito la pena dell'ergastolo.

(4). I delitti previsti in questo numero, consumati o tentati, sono attribuiti al tribunale in composizione collegiale, ai sensi dell'art. 33-bis del codice di procedura penale, a decorrere dalla sua entrata in vigore.

⁴¹ Sobre la aplicación del artículo 438 CP italiano a la situación actual, *Vid.* PERROTTA, E., «Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility», en *Rivista italiana di diritto e procedura*. 2020. Vol. 63, núm. 1, pp. 179-234.

La necesidad de una norma que permita la inclusión de las conductas generadoras de riesgo, aunque no vayan asociadas a un resultado concreto, se desprende del contenido del Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020 cuando señala que «La Sala está encadenada al principio de legalidad. Las exigencias de *lex certa* derivadas de la regla de taxatividad que ha de inspirar la descripción de los tipos penales y su consecuente aplicación, cierran cualquier posibilidad de persecución de unos hechos que, por más que su realidad pudiera quedar acreditada en fase de investigación, carecen de relevancia penal»⁴². Esta cuestión no solo afecta a la responsabilidad por acción (u omisión) de las autoridades gubernativas, que vendrá determinada por la existencia o no de una relación de causalidad probada entre aquélla y los resultados (muerte, lesiones, daños) que se les atribuyen⁴³; afecta también a las que se derivan del riesgo en sí mismo considerado, del concreto peligro al que están siendo sometidos otros sujetos, con independencia de cuál sea, particular, profesional o responsable administrativo o político, quien realice la conducta de riesgo.

No se trata de buscar el fundamento a posibles delitos cometidos por las autoridades cuando dictan resoluciones que pueden calificarse como prevaricación, en una huida hacia adelante ante la incapacidad

⁴² Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020, p. 26

⁴³ Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020, *passim*.

«El punto de partida no es controvertido. Las autoridades gubernativas –ya sean de la Administración Central, ya de la Administración Autonómica– tienen el inexcusable deber de evitar la propagación del virus. Conforme a la estructura jurídico-administrativa que delimita sus respectivos campos de actuación, han de adoptar las medidas requeridas para preservar a los ciudadanos del riesgo de muerte o de padecer graves secuelas como consecuencia de la enfermedad. Ese deber es algo más que un deber testimonial. Tiene dimensión jurídica. Se deriva de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, actualizada por el Real Decreto-Ley 6/2020, de 11 de marzo y del Real Decreto 463/2020, 14 de marzo, que acordó el estado de alarma.

Es cierto que, por la propia naturaleza del virus que está en el origen de la pandemia, el riesgo de contagio preexistía a cualquier decisión gubernamental. *Pero también lo es que la intensificación de ese riesgo, cuando se vincula a acciones u omisiones político-administrativas, puede generar una responsabilidad jurídica, cuya determinación dependerá de un segundo nivel de análisis.* No basta, pues, con afirmar que un daño es antijurídico para precipitar la apertura de un proceso penal. Para ello es necesario algo más.

(...) la ausencia en el Código Penal de un delito de riesgo que sancione la intencionada o negligente ocultación de la información científica precisa para conocer y paliar los efectos de una pandemia, generando así un grave riesgo para las personas, impide abrir un proceso penal para la investigación de una conducta que ya de antemano sabemos que es atípica. Los delitos contra la seguridad colectiva –título XVII del libro II del CP– y de riesgo catastrófico –capítulo I, arts. 341 a 350– incluyen graves sanciones para conductas dolosas e imprudentes relacionadas con la liberación de energía nuclear y radiaciones ionizantes. También para los daños provocados por materiales explosivos, inflamables o sustancias corrosivas, tóxicas y asfixiantes. Pero no incorporan en la descripción de las conductas punibles las acciones u omisiones que los querellantes y denunciante atribuyen al Gobierno o a otros responsables políticos».

gestora. Para eso ya existen los recursos en nuestro Código y suficiente tradición en la aplicación de nuestros tribunales para depurar si se da o no el hecho que pueda fundamentar la existencia o no de delito. Tampoco es necesario añadir más sobre la posible responsabilidad por imprudencia del personal sanitario, y su aplicabilidad a la crisis sanitaria que vivimos, que tiene amplia trayectoria jurisprudencial y que excluye dicha responsabilidad en algunos supuestos que nos recuerdan mucho a los que se están viviendo en nuestros hospitales y centros de salud, tanto en los casos de falta de especialización y medios, como por falta de competencia organizativa de los recursos, e incluso por la ausencia o sucesivos cambios en los protocolos que constituyen la *lex artis* que rige su actividad⁴⁴.

De lo que se trata es de ver si es suficiente el mecanismo del delito de lesiones, con todo el acervo de su aplicación para la transmisión de algunas enfermedades, como el SIDA, que por su propia etiología son de contagio por un contacto más directo y estrecho, que permite conocer el hecho y establecer la causalidad, al menos indiciariamente, de una forma más concreta. Las mismas vías de transmisión de la enfermedad que estigmatizaron durante tanto tiempo a los portadores del virus, condenándoles al lazareto social, son el mejor mecanismo de prueba para la imputación de los resultados que se derivasen de dicho contagio, así como del dolo o la imprudencia con que fue realizada la acción o la omisión que provocó el mismo. Y la opción del legislador ha sido por la exigencia de un resultado para la tipicidad de las conductas que crean estos riesgos para la salud⁴⁵.

Ahora estamos ante una gravísima situación de pandemia provocada por el COVID-19. Y estamos ante una enfermedad en la que el contagio se realiza, al menos en la teoría vigente (hasta que nos digan otra cosa) a través de aerosoles. No hay trazabilidad generalizada de la transmisión de la enfermedad. Los recursos materiales y personales al servicio de la contención de la epidemia se están viendo claramente desbordados. En este escenario, ¿hay alguien capaz de determinar esa relación de causalidad necesaria para castigar por lesiones? Y sin esa causalidad no hay posibilidad de aplicar el delito de lesiones o el de homicidio. De las muchas causas abiertas por acciones y omisiones imprudentes en

⁴⁴ MERCHÁN GONZÁLEZ, A., «Posibles consecuencias penales de la praxis médica durante el estado de alarma: los delitos imprudentes del profesional sanitario», en La Ley Penal, núm. 9738, de 18 de noviembre de 2020, *passim*.

⁴⁵ Una de las últimas e importantes sentencias que nos los recuerdan fuera dictada precisamente el día 11 de marzo de 2020, STS 806/2020.

relación con estos resultados lesivos, así como por la comisión de otros delitos durante la primera oleada de la epidemia en España, la respuesta penal es incierta.

No es equiparable tampoco, en cuanto al riesgo aceptable, con una epidemia de sarampión o de gripe⁴⁶, aunque sean enfermedades susceptibles de causar la muerte o graves lesiones. Y no es comparable con los efectos que, no hace muchos años se vislumbraron⁴⁷ sobre lo que un contagio masivo del virus del ébola podría suponer, por poner un ejemplo aún más aterrador, si cabe. Este riesgo aceptable ha visto modificados sus parámetros.

Quizá porque la comparación se está realizando a partir de la tradicional vinculación de la transmisión de enfermedades con el contagio venéreo en su versión clásica o moderna, en lugar de hacerlo con otros tipos penales que tampoco son de aplicación sin violentar el principio de taxatividad. Me refiero a otros delitos contra la salud pública, el medio ambiente o incluso los delitos de riesgo catastrófico, que harían inaplicable, incluso como delito de terrorismo⁴⁸, la conducta de una posible guerra bacteriológica, como la de infectarse deliberadamente con un patógeno transmisible y capaz de causar una catástrofe hasta ahora solo imaginada en la literatura o el cine, por cuanto no está contemplado como delito contra la salud pública el contagio, imprudente o deliberado, de una enfermedad.

Considero que los tipos actuales no sirven para castigar conductas de contagio sin resultado probado. Y considero también la necesidad de tipificar conductas equivalentes a otras de peligro concreto que no son aplicables en virtud del principio de taxatividad. Creo que el nuevo escenario no puede resolverse con los mismos recursos penales que hace tan pocos años dieron la respuesta más eficaz y mejor desde el punto de vista técnico jurídico.

⁴⁶ Aunque se trata de un debate clásico, por directamente aplicado al COVID-19, *vid.* BARDAVIO ANTÓN, C., «Imputación de resultados lesivos y muerte por contagio de covid-19: ¿modificación de la tolerancia del riesgo?», en *La Ley Penal* núm. 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, *passim*.

⁴⁷ RODRIGUEZ FERRÁNDEZ, S., «responsabilidad penal y contagio de ébola Reflexiones desde la doctrina de la imputación», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-17, 2014. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc> Recuperado el 9 de septiembre de 2020.

⁴⁸ El artículo 573 CP dispone que «1. Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades...».

Coincido con Boix⁴⁹, que en su lúcida anticipación, establecía la necesidad de un tipo penal que debería incluir «todas aquellas conductas que supusieran un quebranto de la normativa sanitaria (...) existente en relación con estas enfermedades transmisibles y que hagan referencia a exigencias de notificación de las mismas, cautelas, etcétera...». Una tipificación, además, que incluyera solamente los contagios de enfermedades muy graves, con un importante potencial mortífero y que pongan en grave peligro no solo la salud individual, sino la salud pública. Con ello se respetaría el tan reclamado principio de intervención mínima del Derecho penal y evitaríamos la tentación del frecuentemente invocado populismo punitivo.

Que ese tipo penal se encuentre en el Código penal, entre los delitos contra la salud pública, es una posibilidad técnicamente impecable. Que se limite más con su inclusión, como proponía Groizard⁵⁰, a través de una ley especial, una opción. En España tenemos la posibilidad a través de una necesaria reforma de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, pero también a través de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Ambas han sido capaces, con limitaciones, de dar respuestas, pero con una relajada aplicación del principio de legalidad, algo que no debería volver a suceder. Porque peor que la creación de un nuevo tipo penal es la proscrita distorsión del existente.

Parafraseando al homenajeado, Prof. Dr. Mult. Arroyo Zapatero⁵¹, *si la función del Derecho penal se justificara y fundamentara tan solo en el hacer justicia, en dar a cada cual lo que se merece, podría aceptarse la incriminación de conductas como las mencionadas. Pero para que sea legítima una incriminación tiene que ser, además de justa, útil a la sociedad, lo que en el caso que nos ocupa quiere decir que debe ser útil a la política general de contención de la extensión del COVID-19, que persigue reducir el número y clase de conductas apropiadas a producir contagio y el número de nuevos infectados. Y ante esta reflexión, la respuesta me aparece obvia.*

⁴⁹ BOIX REIG, J., *op. cit.*, pp. 111 y 112

⁵⁰ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *op. cit.*, T. IV, pp. 30 y 31.

⁵¹ ARROYO ZAPATERO, L., *op. cit.*, (1996), p. 2015

DERECHO PROCESAL

NOTA EN RELACIÓN CON LOS INSPECTORES- PERITOS EN EL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

FRANCISCO BOIX

Valga esta modesta Nota como homenaje a mi compañero Luis Arroyo. Mi sentimiento y afecto hacia él es inversamente proporcional a la extensión de la misma, condicionada por diversos factores temporales. No obstante lo que quiero transmitir ya lo he sostenido en otros trabajos¹ y ahora se trata de exponer, simplemente, cómo las reformas legislativas pueden ir poniendo la cuestión que se debate en su sitio, si bien paulatinamente, por encima de lamentables confusiones conceptuales, corporativismos incompresibles e inercias procesales poco asumibles en un Estado de Derecho vistas las garantías que le son propias en el orden penal. Garantías indeclinables por más que algunos intenten deslegitimarlas hablando de «ideología del derecho de defensa» o de «argucias liberales». Sin comentarios.

Se acaba de presentar públicamente un nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal², cuyo artículo 477, al tratar de la prueba pericial, se refiere a las causas de abstención y recusación del perito. Entre ellas puedo referirme a la de «tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante» (2.^a Causa), a la de «estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus procuradores o abogados» (3.^a causa), a la de «haber dado anteriormente dictamen contrario a la parte recusante sobre el mismo asunto» (6.^a Causa), y

¹ Vid. p. ej., mis artículos «Cuestiones relativas al proceso penal por delito fiscal» en Principios, derechos y garantías constitucionales del régimen sancionador tributario (segundas Jornadas sobre Derecho Constitucional Tributario) varios autores, en «Documentos» doc. núm. 19/01, vol. I. Instituto Estudios Fiscales. Madrid 2001., pp. 97 a 117; «Notas sobre las crisis del proceso penal por delito fiscal» en *Libro Homenaje al Profesor D. Diego-Manuel Luzón Peña*. Ed. Reus. Madrid 2020. vol. II, pp. 1473 a 1486.

² Quiero agradecer a Juan José López Ortega su remisión.

con carácter principal por lo que aquí interesa a la de «haber intervenido en el procedimiento previo, en vía administrativa, por los mismos hechos, sin perjuicio de que al prestar declaración como testigo-perito pueda incorporar los conocimientos técnicos, artísticos o prácticos que tenga sobre los mismos» (9.^a Causa).

La causa 9.^a de recusación viene a intentar solucionar un problema ya antiguo, fundamentalmente planteado, aunque no solo, en los procesos penales por delito fiscal. Se trata del debate relativo a si los Inspectores de Hacienda pueden ser peritos en tal tipo de procesos, con carácter general y específicamente por lo que se refiere a aquellos Inspectores que han intervenido en el expediente tributario previo concluyendo que, a su juicio, puede haber delito fiscal, delimitando los aspectos objetivo y subjetivo del delito e incluso los posibles partícipes criminales. Conocido es que, conforme se prevé normativamente, dicho informe puede dar lugar a que posteriormente la Administración Tributaria ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal el expediente tributario, con dicho Informe, quien presentará denuncia o querrela en base al mismo, dándose lugar a un proceso penal en el que el o los inspectores que suscribieron el aludido informe se proponen que intervengan como peritos. No se trata de analizar normativamente este proceso, sino de poner de relieve, una vez más, que aquel inspector que realizó el referido informe en fase tributaria acaba siendo perito en el proceso penal. Esa es la realidad.

Como digo ya hace tiempo que se ha cuestionado doctrinalmente este hecho. La jurisprudencia ha ido cambiando de criterio, encontrándonos en la actualidad (es cierto) con una jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene admitiendo la posibilidad de que dichos inspectores sean peritos en el proceso penal. Mientras ha habido alguna sentencia ciertamente significativa de la Audiencia Nacional que sostuvo lo contrario³ y en ocasiones nos encontramos con Sentencias de algún Juzgado de lo Penal⁴ que también sostienen lo contrario, esto es que tales inspectores no pueden ser peritos. No cabe olvidar que en materia de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, también de sus garantías procesales, todas las togas deben ser igualmente tenidas en cuenta:

Desde esta perspectiva no cabe admitir que se confunda en la misma persona a quien realmente es denunciante con el perito, que ade-

³ Sentencia núm. 28/07 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el Rollo de Sala núm. 15/2005, de 19 de abril de 2007.

⁴ Citada en el artículo publicado en el Libro Homenaje a Luzón Peña, en Nota 1.

más lo sería sobre la bondad de su propia actuación. Tampoco cabe aceptar que la estimación de tal suerte de pericial se sostenga en la condición de funcionario del propuesto como perito, y por ello independiente e imparcial, lo que en línea de principio no se cuestiona; pero esta apreciación comporta aludir a la concurrencia de imparcialidad subjetiva, cuando no se trata de eso sino de la imparcialidad objetiva que se rompe por el contacto previo y decisión previa en el expediente administrativo, en el que se asientan por el funcionario conclusiones punitivas que predeterminan, esto es prejuzgan, los hechos en dicha fase administrativa. Se pierde, en suma, la imparcialidad objetiva al existir tal suerte de contaminación previa por parte del inspector. No se trata por esta razón, en definitiva, de pérdida de imparcialidad subjetiva sino objetiva. La jurisprudencia de estima que el inspector puede ser perito al ser funcionario y por ello imparcial yerra por cuanto se centra en lo subjetivo y no en la aludida contaminación objetiva.

Estas y otras razones han permitido que alguna doctrina y jurisprudencia (5) no admitieran la condición de perito en el inspector. Los argumentos son atendibles como en ocasiones se reconoce en «boca pequeña procesal».

El planteamiento del nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal apunta en este sentido en su art. 477, en las causas de recusación/abstención antes señaladas, especialmente en la 9.^a No obstante considero que aun estando clara la exclusión de la condición de perito, en sentido estricto, a quien haya intervenido en el procedimiento previo, en vía administrativa, lo hace un tanto «a la defensiva» admitiendo que sea testigo-perito.

La fórmula de testigo-perito es controvertida y tiene reflejo jurisprudencial. En realidad si acudimos a la regulación de la testifical en el Anteproyecto (arts. 462 a 472) no encontramos referencia alguna a esta concepción híbrida entre testigo y perito. El testigo declara sobre hechos y circunstancias fácticas para determinar el delito y sus responsables, nada más. En la regulación de la prueba testifical en Juicio Oral se prevé en el artículo 670.3 que «cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a la que se refieren los *hechos* del interrogatorio, se admitirán las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos el testigo agregue a sus respuestas» (la cursiva es propia). Sin duda que se trata de conocimientos por su formación para mejor conocer los *hechos* acaecidos, no para peritar sobre conclusiones contables, ni mucho menos jurídico-tributarias,

e incluso penales, que es lo que se asienta en los informes previos de la inspección, sobre los que luego se ratifica el inspector como perito. Sin duda que esta referencia de la testifical conecta con la «reserva híbrida» contenida en la causa 9.^a de recusación/abstención antes dicha.

El compareciente en juicio es testigo o es perito. La referencia de dicha causa 9.^a deslucen la real pretensión del pre-legislador. Si no pueden ser los inspectores peritos, no pueden ser. Habría que suprimir la referencia en la causa 9.^a de recusación/abstención a la posibilidad de que sean testigos-peritos, pues esto supone vaciar de contenido el real objeto de dicha causa. En la práctica todo seguiría como hasta hoy, salvo resoluciones bien fundadas de algunos órganos jurisdiccionales, continuando con su función pericial mediante una *fórmula elusiva* de las garantías propias del proceso que también afectan a la imposibilidad de que un perito contaminado objetivamente como tal, con pérdida de imparcialidad objetiva, declare como tal. Suprimida dicha prueba testifical la regulación prevista en el art. 670-3.^a, ante señalada, que habría que suprimirla o hacer una interpretación clara de la misma, incluso restrictiva, dejando mejor establecido, de modo expreso, que la razón artística o de ciencia propia que apunte el testigo debe serlo exclusivamente en relación con los hechos, no con discursos valorativos, de inferencias, jurídico tributarias o penales, que no puedan incluirse en manifestaciones de prueba exclusivamente fácticas.

Además de lo dicho, subsisten el resto de causas y razones expuestas⁵ (5) en orden a la imposibilidad de que el inspector previamente actuante, materialmente denunciante, declare como perito, bajo fórmula alguna.

Valga esta nota como una propuesta de modificación del Anteproyecto y en todo caso como una modesta contribución en homenaje a Luis Arroyo, sin que su parquedad, por los factores expuestos al inicio, limiten lo más mínimo mi gran afecto hacia su persona y el reconocimiento a una brillante vida académica en todos los sentidos, como docente, como investigador y como Rector Magnífico.

⁵ Así, confusión entre denunciante y perito, jerarquización, transmisión de valoraciones en contra del criterio del Tribunal Constitucional sobre lo que acreditan las diligencias, actas de la inspección, etc. Me remito a lo publicado, según en nota 1.

O OBJETO DA AUDIÊNCIA NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS*
Universidade de Coimbra

SUSANA AIRES DE SOUSA**
Universidade de Coimbra

«No hasgas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen (...).»

Com estas palavras se dirigia Don Quijote de la Mancha a Sancho Panza, Gobernador de la Ínsula Barataria. A amizade à lei justa e boa – à Lei no seu sentido autêntico – é presença constante na obra do querido homenageado Luis Arroyo Zapatero. Foi justamente essa preocupação com a Verdade e com a Justiça que nos guiou na escrita deste texto, esperando com ele prestar a devida homenagem ao Professor que desde Castilla-la-Mancha se faz presente em todos os domínios da ciência penal.

I

O tema do «objeto do processo» é tido como um dos mais complexos da ciência processual penal. Cultivando o primeiro subscritor do presente artigo esta ciência há seis décadas, não teve ocasião para dedicar expressamente um escrito a tal tema; o que sucedeu porque tendo publicado, pouco antes do «25 de abril de 1974», o tomo I do seu compêndio de processo penal¹, a matéria relativa ao objeto deveria ser tratada no tomo II... que não chegou a ser escrito. Mas nem o tema era

* Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal* I 1974.

por ele minimizado, nem deixava de ser explanado nas aulas teóricas de Processo Penal², que desde 1962 proferiu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Consolidou-se, entretanto, o entendimento do direito processual penal não como mera ancila do direito penal substantivo – como conjunto de formalidades destinado a conferir execução prática aos seus mandamentos –, mas como ramo do direito que possui *a mesma hierarquia científica* daquele, a sua autónoma materialidade e mesmo uma certa «prioridade» nas tarefas de realização da justiça. O que terá levado a que o tratamento científico português do direito processual penal tenha, neste século, subido de interesse e de nível. Deve esperar-se que uma tal situação se prolongue e intensifique. Sem esquecer, porém, que em caso algum a autonomia jurídico-material do processo deve obnubilar que este é *função do direito substantivo* que por seu intermédio se quer executar e que é este que lhe confere sentido jurídico específico.

Entre o Sila da dependência do processo como instrumento formal de realização do direito substantivo e o Caríbdis de uma sua exagerada autonomização relativamente a este, talvez valha a pena parar para refletir, com o fim de retornar à «limpidez do essencial»³. É o que aqui se pretende fazer através de uma exposição doutrinal que logre dar conta da problemática em questão e das soluções essenciais que, em nossa opinião, devem ser advogadas na querela.

II

1. A denominação «objeto do processo penal» pode logo ser tomada no seu (amplo) *significado literal*. Ela abrangerá então a questão de o agente de um crime acusado dever ser ou não punido por um certo comportamento e, em caso afirmativo, das sanções que devem caber-lhe. E não falta quem assuma o conceito nesta aceção ampla, com a consequência de relevarem para ela não *um*, mas *vários* conceitos de objeto; consoante, nomeadamente, a *fase* processual – o objeto do inquérito não terá de ser o da instrução, o da instrução não terá de ser o do julgamento, o do julgamento não terá de ser o do recurso, etc. – ou

² E ficou documentado, em valioso elemento de estudo e reflexão sobre as suas aulas teóricas e práticas, por Mário TENREIRO, «Considerações sobre o objeto do processo penal», *Revista da Ordem dos Advogados* 47 (1987) 997.

³ Como diria Faria COSTA, «Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal [RPCC]* 12 (2002) 7.

a natureza do processo penal em causa (v. g. de adultos, de menores, etc.)⁴.

Ninguém ignora, porém, que na ciência do direito mesmo os *termina technici* não têm de ser tomados na sua interpretação literal⁵, antes devem ser em princípio (tanto em sede legislativa, como interpretativa, como aplicativa) *teleologicamente* assumidos. Na doutrina jurídica conceitos construtivos fundamentais – *i. e.*, categorias fulcrais da construção dogmática – assumirão interesse se com eles puderem iluminar-se, a partir do estabelecimento da sua *função* e das suas *finalidades*, problemas reais da vida, nomeadamente, conflitos concretos de interesses da pessoa, da comunidade, ou de ambos. O conceito em análise ganha aquela natureza e aquelas características se for construído relativamente a *uma* das fases do processo penal, a da *audiência de julgamento*⁶; procurando por esta via delimitar aquilo que compreende (e aquilo que excede) a totalidade das matérias que o tribunal pode e deve investigar e julgar em resposta à acusação que contra o arguido foi deduzida.

2. Básico é compreender, na integralidade da proposição, que o objeto da audiência penal haverá de ser o correlativo do *princípio acusatório*: se a audiência tem como pressuposto necessário uma acusação deduzida contra o arguido por entidade distinta da que vai proceder ao julgamento, o arguido só deverá responder nos limites da matéria de que seja acusado, não de qualquer outra, por maior que seja a semelhança (substancial, espacial, temporal, jurídica...) com a que integra a acusação. Na medida em que tais limites sejam extravasados o processo deixará de ser um processo *acusatório* – quer se trate de um processo acusatório puro, à maneira norte-americana, análoga à do processo civil, ou antes, ao modo português, de um processo acusatório mitigado, *sc.*, integrado por um princípio de investigação judicial subsidiário. Como conclusivamente se afirma em língua alemã, *wo kein Kläger kein Richter*.

Com uma precisão: à fase de inquérito pode no processo penal seguir-se, como sucede em Portugal, uma fase de *instrução* a cargo de um juiz, quando requerida pelo assistente ou pelo arguido, nos termos do

⁴ Assim o faz K. PETERS, *Strafprozess. Ein Lehrbuch* 21966 241 ss. Neste entendimento também, entre nós, Henrique SALINAS, *Os Limites Objetivos do Ne Bis in Idem e a Estrutura Acusatória no Processo Penal Português* 2012 367 ss.

⁵ Embora, por vezes, uma tal aceção possa relevar para certos efeitos, *v. g.*, em matéria de *nulla poena sine lege*: assim Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal. Parte Geral I* 32019 220 ss.

⁶ Em idêntico sentido H. HENKEL, *Strafverfahrensrecht* 21968 336 ss., ao tratar as questões que normalmente se reputam cabidas ao objeto do processo no parágrafo que titula *Verhandlungsgegenstand* (objeto da audiência).

artigo 287^o-1, a) e b) do CPP⁷; caso em que quanto acima se afirmou relativamente à «acusação» deverá valer para a pronúncia com que se encerra a instrução. Sejam embora diferentes os titulares das fases de inquérito (o Ministério Público) e de instrução (o Juiz de Instrução), em perspetiva teleológica a função e as finalidades da acusação, agora comprovada judicialmente, transferem-se nesse caso para o despacho que determine o julgamento⁸. Com o que em nada se alterarão as considerações tecidas em matéria do princípio da acusação, da sua função e do seu significado teleológico-material: em casos tais *é ao despacho que determina o julgamento que cabe a exata delimitação do objeto da audiência*.

3. No que respeita à *teleologia* do conceito de objeto do processo, afirma-se em geral que ele releva sobretudo para delimitação das fronteiras – e mesmo para determinação da substância – de categorias processuais como as da *litispendência* e do *caso julgado*, e mesmo de princípios básicos como o *ne bis in idem* (na medida em que este abranja questões que, para além daquelas categorias, ainda eventualmente lhe caibam⁹). E é pouco menos que indiscutível a enorme relevância que o objeto do processo assume para estes problemas; sem que, todavia, com eles se deva confundir, afirmando que o objeto do processo define, sem mais ou sem menos, a extensão, o conteúdo e o sentido de problemas tais. Cada um destes possui a sua específica função e responde a finalidades próprias, que não têm de se confundir com a função e as finalidades do conceito de objeto do processo: trata-se neste de um auxiliar precioso (e muitas vezes indispensável) de iluminação da temática daqueles, mas que não tem de com eles coincidir na sua extensão e na sua finalidade problemáticas.

A finalidade do conceito de *objeto da audiência* reside na *precisa definição do sentido e dos limites que deve assumir a utilização pelo tribunal do*

⁷ Sobre esta fase da instrução, na sua teleologia e na sua conformação legal, veja-se Nuno BRANDÃO, «A nova face da instrução», *RPCC* 18 (2018) 228 ss. Também Ivo Miguel BARROSO, «Sobre o regime da alteração substancial de factos não autonomizáveis, na fase de instrução», *Julgar*, disponível em <http://julgar.pt/sobre-o-regime-da-alteracao-substancial-de-factos-nao-autonomizaveis>.

⁸ O juiz de instrução está ele próprio, em certa medida – a estabelecida pelo artigo 303^o – do CPP, limitado pelo objeto da acusação, não sendo livre de o modificar. Por todos e por último, com exemplos esclarecedores e um amplo conjunto de referências bibliográficas, Pedro Soares ALBERGARIA, art. 303^o, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal* III, Almedina, 2021.

⁹ De que neste escrito não se curará. Até porque o interessado encontra, em autores portugueses recentes, um seu largo e proficiente tratamento: cf. só A. Medina de SEIÇA, «A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia (Aspectos de um processo ainda não transitado)», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias* I 2009 935, Henrique SALINAS (nota 4), Inês Ferreira LEITE, *Ne (Idem) Bis in Idem: A Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento como Contributo para a Racionalidade do Poder Punitivo Público* 2015.

*princípio da investigação, que lhe cabe como um «dever» de prosseguir a boa decisão da causa*¹⁰. O princípio de investigação (ou «da verdade material» como também é chamado¹¹), previsto em geral no artigo 340º do CPP, faz recair sobre o tribunal o dever de esclarecer, independentemente dos contributos probatórios da acusação e da defesa, o facto que lhe cabe julgar. Este dever de investigar está evidentemente condicionado pela estrutura acusatória que conforma o processo penal português, daqui resultando que o seu exercício se esgota nos factos que integram o objeto da audiência. Se nem todos «os factos ou circunstâncias»¹² que integram o acontecimento criminoso têm de estar no despacho de acusação, não são quaisquer factos descobertos ao abrigo daquele dever de investigação que podem ou devem ser adicionados em audiência de julgamento, sob pena de poder perverter-se a estrutura acusatória. É nesse sentido que deve atribuir-se a este princípio de investigação uma *natureza subsidiária*¹³, delimitada pelo ato acusatório: ao juiz cabe esclarecer só o facto que lhe compete julgar. Não é estendendo a função e as finalidades do objeto da audiência a problemas que rigorosamente lhe não pertencem e podem confundi-lo que se enobrece ou engrandece o tema respetivo. Reduzido à sua teleologia específica, o tema do objeto do processo encerra já a problemática complexa que ficou referida.

III

1. A tarefa do tribunal de investigar e decidir em audiência a matéria levada ao seu conhecimento pelo ato acusatório é *objetivamente delimitada* (chamado efeito de *vinculação temática* do objeto do processo): tal investigação e decisão abrange a *facticidade* acusada (vertente objetiva) e as *peças* reputadas responsáveis por aquela (vertente subjetiva). À determinação desta matéria e à tarefa do seu esclarecimento chamaremos a *questão do facto*¹⁴ *processual*.

¹⁰ Por todos Jorge de Figueiredo DIAS (nota 1) 148.

¹¹ Maria João ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 2018 72.

¹² José Cruz BUCHO, «Alteração substancial dos factos em processo penal», *Julgar* 9 (2009) 44.

¹³ Sobre ela Jorge de Figueiredo DIAS, «Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português», *RPCC* 18 (2008) 368.

¹⁴ *Questão do facto*, não «*questão-de-facto*», porque não pretendemos trazer para este contexto a problemática filosófico-teorética da distinção entre «matéria de facto» e «matéria de direito», sobre a qual continua fundamental a investigação de António Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade* I 1967. Que esta problemática constitua pressuposto inevitável de múltiplos temas dogmático-práticos no mundo do Direito, não lança uma espécie de anátema sobre o estabelecimento da distinção em diferentes contextos e termos normativo-teleológicos.

Processual, sublinha-se, porque o conceito de facto relevante para definição do objeto da audiência penal não tem de coincidir, segundo a sua teleologia própria, com o conceito de facto que vale em direito penal substantivo e é comumente descrito como o «comportamento humano integrante de um tipo legal de crime». A questão do facto processual e do facto substantivo interpenetram-se, desenvolvem-se em conjunto, sem que contudo percam autonomia, até ao momento da decisão final.

O argumento essencial radica em que a visão individualizada – ou talvez melhor: *atomística* – do facto requerida pela função, pelas finalidades e pela estrutura do direito penal substantivo não é imposta nem serve as que são próprias do direito processual penal, especialmente do princípio da acusação: estas são determinadas, em último termo, pela conceção dos «fins (ou finalidades) do processo penal». Sobre esta questão magna apresenta-se nos últimos tempos como largamente dominante a ideia de que ela é plúrima (talvez «tripla» e não «una»), residindo por um lado na *descoberta da verdade*, por outro na *proteção dos direitos humanos* implicados e, por outro ainda, na *eficiência* dos meios utilizados. Isto exige, porém, uma palavra de explicitação, nomeadamente sobre a forma como esta tríplice finalidade deve ser concatenada¹⁵.

2. Neste trilátero dos fins do processo penal desde há muito se reputa a «descoberta da verdade» como a mais precípua das suas finalidades; logo se acrescentando, ao menos nos processos penais acusatórios de tipo europeu, ser aquela uma verdade *material* e não meramente *formal*. Como verdade material se considera a realidade histórica do acontecer; e como verdade formal se entende a verdade tal qual resulta do processo e não tem de coincidir com a realidade histórica do acontecido. Deparar-se-ia aqui pois com o binómio verdade *extraprocessual* (do acontecimento histórico), típica do processo penal e verdade *intraprocessual* (criada por certos procedimentos não penais, em particular os civis).

Parece-nos, todavia, desnecessário e mesmo menos correto contrapor – como se tem feito e continua prevalentemente a fazer-se – descoberta da verdade e direitos do arguido como finalidades independentes e, em alguns casos, contrapostas. A verdade que se busca no processo penal é uma *nova verdade*, uma verdade que o juiz tem de *construir* no

¹⁵ Sobre o que imediatamente se segue, em pormenor, Jorge de Figueiredo DIAS, «Sobre a espécie e a natureza da ‘verdade’ em processo penal», *Liberdade, Sempre! Homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca por Ocasão dos seus 70 Anos 2020* 579 ss., na esteira de U. K. PREUSS, «Strafverfahrensrecht und politische Kultur», 7. *Strafrechtsverteidertages*, Frankfurt, abril de 1983.

processo. Os direitos e liberdades das pessoas não são *limites* da verdade histórica; são, *conjuntamente com a verdade histórica, condições necessárias de construção de uma nova verdade pragmática e contextual: a verdade processual penal, apreendida pelo facto processual* com base na verdade histórica. Uma nova verdade construída e representada como realidade comunicativa (*hoc sensu* participativa), cujo carácter específico reside em que ela, segundo os critérios próprios de aferição da culpabilidade e da pena criminal, é assumida em *decidibilidade*¹⁶, acabando, nesta precisa medida, por se revelar eventualmente diferente da verdade «material». Dito de outra forma, porventura mais clara: também no processo penal – um processo, por sua inescapável natureza, *autoritário e coativo* – não se trata só de *descobrir* a verdade histórica do facto, mas antes de *construir* uma verdade processual, fundada num determinado acontecimento e lograda segundo os princípios construtivos da capacidade de decisão sobre a autoria e a culpabilidade de uma pessoa. Uma verdade que se materializa em procedimentos que, por vias indiretas ou mediatas, lhe dão a forma e o conteúdo necessários a uma decisão justa¹⁷. Se não tivermos medo das palavras, diremos então que também a verdade processual penal é uma verdade *intraprocessual, sem por isso deixar de ser verdade*¹⁸.

Com o que terá de considerar-se a sempre invocada incompatibilidade entre verdade e defesa dos direitos humanos a toda uma nova luz. Os direitos humanos não são *limites* à «descoberta» da verdade: são, entre muitas outras, *condições necessárias de construção de uma nova verdade pragmática e contextual*. Uma verdade que depende essencialmente do significado de sentido dos factos para a consciência-ética judicante: dos factos necessitados de prova, cuja correta interpretação jurídica se *apresenta como irrenunciável*. Esta a *verdade processual penal* válida e vinculante, a mais autêntica (e nesta aceção compreensiva a *única*) finalidade do processo penal.

3. Isto dito, revertamos à nossa pergunta, que traduz no fundo aquilo que na doutrina se titula como princípio da *identidade do objeto do processo* e segundo o qual o «facto processual» deve manter-se o mes-

¹⁶ Atenda-se, neste ponto, ao pensamento subjacente à consideração de Fernanda PALMA, «A teoria do crime como teoria da decisão penal (Reflexão sobre o método e o ensino do direito penal)», *RPCC* 9 (1999) 523.

¹⁷ Cf. Susana AIRES DE SOUSA, «Neurociências e processo penal: verdade *ex machina?*», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade II* 2017 884

¹⁸ Já nos precisamos termos desta afirmação Jorge de Figueiredo DIAS (nota 1) 194 s.

mo desde a acusação até à sentença. Em que se analisa esta *questão do facto* que conforma a determinação do objeto processual penal?

a) Do ponto de vista *subjetivo (pessoal)*, as dúvidas não são muitas nem de esclarecimento controvertido. Se do facto acusado foram A e B reputados seus autores e participantes, não pertence ao tribunal condenar C e D, mesmo que da audiência tenha resultado a segura convicção do tribunal (a «certeza judicial») de que foram estes e não aqueles os agentes responsáveis: C e D não podem, em caso algum, ser condenados naquele processo. Tudo quanto o tribunal pode fazer (talvez melhor, *deve* fazer, em virtude do amplo princípio de investigação que na audiência lhe cabe) é comunicar ao ministério público a sua convicção e os elementos que a fundamentam, para que este proceda em conformidade. Não porque uma audiência contra C e D violasse a exigência de respeito pelo princípio *ne bis in idem*: proibida por este será apenas uma audiência repetida pelo mesmo facto contra as mesmas pessoas; mas porque um procedimento contra elas se encontra *fora* do objeto da audiência.

b) Do ponto de vista *objetivo (fáctico)*, a questão é bem mais complexa e discutida. É seguro que auditado deve ser unicamente o facto acusado; mas continua a ser extremamente questionado determinar os contornos daquele, de modo a que se respeite a *identidade* (e a *indivisibilidade*) do *facto acusado* e, conseqüentemente, do objeto da audiência.

Por força da riquíssima e fundamental investigação de Eduardo Correia, o problema foi em Portugal, durante décadas, quase exclusivamente controvertido no respeitante à determinação da *natureza* do facto, implicando saber se ela é *naturalística* – por referência aos elementos componentes segundo a realidade do mundo físico-natural – ou antes *normativa* – por referência ao(s) tipo(s) legal(is) de crime que aquele facto tenha eventualmente violado¹⁹. Hoje, esta questão está desvalorizada em larga medida; até ao ponto de Henrique Salinas afirmar paradigmaticamente: «é legítimo concluir-se que, entre nós, a polémica encontra-se ultrapassada»²⁰. Se D é acusado de ter roubado a E uma carteira e os seus pertences quando atravessavam uma rua, para a questão do facto não é relevante saber se se tratou de furto ou de roubo, ou eventualmente até de nenhum destes crimes; mas se cerca das 18 h. do

¹⁹ Eduardo CORREIA, *Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*, 1948.

²⁰ Henrique SALINAS (nota 4), 215.

dia 23 de outubro ambos atravessavam aquela rua, se *E* trazia consigo uma malinha com dinheiro, se *D* a arrancou do ombro de *E* com violência ou se esta a deixou cair e *D* a encontrou abandonada, etc., etc.

Neste sentido, bem se compreende que hoje se aceite um pouco por toda a parte – com particular insistência pela jurisprudência e pela doutrina alemãs – que a questão do facto em audiência penal traduz o sucesso social, o episódio natural²¹, ou (como, em sentido substancialmente idêntico, o primeiro subscritor deste texto sempre ensinou) o *pedaço de vida unitário* referido na acusação²²; «pedaço de vida» interpretado no sentido de que a ele pertencem todos os acontecimentos e circunstâncias que, segundo uma consideração natural da vida, conformam um *processo unitário* e são ao mesmo tempo adequados a que o «fazer» (ou o não fazer») caído neste âmbito possa aparecer como punível sob um qualquer ponto de vista jurídico. Isto significa que o tribunal não deve limitar a sua atividade a pronunciar-se sobre a correção ou incorreção do ato acusatório em matéria do facto: tal contrariaria o seu dever de investigação autónoma e auto-responsável, necessário à boa decisão da causa (art. 340º); ele deve antes comprovar e apreciar a integralidade do facto tal como ele se apresenta na audiência e que não tem de coincidir com o conceito correlativo em direito penal substantivo²³.

Contra uma conceção deste tipo em matéria de questão do facto na audiência têm-se esgrimido basicamente duas linhas críticas.

Um argumento de natureza *cognitiva*, dirigido à impossibilidade teórica de cisão entre factualidade e valoração. Argumento que, a ter-se por procedente, não invalidaria apenas a doutrina do objeto da audiência penal tal como ficou sugerida, mas uma grande parte do que se tem pensado e escrito na própria doutrina do direito penal substantivo, onde a quase cada momento de distingue o substrato da valoração e a valoração do substrato.

Outro argumento de natureza *processual prática*, que – para além de exprobar a indeterminação do conceito de sucesso ou pedaço de vida unitário – critica a circunstância de, por um lado se considerar (corretamente) que entre direito penal substantivo e direito processual penal se

²¹ O qualificativo «naturalístico» deve ser evitado porque, como a leitura do estudo de Eduardo CORREIA (nota 19) documenta, pode constituir fonte de interminável – e neste contexto. deslocada – controvérsia *filosófico-jurídica*.

²² Em sentido substancialmente idêntico fala frequentemente a jurisprudência portuguesa de «facto histórico unitário»: cf. p. ex. TRL 11-3-14, *Coletânea de Jurisprudência* 2014-2, 144.

²³ Esclarecimento na altura esgotante do problema – com visão de conjunto sobre jurisprudência e doutrina – em Eberhard SCHMIDT, *Lehrkommentar* 21 Erl. 295 ss., 526 ss.

verifica uma relação mútua de complementaridade funcional²⁴, e por outro lado se construir e aceitar um conceito especializado de facto processual. Mas não existe aqui qualquer contradição. *Juridicamente*, o tribunal tem de esgotar o conteúdo de desvalor jurídico-penal da questão do facto suscitada pela acusação e, por conseguinte, de apreciar e de sentenciar juridicamente o facto sob todos os pontos de vista²⁵. Que, para tanto, se tenha logo de construir um conceito de facto processual mais lato que o do direito substantivo é algo de indispensável e de inevitável.

IV

1. No que respeita à *consideração jurídica* da questão do facto conformadora do objeto da audiência, o tribunal não está de nenhum modo ligado aos termos do ato acusatório, mas é *inteiramente livre*. É inclusivamente livre de alterar a qualificação jurídica atribuída aos factos descritos na acusação, desde que obedeça aos requisitos legais (exigidos p. ex. pelo artigo 358^o-1 e 3 do CPP) em cumprimento do exercício do direito de defesa. Estejam ou não as normas jurídicas que entram em questão no caso referidas naquele ato, o tribunal deve apreciar o substrato em audiência sob *todos os pontos de vista jurídicos*. Fosse doutra maneira e a sentença deixaria em aberto a afirmação ou a negação da aplicação, na concreta hipótese, das leis penais que o ato acusatório reputa como tendo sido violadas; o que contrariaria o dever de apreciação e de decisão do tribunal que segundo o princípio da investigação lhe cabe.

2. Cremos ficar no essencial justificada, deste modo, a forma como, durante a sua docência, o primeiro subscritor deste texto ensinou conclusivamente que o objeto do processo penal é constituído pela *questão do facto descrita no ato acusatório e pelo conjunto das questões do direito que a questão do facto deva suscitar*²⁶.

Isto dá claramente a entender que, em perspetiva jurídica, constitutiva do objeto da audiência é não apenas a violação jurídica acusada, mas todas as violações que, com aquela, sejam ainda suscitadas pela questão do facto referida na acusação. O que arrasta para a problemática do objeto da audiência a questão jurídico-substantiva do *curso de infrações*, a que afinal nem a construção de um conceito processual de facto consegue

²⁴ Assim já Jorge de Figueiredo DIAS (nota 1), 28.

²⁵ Vd., por todos, Jorge de Figueiredo DIAS (nota 1), 71 ss., 148.

²⁶ Jorge de Figueiredo DIAS (nota 1), 144 e, sobre ele, Mário TENREIRO (nota 2), 997, 1024 ss.

furtar-se²⁷. Recorramos de novo a um só exemplo simples: *F*, com o seu automóvel, atropelou *G*, causando-lhe ferimentos e manteve-se em marcha, sendo acusado do crime de ofensa à integridade física por negligência constante do art. 148º do CP. Na audiência dá-se como provado, porém, que, na sequência do acidente, *F* cometeu também o crime de omissão de auxílio referido no art. 200º-2 do CP e de que *G* foi vítima. Poderá (e deverá) este crime de omissão ser tido em conta na sentença, nomeadamente para efeito de uma condenação de *F* por ele?

V

1. Praticamente em nenhum processo penal, mesmo naquele que leve ao extremo a acusatoriedade, a apreciação e a decisão em audiência seguirão até à sentença, em todos os pormenores, os termos do ato acusatório. O decurso da audiência implicará quase sempre, compreensivelmente, *alterações dos termos acusatórios*. E assim será não só dado o carácter em princípio discutível e controvertido da matéria acusada e do seu enquadramento jurídico, mas por força do cumprimento pelo tribunal do *princípio da investigação judicial*, segundo o qual lhe cabe o poder-dever de esclarecer esgotantemente a questão do facto a ele submetida.

Verificando-se em toda a parte, em maior ou menor medida, diferenças entre os termos do ato acusatório e os que resultam da audiência, a pergunta torna-se inevitável: em *todos* estes casos se depara com um novo e diferente objeto do processo? Responder que *não* significaria abandonar o tema do objeto e dos princípios e necessidades que o fundamentam. Responder que *sim* significaria abandonar a ideia de *eficiência processual* (máxime de economia processual, mas não só) e mesmo de justiça penal comunitária, através da infundável repetição de processos sobre o mesmo acontecimento. Também nesta matéria merece por isso declarada preferência uma solução prático-normativa que preserve na maior medida possível por um lado a eficiência e a própria viabilidade comunitária do processo penal, por outro os seus princípios gerais, nomeadamente em tema de defesa de direitos humanos fundamentais e de manutenção da estrutura e da matriz acusatórias.

2. Aqui chegados, impõe-se uma referência às soluções acolhidas noutras legislações, próximas da portuguesa, na prossecução deste difícil equilíbrio; sendo certo que nesta matéria, como em outras estrutu-

²⁷ Nem a partir daqui poderá afirmar-se rigorosamente, como Henrique Salinas (texto correspondente à nota 20), que o problema da natureza do facto em análise na audiência se encontra hoje «ultrapassado».

rantes do processo penal, se depara com inevitáveis oscilações do legislador que em nada contribuem para diluir a complexidade problemática. Vejamos simplificadaamente.

Em Espanha, a lei processual admite – no art. 746, 6, da Ley de Enjuiciamiento Criminal – a possibilidade de a audiência oral ser suspensa para realização de uma «*sumaria instrucción suplementaria*», quando da produção de prova resultem novos factos conexionsados com os acusados que produzam «alteraciones sustanciales en los juicios», favoráveis ou desfavoráveis ao arguido. Este instituto, também designado de *instrucción suplementar*, é fundamentado pela jurisprudência espanhola²⁸ no direito constitucional a produzir prova sobre factos que integram o objeto do processo, previsto no artigo 24.º, 2 da Constituição. Contudo, tanto a doutrina como a jurisprudência constitucional reconhecem limites a esta «instrução complementar» de factos novos fundados no exercício do direito de defesa²⁹. Nos termos do art. 747 a suspensão do juízo não pode ser determinada *ex officio*, mas tem de ser requerida pelo ministério público, em cumprimento de uma certa ideia de acusatoriedade do processo. Este é assim devolvido à fase de investigação para que o objeto do processo possa ser completado e a audiência retomada.

Também em Itália o artigo 516º do CPP admite alterações ao ato acusatório quando o decurso da audiência revela uma alteração do facto constante da acusação, caso em que pode o ministério público «modificar a imputação». Contudo, esta norma, como também a do art. 517º, tem estado sujeita a um constante escrutínio do tribunal constitucional, essencialmente da perspectiva do direito de defesa. A censura constitucional, afirmada em várias decisões³⁰, toma por objeto não tanto a possibilidade de na audiência se alterar o facto processual, mas antes a omissão normativa quanto ao exercício do direito de defesa e às garantias constitucionalmente reconhecidas ao *imputato*, preservando-se, por exemplo, a possibilidade de este reagir àquela modificação, de ser ouvido, ou mesmo de requerer ao juiz de julgamento a suspensão do procedimento para fins probatórios³¹.

²⁸ Cf. STS 32/2019, 29 de janeiro de 2019.

²⁹ Sobre eles, Vicente GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal* 32019 834,

³⁰ Cf. as decisões da Corte Costituzionale n. 265, de 30 junho de 1994, n.º 530 de 29 de dezembro de 1995; n. 206, de 17 de julho de 2017 e n. 14 de 11 de fevereiro de 2020.

³¹ Sobre esta última questão veja-se a recente decisão de 11 de fevereiro de 2020, disponível em <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/02/Corte-Costituzionale14-2020.pdf>

Finalmente na Alemanha, na linha adotada pela StPO, o problema resolve-se principalmente através do instituto da *nachträgliche Antrag* (acusação complementar ou suplementar, StPO § 266), permitindo que o objeto do processo possa, dentro de determinados limites, ser ampliado³². Esta acusação – pressuposto que persista ainda alguma conexão com a questão do facto processual inicialmente acusado – pode ser apresentada oralmente³³, sem prejuízo de passar depois a constar dos autos; sendo sempre dada ao acusado oportunidade de dela se defender (StPO § 200). Desta forma se pensa proteger até ao limite a acusatoriedade do processo – tanto mais que a complementaridade da acusação no mesmo processo pode, como frequentemente se anota, ser do interesse do próprio acusado –, preservando na maior medida a eficiência e a economia processuais³⁴.

3. Diferente foi a via seguida pelo direito processual penal português. Pressuposta a identidade do objeto do processo, as alterações fácticas, chegadas ao conhecimento do tribunal em audiência, dividem-se em duas categorias, consoante representem uma *alteração substancial ou não substancial do facto* constante do ato acusatório. Nos termos substancialmente definitórios do artigo 1.º f) do CPP, entende-se por alteração substancial do facto «aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis».

A isto acresce a complexa doutrina resultante dos arts. 358º e 359º, o primeiro relativo à alteração não substancial, o segundo à substancial. Da conjugação daquelas duas normas resulta que a questão do facto não é absolutamente *estática*, podendo ser alterada através da adição de circunstâncias factuais que dele fazem parte. Contudo, a alteração que se admite ao juiz da audiência é *residual* e *mínima*, em cumprimento da vinculação do tribunal ao objeto da acusação.

Com efeito, sendo essa alteração qualificável como *substancial*, a continuação do julgamento com a adição dos novos factos dependerá do *acordo* entre o ministério público, o arguido e o assistente (desde que os novos factos não determinem a incompetência do tribunal), nos termos do n.º 3 do art. 359º *Não se verificando esse acordo* – como agora resulta das alterações introduzidas pela reforma do CPP de 2007, – ou os novos factos descobertos se têm por «autonomizáveis», valendo a sua

³² MüKoStPO/Norouzi, StPO 2016 § 266 Rn. 1-3.

³³ Como na nota anterior, Rn. 8-9.

³⁴ Sobre este instituto no direito processual penal alemão, entre outros, ACHENBACH, *MDR* (1975) 20 e PUPPE, «Die Individualisierung der Tat in Anklageschrift (...) und ihre nachträgliche Korrigierbarkeit», *NStZ* 1982 230.

comunicação ao ministério público como denúncia para que ele promova inquérito num novo e autónomo processo; ou «não são autonomizáveis», caso em que a descoberta de novas circunstâncias factuais que integram o facto processual deve ser *desconsiderada* pelo juiz da audiência na decisão da causa.

Este regime legal não admite quaisquer integrações, correções ou reformulações complementares aos termos da acusação: o conteúdo do ato acusatório permanece imutável até ao fim do julgamento. O que, em alguns casos, conduz a resultados profundamente questionáveis à luz da finalidade, anteriormente reconhecida ao processo penal, de construção de *uma verdade processual* lograda a partir de uma correta interpretação jurídica do *facto processual*.

VI

1. Para que melhor se determine o alcance da crítica que em síntese acabámos de formular, há que atentar um pouco mais em pormenor às *três realidades conceptuais* nela pressupostas: o *ato acusatório* que fixa o objeto da audiência, a sua *alteração* que, por sua vez, há de ser qualificada ou não como *substancial*. Tratando-se de uma *alteração substancial* o regime legal pressupõe ainda uma nova distinção consoante os factos novos que concretizam aquela alteração sejam ou não *autonomizáveis*. Trata-se, assim, de um regime legal em vários degraus, dotado de alguma complexidade na sua apreensão e, mais ainda, nos seus resultados.

a) Em primeiro lugar, cabe, desde logo, distinguir duas hipóteses quanto à emergência de «novos factos» conhecidos durante a audiência: ou os factos agora descobertos alteram a questão do facto referida no ato acusatório; ou constituem um acrescento autónomo e cumulativo relativamente a ele. Distinção pressuposta em alguma literatura, quando salienta que os novos factos de alteração pressupõem «um núcleo comum mínimo de identidade» ou que devem incluir-se no âmbito «do mesmo facto histórico unitário»³⁵. Deste modo, as alterações pressupostas pela lei processual serão sempre «*variações*»³⁶ ao facto processual referido no ato acusatório.

Já novos factos desligados ou autónomos perante o facto processual acusado não cabem no conceito de *alteração dos factos*. Nesta hipótese,

³⁵ Cf. por outros, José Cruz BUCHO (nota 12), 51²⁹.

³⁶ Na expressão de Pedro Soares ALBERGARIA (nota 8).

em causa estará não uma mera *alteração* do facto processual acusado, mas sim *um outro* facto ou, se quisermos, um outro e autónomo *pedaço de vida* (se, por exemplo, se descobre que o agente usou o mesmo esquema enganador para burlar outra vítima). Esta descoberta em audiência de julgamento não interfere com o objeto do processo, antes se situa na órbita da questão do facto processual.

Para que se coloque um problema de *alteração* do objeto do processo *em sentido estrito*, os factos descobertos em audiência ao abrigo do dever judicial de investigar e de esclarecer, hão de estar ligados à questão do facto que integra o ato acusatório, com eles constituindo uma unidade de sentido, deles fazendo parte *ab initio*. Factos que, embora ausentes do ato acusatório, dele deviam constar por integrarem o acontecimento histórico sujeito a julgamento.

Este é, pois, um primeiro momento em que a noção de *questão do facto processual* mostra a sua relevância como critério de delimitação do que deveria estar contido naquele processo. O conceito de facto processual que aqui se propõe revela-se útil na mediação entre os factos que deviam integrar o ato acusatório e *factos novos desligados do objeto da audiência*. Ou seja, na concretização do que seja uma *alteração do objeto da audiência*.

Resta apenas concluir que a sentença que inclua factos que não alteram o facto acusado, mas antes acrescentam um outro acontecimento ao ato acusatório, será nula nos termos do artigo 379º-1 b). E é assim ainda que a inclusão desse outro facto processual na audiência surgisse *a coberto do acordo* do arguido e do assistente: estes novos factos carecem de ser integrados num processo penal a partir do ato acusatório e da questão do facto por ele pressuposta³⁷. Esta é uma consequência inultrapassável do princípio da acusação.

Se, porém, os novos factos descobertos na audiência, mas *ab initio* ligados ao que designámos por *questão do facto*, por pertencerem ao mesmo acontecimento histórico, corresponderem a uma «variação» do ato acusatório, haverá então que avançar um degrau no complexo ritualismo legal e indagar da natureza dessa alteração – se ela é ou não substancial – por forma a determinar o destino do que se descobriu³⁸.

b) A alteração do facto processual está limitada por um conceito legal de «substância». Uma alteração substancial não corresponde, como se poderia à partida imaginar, a uma modificação do facto proces-

³⁷ José Cruz BUCHO (nota 12), 51²⁹, com síntese das posições doutrinárias.

³⁸ Sobre estas operações na fase da instrução ao abrigo do regime previsto no artigo 303º, v. Pedro Soares ALBERGARIA (nota 8).

sual na sua substância, na sua essência. A indeterminação de um critério puramente qualitativo deste tipo, incapaz de garantir a efetiva salvaguarda do direito de defesa, orientou o legislador português a concretizar a substância da alteração factual a partir dos seus efeitos: assim, será substancial aquela alteração factual que permita imputar ao arguido um *crime diverso* ou que altere os *limites máximos das sanções aplicáveis*. Se aos novos factos, descobertos em audiência ao abrigo da produção de prova, se associar algum destes efeitos, a alteração tem-se como substancial. De outro modo, se os factos conhecidos na audiência não comportarem estes efeitos, são suscetíveis de integrar o objeto da audiência, desde que tal alteração seja comunicada ao arguido pelo presidente do tribunal, observando-se as condições exigidas pelo artigo 358º-1 do CPP, designadamente, o tempo necessário para a preparação da defesa. Dá-se assim uma alteração não substancial do ato acusatório, alargando-se o objeto da audiência aos novos factos.

c) Sendo a alteração qualificável como substancial, alcança-se o último e decisivo degrau do regime legal: aquele em que se decide sobre o destino a dar aos factos que, pertencendo ainda ao acontecimento histórico – ao facto processual –, só posteriormente são conhecidos em audiência de julgamento. Apesar de constitutivos do acontecimento criminoso, determina a lei portuguesa que eles não podem integrar o objeto da audiência por, quanto a eles, ser omissa o ato acusatório. Se o princípio da investigação, fundado na procura da verdade processual necessária à boa decisão da causa, sugere a sua consideração, a sua omissão do ato acusatório impede, à luz das garantias processuais, que o juiz os possa incluir no objeto da audiência; a menos que, como se referiu, para tal se obtenha a concordância do arguido na continuação do julgamento pelos novos factos, nos termos do n.º 3 do art. 359º.

É o acordo do arguido que justifica, nesta última hipótese, o «entorse ao princípio da acusação»³⁹, no sentido de, quanto àqueles factos, ser a mesma entidade que investiga e julga. Sendo este cenário difícil ou muito improvável, sobram no essencial duas grandes possibilidades quanto ao destino a dar aos factos agora conhecidos: ou reconhecer-se que o ato acusatório está incompleto e admitir-se a sua correção pelo ministério público, em cumprimento da finalidade processual de realização da justiça – modelo que, como vimos, é seguido em alguns ordenamentos jurídicos, entre os quais o ordenamento espanhol; ou desconsiderar os novos factos, prosseguindo a audiência como se deles não

³⁹ Na expressão de Maria João ANTUNES (nota 11), 195.

houvesse qualquer conhecimento, privilegiando-se em absoluto um estrito e formal direito de defesa – modelo que, como atrás se disse, é seguido em Portugal depois de 2007.

2. Em rigor, os tribunais portugueses conviveram de perto com ambas as soluções legais. Um modelo do primeiro tipo predominava na doutrina e na jurisprudência antes da reforma da lei processual de 2007. O tribunal, perante a descoberta de novos factos, devia abster-se de conhecer do mérito da acusação, absolver o arguido da instância e remeter os autos ao ministério público para novo inquérito sobre a totalidade dos factos, a custo da economia e celeridade processual. Uma solução próxima do segundo modelo enunciado foi acolhida na lei processual penal depois de 2007, como se referiu, devendo o tribunal prosseguir com o julgamento sem considerar os novos factos, e comunicar a alteração ao ministério público para que ele proceda, em novo inquérito, pelos factos autonomizáveis em relação ao objeto do processo. Já se os factos não puderem ser autonomizáveis, ficciona-se a sua inexistência a custo da verdade processual.

Chamado a pronunciar-se sobre ambos os quadros normativos, vigentes em momentos distintos em Portugal, o Tribunal Constitucional, reconhecendo uma «*margem de apreciação* ou *liberdade de conformação* do legislador na ponderação de deveres constitucionais»⁴⁰, entendeu não ser inconstitucional «a decisão de absolvição da instância quanto aos factos constantes da acusação, determinando a comunicação ao ministério público para que este proceda pela totalidade dos factos»⁴¹; bem como, por várias vezes, entendeu «não julgar inconstitucional o n.º 1 do art. 359º do CPP após 2007, interpretado no sentido de que, perante uma alteração substancial dos factos descritos na acusação que não sejam autonomizáveis, o tribunal não pode proferir decisão de extinção da instância em curso e determinar a comunicação ao ministério público para que este proceda pela totalidade dos factos»⁴².

Contudo, cremos não dever descurar-se, no contexto da jurisprudência citada, o voto de vencida da Conselheira Lúcia Amaral, considerando já a solução legal em vigor⁴³. Na sua visão, o atual regime legal não escapa à censura constitucional, sobretudo quando perspectivado à luz de um «mandado [constitucional] de esgotante apreciação de toda a

⁴⁰ Ac. TC 50/2020.

⁴¹ Cf. ac. TC 237/2007.

⁴² Cf. ac. TC 50/2020; e também os acs. 711/2019 e 226/2008.

⁴³ No ac. TC 226/2008.

matéria tipicamente ilícita submetida à cognição do Tribunal num certo processo penal»⁴⁴.

Acompanhamos de perto a reserva enunciada às modificações legais introduzidas em 2007, sobretudo quando se considera o regime legal dos novos factos autonomizáveis e não autonomizáveis «em relação ao objeto do processo» (artigo 359.º-2). Cremos que, neste ponto, o regime legal em vigor depois de 2007 se revela particularmente frágil à luz da finalidade que reconhecemos ao processo penal: a criação das condições necessárias a uma verdade que depende essencialmente do significado do sentido dos factos para a consciência-ética judicante.

É certo que as alterações introduzidas no CPP em 2007 não têm escapado à crítica doutrinal⁴⁵. Mas cremos que a reserva inultrapassável que lhe pode ser dirigida e que fere o atual regime legal de uma inegável inconstitucionalidade se liga ao facto de a lei, ao fixar o objeto da audiência a um imutável e perene ato acusatório, *vedar ao juiz o acesso ao significado jurídico do comportamento que lhe compete julgar*. Esta consequência, que agora assinalamos, revela-se com total clareza quando se impõe *legalmente* que o juiz incumpra o dever de esgotar a apreciação de toda a matéria tipicamente ilícita submetida à cognição do tribunal, isto é, quando se determina que o juiz ignore factos tidos como não autonomizáveis – mandado que, por sua vez, se fundamenta no dever de investigação previsto no artigo 340.º do CPP. Mas também, por outro lado, quando se determina a autonomia em novo processo (e consequente desconsideração no processo existente) de factos cujo sentido ilícito se esgota verdadeiramente no crime que está a ser julgado, em claro e inadmissível desvio à doutrina do concurso de crimes, acolhida no artigo 30.º-1, do CP⁴⁶ e ao princípio *ne bis in idem*, consagrado constitucionalmente no art. 29.º-5 da Constituição e internacionalmente reconhecido⁴⁷.

VII

A desconsideração judicial de factos não autonomizáveis constitui uma compressão inadmissível do dever judicial de esgotar a matéria

⁴⁴ Jorge de Figueiredo DIAS, (nota 5) 1138.

⁴⁵ Por todos, Nuno BRANDÃO (nota 7), 248 ss.

⁴⁶ Sobre este tema Jorge de Figueiredo DIAS (nota 5) 1137 ss.

⁴⁷ Tema fundamental a que não escapa a obra daquele ao qual este texto presta homenagem, cf. Luis Arroyo Zapatero/Adán Nieto Martín, *El Principio de ne bis in idem en el derecho penal europeo*, 2007.

ilícita submetida a julgamento; por sua vez, valorar factos autonomizáveis ao abrigo de um novo processo penal pode implicar uma dupla valoração do «novo» facto – aquele cuja existência vem a conhecer-se na audiência – pela sua interligação ao sentido de ilícito do crime imputado ao agente. Assim, um ilícito subordinado ganha, por força das normas processuais, uma autonomia que não lhe é reconhecida pelo direito substantivo, punindo-se, sob a forma de concurso efetivo, sentidos de ilícito interconexionados. Em palavras simples, o atual regime legal mostra-se, em algumas situações – as suficientes para questionar a sua bondade –, incompatível com a doutrina do concurso de crimes, determinando-se o número de crimes pela sua aparente autonomia formal e não pela unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica revelados pelo comportamento global do agente submetido à cognição do tribunal⁴⁸. A lei processual não permite considerar aqueles casos em que os factos conhecidos em audiência sejam apenas manifestações de conteúdos de ilícito que parcialmente intercetam o crime imputado ao agente.

Em situações tais, o atual regime legal sacrifica a finalidade que deve reconhecer-se ao processo, concebendo normas de acesso à verdade que recortam e reconstroem artificialmente o significado ilícito do comportamento global do agente: ou se ignora o que agora é conhecido (os factos não autonomizáveis) ou se conhece em novo processo, com autonomia no seu significado ilícito, factos que não a têm, fabricando-se um facto processual desfasado do pedaço de vida submetido a julgamento. Sempre sacrificando uma interpretação jurídica dos factos que devia ter-se como *irrenunciável*!

É certo que a ausência de identidade entre o ato acusatório e o objeto da audiência não pode ser ignorada; contudo, a congruência de sentido do facto processual sujeito a julgamento também não pode ser esquecida. De outro modo, será de uma *verdade puramente formal* – aquela que é determinada pelas normas – que o processo cuidará. Expondo-se a crítica sob a clarificadora forma de exemplos. (i) Que sentido de verdade processual poderá subsistir numa condenação pelo crime de dano simples, quando se conhece que a coisa destruída é uma valiosíssima obra de arte de enorme interesse histórico? (ii) Que sentido de verdade subjaz à condenação por tentativa de homicídio, conhecendo-se em audiência que a vítima morreu? (iii) Que sentido de verdade tem a condenação a título de cumplicidade do arguido, como tal acusa-

⁴⁸ Cf. Jorge de Figueiredo DIAS (nota 5), 1175 ss.

do, mas que decidiu e tomou parte direta na execução criminosa? (iv) Que sentido de justiça se cumpre quando em audiência se descobre a destruição da coisa furtada e, através da comunicação ao ministério público, se dá origem a um novo facto processual por um «autónomo crime» de dano? (v) Ou, em exemplo idêntico, quando se descobre que o corpo da vítima havia sido escondido pelo homicida que está a ser julgado, autonomizando-se, num novo processo, uma ocultação de cadáver que, em verdade, acompanhou tipicamente⁴⁹ o homicídio?

Os primeiros exemplos (i, ii, iii) impressionam pela inadmissível compressão do mandado de esgotante apreciação, colocando o julgador numa posição em que deve ignorar circunstâncias que integram o facto processual. Os últimos exemplos (iv, v) impressionam pelo excesso punitivo a que conduzem quando o facto descoberto esgota todo o seu sentido e efeito útil no acontecimento criminoso que está a ser julgado, ficcionando uma inexistente autonomia de ilícitos-típicos. Com efeito, há um amplo conjunto de factos tidos como *não autonomizáveis* que constituem «variações» do mesmo facto processual. Por outro lado, há factos que, embora possam ser tidos como formalmente autonomizáveis, todavia não são, à luz do facto processual, autónomos no seu significado jurídico.

Como será para todos evidente, não pode o juiz de julgamento alargar o objeto da audiência a factos ausentes do ato acusatório: um tal entendimento seria totalmente contrário ao princípio da acusação. Todavia, o cumprimento deste princípio não pode significar uma presunção inelidível de um ato acusatório correto e sem erros na delimitação da factualidade relevante. Isto é, o princípio da acusação é o ponto de partida, não o ponto de chegada. Dele não resulta, como necessária e única opção legal, uma compreensão *estática e inabalável do objeto do processo*, disposta a sacrificar a verdade processual e a substituí-la por uma «verdade» legalmente fixada, que impõe ao juiz a ignorância de matéria ilícita que é seu dever apreciar.

Uma solução comprometida com uma *verdade intraprocessual*, sem sacrificar a acusatoriedade e o direito de defesa que através dela se procura garantir, admitiria que «variações» ao facto processual pudessem ser complementadas ou corrigidas pelo ministério público, e, sobretudo, contraditadas pela defesa. Por outras palavras, uma solução próxima daquela que é a acolhida no direito penal espanhol, italiano ou alemão, através da admissibilidade, sempre excepcional, de uma acusação suple-

⁴⁹ Sobre este conceito, Jorge de Figueiredo Dias (nota 5), 1181.

mentar. Uma solução que mantenha no seu espírito uma verdade intraprocessual que não se desliga do acontecimento histórico. Em termos muito concretos, trata-se de recuperar uma proposta legal – já ensaiada há longos anos por Marques Ferreira, logo nas primeiras páginas da *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* – que admita «a criação de um despacho reconformador da acusação ou da pronúncia, por iniciativa do ministério público, precedido de uma investigação sumária dos factos novos, sempre que em causa estejam situações não passíveis de ser conhecidas autonomamente»⁵⁰, a integrar no artigo 359º do CPP⁵¹.

VIII

Retirando as conclusões essenciais:

Cabe ao juiz a tarefa de investigar e decidir em audiência sobre a matéria que objetiva e factualmente é delimitada no ato acusatório. Trata-se do que designámos *a questão do facto processual*. A admissibilidade em audiência de julgamento de factos que integram aquele facto processual por dele serem «variações» é mínima no ordenamento jurídico português. A consideração desses factos por via de uma correção ou reformulação do ato acusatório deixou de ser possível, como regra, após a revisão da lei processual portuguesa em 2007. Uma tal impossibilidade obriga o juiz da audiência a trabalhar sobre um *objeto formal*, ignorando factos que conheceu ao abrigo do seu dever de investigação, em claro prejuízo daquela que é a autêntica finalidade do processo penal: a criação das condições necessárias à construção de uma verdade processual penal, válida e vinculante, que permita a correta decisão da causa. A verdade *imposta* ao juiz – pela impossibilidade de o ministério público poder complementar ou corrigir a acusação, como admitem, por exemplo, as leis espanholas e alemã – é agora, em alguns casos, puramente formal e desligada da realidade histórica, isto é, desconectada daquele pedaço de vida que reclama uma decisão justa. Defendemos por isso uma alteração do artigo 359º que permita a *reconformação do ato acusatório*, pelo ministério público, quando os novos factos conhecidos em audiência constituam uma mera «*variação*» do facto processual sujeito a julgamento.

⁵⁰ M. Marques FERREIRA, «Da alteração dos factos objeto do processo penal», *RPCC* 1 (1991), 237.

⁵¹ E, com igual ou superior razão, no artigo 303º do CPP, no que se refere à fase da instrução.

POLÍTICA CRIMINAL, DOGMÁTICA PROCESAL PENAL Y PRAGMATISMO

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER

Catedrático de Derecho procesal. Universidad Jaume I de Castellón

A mi querido colega Luis Arroyo
algo más que un buen amigo.

I. Política criminal y proceso penal

No tengo ninguna duda que el Derecho procesal penal debe tener su propia política, sin confundirla con la sustantiva (Política criminal), pero integrada en ella, y tampoco tengo ninguna duda que el Derecho procesal penal debe tener también su propia dogmática, en correspondencia igualmente con la sustantiva. El problema es que, si existen, no se ven, y no se ven porque en lo procesal el pragmatismo ha inundado todos los terrenos posibles, llegando a desfigurar incluso muchas de las esencias de los principios constitucionales de mayor relevancia en el proceso penal. Vayamos por partes.

La norma penal explica desde hace mucho tiempo su existencia, y no digamos ya su reforma, desde el punto de vista de la Política criminal. Pero modernamente se ha intentado construir el Derecho penal considerado en su conjunto, con gran éxito, desde los puntos de vista de la Política criminal¹.

¿De qué estamos hablando exactamente cuando nos referimos a la Política criminal? No es fácil contestar a esta pregunta porque ante su enorme desarrollo a partir de los años 70 del siglo pasado, la doctrina discute todas las cuestiones fundamentales que le afectan, y son muchas, hasta su propia justificación. Existe un acuerdo generalizado en entender que la Política criminal no es una ciencia política, sino una

¹ Es fundamental la obra del gran penalista alemán ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (2.ª ed.), Ed. De Gruyter, Berlín 1973 (trad. española de la 1.ª ed.: ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. de Muñoz Conde), Ed. Bosch, Barcelona, 1972, *passim*).

ciencia penal, más cercana a la Criminología que al Derecho penal al no ser normativa, consistente en el conjunto de principios, extraídos de la investigación empírica del delito y de la pena, que orientan la actividad del Estado en su lucha contra el crimen². Por eso la Política criminal es la parte de la política jurídica del estado que atiende a la (administración de) Justicia penal³, es decir, al Poder Judicial que se ocupa del enjuiciamiento del crimen y de su autor⁴.

Su finalidad principal es explicar los fines del sistema penal y los límites que tiene el *ius puniendi* del Estado, de manera que, con los instrumentos que le son propios proponga soluciones para los problemas sociales que en el ámbito del Derecho penal se susciten. Su fin último es por tanto la defensa de la sociedad, manteniendo la paz social y logrando la convivencia pacífica entre los ciudadanos que la conforman⁵. Pero no a cualquier precio, puesto que la lucha contra la criminalidad en la actualidad solo puede tener lugar en el marco del Estado de Derecho⁶.

En la Política criminal actual es más importante el factor político que el criminal, de manera que prevalece la aplicación de la Justicia penal sobre la lucha contra el crimen, pero no ha sido siempre así⁷.

² En origen separada del Derecho penal. LISZT, F. von/SCHMIDT, Eb., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (25.ª ed.), Ed. de Gruyter, Berlín 1927, pp. 12 ss., dijo que «el Derecho penal constituye el límite que la Política criminal no puede traspasar».

³ ZIPF, H., *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch* (2.ª ed.), Ed. C. F. Müller, Heidelberg 1980, p. 6, la define, en sentido estricto, como «la gestación y ejecución de las ideas directrices (*Ordnungsvorstellungen*) en el ámbito de la Justicia penal».

⁴ ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 58. Vide también ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General* (trad. Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal), Ed. Civitas, Madrid 1997, pp. 223 ss. Para este autor es «el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad, así como de las sanciones», de ahí que los principios que limitan el ordenamiento jurídico penal, como los de culpabilidad o *nullum crimen sine lege*, formen parte también de la Política criminal.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Anexo. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, en ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal...*, cit., p. 98. Vide también SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (2.ª ed. Ampliada y actualizada), Ed. Euris, Buenos Aires 2010, pp. 63 ss.

⁶ ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal...*, cit., p. 70.

⁷ Véanse COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General* (5.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 128 y 129; MIR PUIG, S. (2002), *Derecho penal. Parte General* (6.ª ed.), Ed. Reppertor, Barcelona 2002, pp. 57 y 58; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. (2002), *Derecho penal. Parte General* (5.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 206 ss.; QUINTERO OLIVARES, G. (2002), *Manual de Derecho penal. Parte General* (3.ª ed.), Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 219 ss. Véanse también LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General* (3.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 29 ss.; y ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte General* (3.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 49 ss.

En definitiva, estamos hablando de Política, naturalmente, pero no de un concepto de política concreta, es decir, la que gobierna, administra o decide, sino de la política en sentido general que se aplica a la delincuencia; y tampoco hablamos de cualquier política, sino solo de la del Estado. En otras palabras, Política criminal es aquella parte de la Política general que se ocupa de la delincuencia, de la criminalidad y de su tratamiento⁸.

Traducido al Derecho procesal penal deberíamos hablar de Política procesal penal, o de Política judicial penal, pero esta última denominación sería un error y no solo lingüístico (el Poder Judicial no hace política), porque el análisis de la delincuencia debe incluir el de su enjuiciamiento. Es mejor pensar, por ello, que la expresión Política criminal engloba tanto al Derecho penal sustantivo como al Derecho procesal penal.

La Política criminal ha sufrido históricamente una enorme evolución. Al principio era totalmente opuesta al Derecho penal, como hemos visto, pero hoy está plenamente integrada en él. No es preciso detenerse en su análisis histórico⁹. Baste con afirmar, pensando en el proceso penal, que una Política criminal, en el sentido expresado, que quiera ser hoy relevante, debe tender por ello más al control de lo público, es decir, a fijar con claridad los límites de actuación de las autoridades públicas de persecución del delito y del juzgador y al respeto de las garantías procesales de los investigados y acusados, es decir, al desarrollo de su protección constitucional, que a la mera transmisión neutral de un pensamiento social. Ésta es la única orientación posible, en mi modesta opinión, de una verdadera Política procesal criminal en estos momentos¹⁰.

Este tema es muy importante para nosotros, pues sin que se pueda decir que el Derecho procesal penal sea totalmente ajeno a la Política criminal, ya que sería falso como veremos, insisto, sí podemos afirmar con certeza que está muy alejado de ella en comparación con el Derecho penal.

⁸ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant Blanch, Valencia 1999, p. 237.

⁹ ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal...*, cit., pp. 17 ss.

¹⁰ La Política criminal que importa hoy en día es, a mi juicio, la valorativa, es decir, aquella que pretende participar e influir en la construcción dogmática de un sistema de enjuiciamiento criminal basado en los valores, integrador de los principios y garantías formales y prácticos del mismo, *vide* ROXIN, C., *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, Ed. UBIJUS, México 2008, p. 19; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Política criminal en la Dogmática, algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, en Silva Sánchez, J. M. (Ed.), «Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin», Ed. J. M. Bosch, Barcelona 1997, p. 23.

Si contemplamos los problemas más graves que actualmente tiene el Derecho penal, por ejemplo, la enorme expansión del mismo en la actual sociedad del riesgo globalizada¹¹, particularmente a través de la creación de numerosos delitos de riesgo¹², la presencia de la Política criminal es constante, hasta tal punto que el Derecho penal se está convirtiendo no en una barrera infranqueable, sino en un instrumento de la Política criminal¹³. Y es esta Política criminal precisamente la que causa la expansión del Derecho penal¹⁴.

Un deber esencial de la Política criminal del Estado es que el legislador regule los tipos penales necesarios para luchar contra la criminalidad de la globalización de manera coherente con su propio sistema de Derecho penal ya existente, es decir, con el llamado Derecho penal clásico. Esto significa, y aquí entra la Dogmática, a la que más adelante me referiré en un sentido más general, que los tipos deben responder a los mismos valores y principios, regulen la acción típica que regulen. Ciertamente, esta característica ontológica¹⁵ debería llevar a confirmar el carácter supranacional de la ciencia del Derecho penal¹⁶, pero el hecho evidente hoy es que no es posible una construcción ontológica de todo el Derecho penal, sino tan solo de una parte o de varias partes del mismo, o lo que es lo mismo, de existir una parte general del Derecho penal de la globalización, será distinta a la parte general del Derecho penal clásico, con lo que habrá, al menos, dos políticas criminales distintas¹⁷.

¹¹ Vide MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid 2001, pp. 44 ss.

¹² Vide GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 41 ss.

¹³ Basándose en la conocida frase de von Liszt, le pone la guinda HASSEMER, W., en Wassermann, R. (Hrsg.), *Reihe Alternativkommentare. Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Ed. Luchterhand, Neuwied 1990, § 1, número marginal 481, p. 133.

¹⁴ Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (2.^a ed.), Ed. Civitas, 2001, Madrid (reimpr. de la 2.^a ed. ampl., con el mismo título, por Ed. BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2006, que es la que citamos aquí), pp. 91 ss. Y no sería el único ejemplo a poner, pues cabría hablar también de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, v. los razonamientos de GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 25 ss.

¹⁵ Es decir, esencial, en tanto viene referida a la razón de la existencia del Derecho penal y a la fundamentación de las normas que lo conforman, a lo más profundo del Derecho penal, en suma.

¹⁶ Que proclamara von Liszt, cit. por PERRON, W., *Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 109, 1997, cuaderno 2, p. 282, nota 6.

¹⁷ Y esto genera muchos y muy graves problemas, puestos de manifiesto por SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 95 a 109.

Obsérvese por tanto que, respecto a la criminalidad de la globalización, principalmente la criminalidad organizada, además de contribuir de forma clara a la expansión del Derecho penal, se le somete a medidas penales más represivas. La gran pregunta es si con ello el Derecho penal no estará cumpliendo tareas que en absoluto le competen, cual la de transformar los principios que estructuran organizativamente la sociedad. Si ello fuera así, la Política criminal para luchar contra la criminalidad de la globalización estaría haciendo un flaco favor al Estado de Derecho, porque significaría la consagración de la llamada «tolerancia cero», lo que repele al principio de proporcionalidad¹⁸.

Los procesalistas tenemos también un problema grave con la Política criminal, porque tampoco existe, y si existe nadie la ha visto. Los distintos gobiernos no saben lo que es o actúan como si no lo supieran y, en definitiva, carecemos de rumbo interpretativo de las necesidades sociales, para saber en qué está fallando el Derecho procesal penal y cambiar la situación. A no ser claro, que se considere que la Política criminal va implícita en la Dogmática¹⁹, lo que no es correcto científicamente. Al Derecho penal le pasa lo mismo, pero no en la teoría, sino en la realidad. En la teoría todos la entienden y la explican muy bien, pero en el día a día del Ministerio de Justicia es invisible, nadie ha visto o ve, ni siquiera en las numerosas reformas penales habidas desde 1995, una Política criminal del gobierno coherente, fundada, sistematizada y fructífera, a lo sumo se intuyen en las reformas meros retazos de algún aspecto criminal concreto que le afecta.

Pues bien, dicho esto, observo que la doctrina penal sustantiva hace ya muchos años que cree que la Política criminal debe influir en la dogmática, caminando juntas²⁰. Esto significa que la construcción del sistema penal, basado en dogmas o principios, debe tener en cuenta la valoración político-criminal de los mismos. La doctrina pone como

¹⁸ Véanse HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 329; DONINI, M., *El Derecho penal frente al «enemigo»*, en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Derecho penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión», Ed. Edisofer-Euros-B de F, Buenos Aires, 2006, vol. 1, p. 614; JAKOBS, G., *¿Derecho penal del Enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Derecho penal del Enemigo...», cit, vol. 2, p. 109 (publicado también en la *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 2006, núm. 7, pp. 277 ss.); ROMEO CASABONA, C. M. (ed. lit.), *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*, Ed. Universidad de Tenerife, Centro de Estudios Criminológicos, Tenerife, 1997; y PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p. 57.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F., *La relación entre Sistema del Derecho penal y Política criminal. Historia de una relación atormentada*, Ed. UBIJUS, México 2008, p. 26.

²⁰ ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit., pp. 43 ss.

ejemplo la relación que debe haber en teoría entre el principio de legalidad del delito y la función preventiva general del delito en concreto, vinculando la formulación teórica de la parte general con las necesidades reales de la parte especial. Otro ejemplo sería la relación que debe haber en teoría entre los principios de política social, como el principio de proporcionalidad, y la realidad de las causas de justificación, como la legítima defensa.

Para el procesalista ello debe tenerse en cuenta también, e igualmente desde el punto de vista teórico, ¿o es que no existe relación alguna entre el principio de necesidad u oficialidad, aquel en virtud del cual descubierto un hecho aparentemente delictivo debe abrirse una investigación criminal, y las alternativas a la persecución en manos del Fiscal por razones de política social, como la decisión de no perseguir los delitos bagatela?

El problema es que, en la realidad, cuando se anuncian grandes reformas, tanto penales como procesales penales, no se explicitan las razones de Política criminal que llevan a ellas en concreto. No se explica ni justifica desde la Política criminal por qué determinadas conductas que antes eran meros ilícitos administrativos, o sencillamente nada, ahora son delito, en contra del principio de intervención mínima. Simplemente se dice que la sociedad está alarmada o temerosa y solo por ello se introduce el nuevo tipo penal, sin pensar si el Derecho penal de toda la vida y la Dogmática construida en torno a él pueden asumir tales novedades. Tampoco se explica ni justifica desde la Política criminal por qué mientras el Derecho penal se amplía, el Derecho procesal penal se reduce o contrae a efectos de conseguir a toda costa disminuir la sobrecarga judicial evitando que el proceso penal tenga lugar, no solo en su fase de juicio oral, sino cuanto antes mejor, diciendo solo que la insostenible sobrecarga obliga al legislador a tomar esas medidas²¹. Y no digamos cuando se afirma que la barbarie de la criminalidad organizada obliga a restringir garantías procesales, como el derecho de defensa, por ejemplo.

No, la realidad muestra que por parte del gobierno no hay Política criminal en España, ni en Derecho penal, ni en Derecho procesal penal, y si algo de ella hay, es tan vago y general que resulta irrelevante o carece de consecuencias prácticas. Afirmar que la Política criminal está implícita en la Dogmática es quitarse el problema de encima por la vía

²¹ He dedicado recientemente una amplia monografía al tema, v. GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho procesal Penal*, cit., *passim*.

rápida, porque ello obligaría a un meritorio trabajo de deslindamiento, que nadie está dispuesto a hacer en las instancias oficiales.

Por consiguiente, la Dogmática sigue huérfana y el resultado que cabe esperar son leyes defectuosas, poco duraderas y que suelen crear más problemas que resuelven.

Defiendo aquí por esta razón la necesidad de recuperar la Política criminal para la reforma integral de nuestro proceso penal y que ella se manifieste expresamente en la actuación legislativa del gobierno. En mi opinión, debería hacerse desde estas cinco perspectivas:

1.^a Considerar el proceso penal incardinado en un todo jurídico formado por las Ciencias Penales en su conjunto, de manera que se tomen en consideración a la hora de redactar la norma procesal, tanto la Política criminal, como la Dogmática, como el Derecho penal y la Criminología.

2.^a Decidir qué líneas generales conectan mejor con el anhelo de la ciudadanía de Justicia penal en el siglo XXI. Al pueblo, en mi modesta opinión, le trae sin cuidado si el modelo por el que opta nuestra nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal es el anglosajón, el alemán o si finalmente es una evolución propia sin copia de sistema extranjero alguno, pero a la altura internacional exigida. Eso no le importa. Lo que le importa de verdad es que el proceso penal sirva para hallar la verdad y dictar una sentencia justa, sobre todo, para absolver al inocente.

3.^a El Gobierno debe presentar un proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal propio de un Estado de Derecho, la base de toda Política criminal de una democracia. Esto significa fortaleza de las instituciones públicas de persecución del crimen y, en perfecto equilibrio, firmeza en la defensa de los derechos de los ciudadanos implicados, particularmente de su dignidad, evitando que la obligada sujeción a un proceso penal hasta su final les pueda victimizar, especialmente si al final son declarados inocentes.

4.^a La investigación del crimen debe estar presidida por la eficacia y eficiencia, por un lado, y por otro el respeto al principio que afirma que no se puede investigar la verdad a cualquier precio. La sociedad no discute el uso de las nuevas tecnologías en la investigación del delito, al contrario, las aplaude, siempre que no se traspasen los límites que los principios reconocidos en nuestra Constitución fijan para garantizar un enjuiciamiento justo. El aumento del intervencionismo público, si los traspasa, se sitúa fuera de la Política criminal, sin duda alguna.

5.º Finalmente, no es posible que un grupo civilizado de personas determine el proceso penal como medio de equilibrio social frente a la perturbación de la convivencia pacífica y el quizás enorme daño a la víctima que implica el delito, y que luego el gobierno interprete que lo mejor que puede pasarle a esa sociedad es que el proceso no tenga lugar y se rodee de sucedáneos para evitarlo, especialmente si esos sucedáneos implican renunciadas a derechos fundamentales de primera magnitud en el proceso penal. Cae por ello fuera de la Política criminal un uso desmesurado del principio de oportunidad, y el gobierno muestra su desprecio hacia él si propone su generalización.

Si estas reglas de Política criminal están claras, la construcción con ellas de los principios del nuevo proceso penal será muy fructífera. Esta tarea, reservada a la Dogmática jurídico-procesal penal, facilitará sin duda la interpretación, sistematización y crítica de las normas procesales penales, y obligará al legislador a idear nuevas instituciones y nuevos instrumentos procesales penales para adecuar la realidad a la necesidad social, marchando juntas de la mano todas las ciencias penales en su conjunto. No debe pensarse que esta relación vaya a ser siempre idílica, tampoco en el Derecho penal sustantivo²², de hecho, será conflictiva en muchos puntos.

En definitiva, la Política criminal está ausente en España en nuestra realidad y la Dogmática no existe, porque el proceso, todo él, está condicionado por esa misma realidad: Solo se ve, y por ello solo importa (negativamente), su larga duración, su ineficacia, su ineficiencia y su carestía, y eso es lo que de verdad afecta al gobernante, lo que le da o le quita votos. Por eso, y por ejemplo, a la expansión del Derecho penal no ha seguido la expansión del Derecho procesal penal.

II. Dogmática y proceso penal

Acabamos de ver cuál es la máxima preocupación del Derecho penal actual, no solo en España, a saber, su enorme expansión. Debemos preguntarnos ahora qué ha hecho hasta el momento presente el Derecho procesal penal, particularmente el español, para resolver esta cuestión. La pregunta es absolutamente necesaria, no solo porque ésta es

²² Vide HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal* (trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero), Ed. Bosch, Barcelona 1984, p. 195.

una exposición básicamente de Derecho procesal penal, sino también porque no puede ignorarse la realidad de la necesaria interacción que debe existir entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal, pues todos los cambios de relevancia que se producen en el Derecho penal, deben repercutir forzosamente en el Derecho procesal penal.

El Derecho procesal penal y el Derecho penal tienen además un marco de referencia del que carecen el Derecho procesal civil y el Derecho privado. Ese marco viene dado por el hecho de que el Derecho penal únicamente puede ser cumplido y satisfecho a través del proceso penal, mientras que en el ámbito privado el cumplimiento de las leyes se realiza mayoritariamente fuera y sin necesidad del proceso. Esto lleva indefectiblemente a la obligatoriedad de tener que marchar juntos de la mano el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal.

Al estar en juego la libertad de un ser humano, ese marco de referencia tiene un refuerzo basado en la dignidad humana, que hace a ambos Derechos más conjuntados que en los demás órdenes jurisdiccionales con relación al ejercicio de sus derechos materiales básicos. Ese refuerzo no es otro que el Estado de Derecho²³, pues si el Derecho penal se ha configurado para reprimir conductas delictivas, el Derecho procesal penal lo ha sido para enjuiciar justamente (el proceso debido anglosajón, es decir, el propio de una democracia de acuerdo con sus principios constitucionales) y garantizar la libertad del inocente, respetando la dignidad de la persona acusada.

La realidad sin embargo es muy otra en los procesos penales de las democracias de corte occidental, no solo de la española. La misma nos muestra que el Derecho penal va por un lado y el Derecho procesal penal por otro²⁴. En lo que a nosotros afecta, la expansión del Derecho penal sustantivo no ha causado ninguna mella en el Derecho procesal penal, salvo que indirectamente haya repercutido en la sobrecarga de

²³ HASSEMER, W., *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva* (trad. Ziffer), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 1995, p. 79; DONINI, M., *El Derecho penal frente...*, cit., en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del Enemigo...*, cit., vol. 1, p. 681; KINDHÄUSER, U., «Retribución de la culpabilidad y prevención en el estado democrático de Derecho», en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del Enemigo...*, cit., vol. 2, p. 162; SCHÜNEMANN, B., «¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la Administración de Justicia Penal y de su insostenible desatención teórica», en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del Enemigo...*, cit., vol. 2, p. 969.

²⁴ DONINI, M., *Diritto penale di lotta vs. Diritto penale del nemico*, en Gamberini, A./Orlandi, R. (Dir.), «Delitto politico e delitto penale del nemico», Ed. Monduzzi, Bologna 2007, p. 136; SCHULZ, L., «Ficciones de una ficción. El Derecho penal de Jakobs para enemigos», en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del Enemigo...*, cit., vol. 2, p. 955.

los tribunales penales, el gran y al parecer único problema para el legislador. Varias razones se dan:

a) La primera es la aparente falta de base dogmática del Derecho procesal penal. Esto debe aclararse conceptualmente porque decir sin más que el Derecho procesal penal carece de dogmática es un error. Dogma tiene tres sentidos: Equivalente a verdad inmutable, equivalente a principio sustancial que sostiene una estructura jurídica, y equivalente a conocimiento de lo esencial para construir un sistema jurídico concreto²⁵.

Si hablamos de verdad inmutable, en el Derecho penal no hay ninguna, no estamos ante una religión, sino ante una parte del ordenamiento jurídico.

Si nos referimos a los principios esenciales, tanto el Derecho penal como el Derecho procesal penal los tienen, esto es indiscutible y, por tanto, ambos son partes dogmáticas del ordenamiento jurídico, que a su vez es dogmático.

Pero si hablamos de sistema, es decir, de una construcción interpretativa del contenido de los principios, de manera tal que se llegue a un conocimiento real de la rama del Derecho en cuestión, el Derecho penal va muy por delante del procesal penal²⁶, porque el Derecho penal acoge como intangibles sus rígidos principios, mientras que el Derecho procesal penal los va modificando en función de las circunstancias, porque atiende a la práctica y afronta las soluciones pragmáticamente.

Pondré un ejemplo para demostrarlo: Si analizamos el principio de legalidad penal y a continuación observamos el principio de oportunidad procesal, nadie debe tener ninguna duda que el Derecho penal se construye en torno a la dogmática jurídico-penal, mientras que el Derecho procesal penal se construye en torno a las exigencias de la realidad, en la que y, sobre todo, la práctica pueda encontrar las bases de solución del problema real concreto y una orientación segura para decidir justamente.

Pero esto no quiere decir que no existan intentos de dogmatizar la ciencia jurídico-procesal penal. De hecho, un buen procesalista tendría

²⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona 1975, p. 118. Véase también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Reivindicación de la (buena) dogmática», en De Vicente Remesal, J., *et alii* (Dir.), *Libro homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Ed. Reus, Madrid 2020, t. I, pp. 130 ss.

²⁶ Desde el principio, no solo ahora, v. los antecedentes históricos de la Dogmática en JESCHECK, H.-H., «Nueva Dogmática penal y Política criminal en perspectiva comparada», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1986, tomo 39, vol. 1, pp. 10-12.

que intentarlo siempre, porque a través de los principios esenciales debería poder construirse un proceso penal en donde todo estuviera en su sitio, en el que cada institución respondiera a una necesidad.

Y esa dogmática del Derecho procesal penal, como la del Derecho penal, obviamente, tiene que gozar de ideología, la ideología democrática, pues debe servir para fortalecer al Estado de Derecho²⁷.

b) La segunda razón es la constatación de problemas propios muy graves que impiden al Derecho procesal penal pensar en cosas distintas, es decir, en adaptarse dogmáticamente al Derecho penal.

La Dogmática exige interpretación, sistematización y crítica²⁸. Por muy grave y trascendente que sea un problema que, obviamente, hay que resolver, nada puede impedir su interpretación, sistematización y crítica para incardinarlo en el dogma. En España, siguiendo a Alemania desde principios del siglo XX, el Derecho penal así lo viene haciendo²⁹. Pero en Derecho procesal penal parece que ello no es así.

No es que no existan reformas que ignoren el Derecho penal. Las hay, y relevantes. La regulación procesal penal del enjuiciamiento de una persona jurídica sería el ejemplo reciente más importante, aunque no se haya hecho ni al mismo tiempo, ni bien³⁰.

No, lo que ocurre es que, ante la falta de credibilidad de la Justicia penal entre la ciudadanía, la sobrecarga ocupa un lugar prioritario, y reducirla o eliminarla es por ello una imperiosa exigencia no conseguida a pesar del aluvión de reformas al respecto que hemos tenido desde 1978. Y en la interpretación, sistematización y crítica de esa sobrecarga se nota la falta de dogmática jurídico-procesal penal. No se piensan las reformas, se reacciona en caliente y solo cuenta la venta política del producto.

Hoy esos problemas propios tan graves se reducen a evitar el juicio oral como sea, por varios caminos, todos ellos centrados en una extensión alarmante del principio de oportunidad, que es contrario directa-

²⁷ MUÑOZ CONDE, F., *La relación entre Sistema...*, cit., p. 16.

²⁸ Véase ampliamente MUÑOZ CONDE, F., *Introducción...*, pp. 139 ss. También, ROBLES PLANAS, R., «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *Revista de Derecho penal* (Argentina) 2010, núm. 2, pp. 185 ss.; y PERRON, W., «La Administración de Justicia penal europea y transnacional como desafío para una dogmática de Derecho Penal moderna», *Cuadernos de Derecho penal*, 2018, enero-junio, pp. 47 ss.

²⁹ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona 1982, pp. 272 ss.

³⁰ GÓMEZ COLOMER, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (Compliance Programs)», en Gómez Colomer, J. L. (Dir.), *Tratado sobre Compliance penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 26 y 27; y GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 222 ss.

mente al principio sustantivo de legalidad, pero que se asume como inevitable ante la realidad.

c) La tercera razón es el realismo práctico que nos invade y ata. Somos los bomberos del Derecho, como he tenido oportunidad de afirmar ya en otro lugar³¹. Y es verdad, porque esa realidad a la que acabo de hacer referencia nos convierte en caldo adecuado para la improvisación, no para el estudio y el conocimiento, lo que hace si no imposible, sí muy difícil un análisis dogmático del proceso penal.

Muchas veces ha sido la esterilidad de la propia Dogmática penal sustantiva la que nos ha llevado a realidades procesales impensables e inasumibles³². Toda Dogmática que esté alejada de la Política criminal es vacua, pero toda Dogmática y toda Política criminal que no estén orientadas a resolver los problemas de los ciudadanos, a ayudarles en alcanzar la meta Justicia, en definitiva, es estéril³³.

El imperio de la razón pragmática es en cierta manera comprensible, no lo niego. Cuando el terrorismo azotaba España, la preocupación era luchar jurídicamente de la forma más eficaz posible contra esta atrocidad, por eso se aprobaron tantas leyes en España que desde el punto de vista procesal penal querían conseguir ese objetivo. Ante la ineficacia constatada de la lucha contra la criminalidad organizada distinta al terrorismo tuvo que aprobarse, deprisa y corriendo, la amplia reforma de los actos de investigación basados en el uso de las nuevas tecnologías en 2015, y así un largo etcétera.

Es decir, cuando surgía un fuego, allí estaba el Derecho procesal penal para apagarlo. De poco sirven en estos casos las consideraciones

³¹ GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho Procesal penal...*, cit., p. 126.

³² La propia doctrina penal alemana más importante así lo reconoce sin tapujos, por ejemplo, siempre con matices, ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal...*, cit., pp. 57 ss.; SCHÜNEMANN, B., *Was heißt und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik? Zu Fischers These der «fremden seltsamen Welten» anhand aktueller BGH-Urteile zu Begriff und Funktion der «besonderen persönlichen Merkmale» im Strafrecht*, Goldammer's Archiv 2011, núm. 8, pp. 445 ss.; y GRECO, L., «Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal», *Revista Discusiones* 2008, núm. 8, pp. 177 ss. En España son de citar MUÑOZ CONDE, F., *La relación entre Sistema...*, cit., pp. 12 ss.; y GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *Estudios de Derecho Penal* (3.ª ed.), Ed. Tecnos, Madrid 1990, pp. 140 ss. Discuten el carácter científico de la Dogmática VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal* (2.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 576 y 577; y CUERDA ARNAU, M., «La concepción significativa de la acción v. las pretensiones sistémicas», en VIVES ANTÓN, T. S., *Pensar en libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 22 ss. Véanse también MATUS, J. P., «Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* 2008, núm. 5, pp. 1 ss.; y SCHURMANN OPAZO, M., «¿Es científico el discurso elaborado por la dogmática jurídica? Una defensa de la pretensión de racionalidad del discurso dogmático elaborado por la ciencia del derecho penal», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* 2019, vol. 14, núm. 27, pp. 555 ss.

³³ Claramente, ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal...*, cit., p. 69.

dogmáticas, porque es imposible partir de los principios para construir con base en la ley y en el conocimiento un sistema, si el proceso penal hace aguas por la simple constatación de la realidad.

Esto lleva a una contracción, a una estrechez de miras, a una limitación de progreso jurídico, porque lo único que preocupa oficialmente es: 1.º Reforzar la persecución pública del crimen cada vez con medidas más agresivas; y 2.º Evitar el proceso como sea, incluso ponerle fin cuando antes si ya se ha iniciado.

Es cierto que hay otras cuestiones. Por ejemplo, se ha desarrollado el derecho de defensa, se ha mejorado la situación de la víctima, se ha potenciado la cooperación en la Unión Europea para facilitar enjuiciamientos, pruebas y puestas a disposición de sospechosos en otros países de manera rápida. Pero si nos fijamos, con todo, estas mejoras responden a iniciativas europeas, en donde, ni siquiera con la creación de la Fiscalía Europea³⁴ va a conseguirse articular pronto un proceso penal común a todos los países miembros de la Unión Europea. En resumen, pues, carecemos de Dogmática jurídico-procesal penal.

III. El pragmatismo procesal ante la realidad de la sobrecarga judicial

El resultado de todo ello es, en efecto, que el Derecho procesal Penal, al contrario que el Derecho penal, no se expande, sino que se reduce, se contrae, se aleja de una construcción dogmática amplia e integradora para ceñirse exclusivamente a resolver problemas concretos, cuya gravedad no se discute, pero que carecen de un hilo conductor común, carecen de sistema.

La dogmática jurídico-procesal penal es hoy más necesaria que nunca, pero casi nadie la cultiva, no es atractiva, y sin embargo solo la dogmática explica correctamente la garantía de respeto a los derechos de los ciudadanos que sufren persecución penal frente al todopoderoso estado en una democracia, y solo la dogmática es capaz de explicar por qué el estado debe quedar sometido a un control permanente en el ejercicio de la acusación. Al igual que en el Derecho penal, en el Dere-

³⁴ 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 (*DOUE* L283/1, de 31 de octubre de 2017); y 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.

cho procesal Penal la dogmática tiene también una función legitimadora, porque proporciona a la ciudadanía el conocimiento necesario para que la norma sea aceptada por todos, o al menos por la mayoría³⁵.

Se puede decir que la única y máxima preocupación de nuestra Justicia en la actualidad, en realidad desde hace ya más de 50 años, es la sobrecarga judicial y sus consecuencias. Es la causa principal por la que nuestro proceso penal está tan alejado de la Política criminal y por la que, y no solo por ello, carece de Dogmática jurídica, viviendo en el más absoluto pragmatismo, obligado sin duda por ella.

El pragmatismo es, pues, la verdadera causa de nuestra contracción. El legislador y el operador jurídico se ven constreñidos a él para intentar resolver nuestros problemas por la enorme sobrecarga judicial que padecen nuestros órganos jurisdiccionales penales. No tienen tiempo para pensar. Esa sobrecarga y sus consecuencias son la única y máxima preocupación de nuestro gobierno y de nuestro Poder Legislativo, y sobre ella giran prácticamente todas las grandes reformas penales habidas en nuestra democracia que no se han limitado al desarrollo procesal penal de un derecho fundamental concreto previsto por nuestra Constitución. Obsérvese:

1.º Por un lado, solo se piensa procedimentalmente en acelerar los procedimientos, en los juicios rápidos. Las reformas en España de 1967, 1980, 1988, 1992, 2002 y 2015, por destacar las más importantes, demuestran el fracaso de esta vía.

2.º Por otro, se realizan otras reformas, cuya utilidad ha sido también casi nula, de carácter orgánico (más tribunales y más recursos humanos) e institucional (reinstauración del Jurado, ampliación de la conformidad, etc.).

Hay preocupación política, ciertamente, pues todos los presidentes de gobierno españoles desde la democracia han prometido, normalmente en sus discursos de investidura como consecuencia de estar escrito en el programa con el que han ganado las elecciones o han resultado elegidos presidente, que su Gobierno iba a promover la reforma del proceso penal en esa legislatura aprobando una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hasta ahora, ninguno lo ha conseguido³⁶.

³⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción...*, cit., p. 136; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Exigencia sociales y Política criminal», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política criminal y Derecho penal – Estudios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 44 y 45.

³⁶ Veamos ejemplos reales de ello en GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho Procesal Penal*, cit., p. 176, nota 234.

3.º Se ha focalizado el eje de la reforma del proceso penal en la figura del Ministerio Fiscal, destacando los intentos, todavía no conseguidos de otorgarle la dirección de la etapa de investigación del delito³⁷.

4.º Finalmente, se quiere evitar que el proceso llegue a su fin a toda costa, favoreciendo y ampliando la vigencia del principio de oportunidad en el proceso penal (alternativas a la persecución, conformidad o justicia negociada y justicia restaurativa). Resulta preocupante y a la par curioso constatar cómo el Derecho penal se mantiene «puro» a toda costa y las «bajezas» se dejan para el Derecho procesal Penal, cuando se piensa en la crisis de la Justicia penal y se proponen medidas concretas de más o menos calado para superarla. El principio de legalidad penal permanece siempre incólume, férreamente fijado, indiscutible e invariable, al menos en sus garantías estrictamente materiales, en suma immaculado, pero la garantía jurisdiccional en que se traduce, por la que se obliga a perseguir los delitos que se consagran en el Código Penal o en leyes penales especiales a través del proceso por un tribunal de justicia, es otro cantar, ya que es posible que sí rijan, o es posible que no, al menos en el ámbito de la criminalidad menos grave y leve, en función de varias circunstancias que atentan o vulneran directamente aquel principio.

En conclusión, apuesto por resolver los grandes y pequeños problemas que en estos momentos tiene planteados el Derecho procesal penal en la realidad a través de una Dogmática correcta y adecuada, en la que la conceptualización, la interpretación y la sistematización de la ley procesal, partiendo de los grandes principios constitucionalizados, ayude al práctico a llegar a una sentencia justa. La alarmante duración del proceso, la insoportable impunidad de los grandes criminales organizados, el aumento injustificado del intervencionismo público en la investigación del crimen, la indefendible privatización de la Justicia penal, etc., encontrarán en la Dogmática con toda seguridad soluciones mejores a las actuales y contribuirán a que nuestro proceso, realmente, sea el constitucionalmente debido.

³⁷ GÓMEZ COLOMER, J. L., «El debate acerca del quién de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán», *Revista Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado - El Consejo Fiscal*, 2001, núm. VI, pp. 97 ss.

EL ESPEJISMO DE LA NEGOCIACIÓN EN LAS CONFORMIDADES O POR QUÉ NO SE CONFORMAN LOS FUTBOLISTAS¹

MIRIAM CUGAT MAURI

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona

I. Introducción

El camino hacia la humanización de las penas tiene muchos frentes abiertos. Entre estos, la lucha contra la pena de muerte a la que han contribuido las imprescindibles aportaciones del Prof. Luis Arroyo Zapatero², que siempre ha tenido la virtud de señalar los grandes problemas del Derecho penal y la generosidad de involucrarnos a todos en su estudio y propuestas de mejora. Sin embargo, los excesos del Derecho penal no terminan ahí. Por ello debe celebrarse cada una de las iniciativas dirigidas a mitigar la dureza de las penas sin perjudicar los fines a los que se debe.

Entre tales iniciativas, algunas están absolutamente consolidadas, como sucede con las alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad, que permiten el cumplimiento de la condena sin ingreso penitenciario³. Sin embargo, hay otras que todavía suscitan recelos a pesar de

¹ El título del trabajo de LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y GASCÓN INCHAUSTI, F., sobre «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret*, 3, 2018, es tan sugerente que no se me ocurre otro mejor para reflexionar sobre el supuesto inverso en el que el acusado opta por el juicio oral, como recientemente ha hecho algún conocido futbolista.

² Entre su inagotable producción científica pueden citarse sus obras: ARROYO ZAPATERO, L., «La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña», en Estudios penales. Libro Homenaje al prof. J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982; ARROYO ZAPATERO, L., «La prohibición de las penas crueles e inhumanas y la abolición universal de la pena de muerte», *Revista de Occidente*, núm. 385, 2013; BORDES CABALLERO, J./ARROYO ZAPATERO, L., *Francisco de Goya contra la crueldad de la pena de muerte Against the cruelty of capital punishment*, 2013; ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A./SCHABAS, W., *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Ediciones de la UCLM, 2015; Arroyo Zapatero, L./Biglino, P./Schabas, W. (eds.), *Hacia la abolición universal de la pena capital*, Tirant lo Blanch, 2010.

³ De hecho, la «condena condicional» no ha hecho sino reafirmarse desde su implantación en 1908, en especial, a partir del reconocimiento constitucional del fin de reeducación y reinserción social. Ahora bien, no se nos oculta que el camino hacia la plena consolidación del sistema

su progresiva implantación y sus indudables logros. Así sucede con la institución de la conformidad de la que, si bien nadie duda de que sirve para acortar el proceso penal⁴, parece lastrada por la tacha de utilitarismo y exceso de pragmatismo, lo que en un país tan quijotesco como el nuestro es fuente de todo tipo de suspicacias.

Admitida la funcionalidad de la conformidad al fin de aliviar la carga de trabajo de nuestra maltrecha Administración de Justicia⁵, y descartado que baste con eso para desconfiar de ella⁶, bueno será analizar su compatibilidad con nuestro sistema de garantías. Como ya ha sido reiteradamente señalado por la literatura especializada, los peligros no son pocos⁷. La conformidad permite la condena sin

de alternativas del que forma parte tampoco ha estado libre de obstáculos de los que son expresiva muestra la práctica supresión de la sustitución de la pena, en 2015, o las resoluciones judiciales que deniegan la suspensión con invocación de la «alarma social».

⁴ De la importancia práctica de la conformidad da suficiente idea el volumen de procedimientos que concluyen a través de ella. De acuerdo con la *Memoria de 2019 de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Cataluña*, respecto de los pronunciamientos de los Juzgados de lo Penal en procedimientos abreviados y juicios rápidos en 2018, sobre el total de 27.308 sentencias, 19.913 fueron condenatorias, y de éstas 13.532 se adoptaron por conformidad. Algo parecido se observa en las cifras relativas a las sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales en procedimientos abreviados, sumarios y juzgados en 2018, de las que, sobre el total de 1.705 sentencias, 1.346 fueron condenatorias, y de éstas 788 se adoptaron por conformidad.

Si traducimos las anteriores cifras a porcentajes, nos encontramos con que, en el caso de los Juzgados de lo Penal, las condenas por conformidad representan un 49,56 % de las sentencias, y un 67,96 % de las condenatorias; mientras que, en el caso de las Audiencias, las conformidades alcanzan un 46,21 %, y un 58,54 %, respectivamente.

Con todo, ese aparente éxito se queda corto si tenemos en cuenta los datos de otros países como Estados Unidos, en los que las conformidades alcanzan el 90 %, de acuerdo con las cifras recogidas en LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A./GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, p. 3.

Entre los logros de esta institución despunta su contribución a la agilización de los procesos penales, que se erige en el objetivo prioritario del «Protocolo de actuación para juicio de conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española», Madrid, 1 de abril de 2009 (en adelante, el *Protocolo FGE-CGAE de 2009*), punto 1 del Preámbulo. Ahora bien, también destacan sus aportaciones a la consecución de los fines propios de la justicia restaurativa como el diálogo con la víctima y la reparación del daño causado por el delito. En el mismo sentido, destacando la relevancia de la función de descongestión judicial, pero sin olvidar otras, véase también el *Conveni d' Execució del Protocol de Conformitats de Barcelona, de 26 de marzo de 2010*.

⁵ Los datos de campo de los que parte este trabajo han sido extraídos de la información contenida en las Memorias de la Fiscalía de los últimos años, así como de las entrevistas a las Fiscales de la Audiencia Provincial de Barcelona: Doña María Carmen de Frutos Gómez, Fiscal coordinadora del Servicio de conformidades; doña Elena Contreras Galindo, Fiscal coordinadora del Jurado; y doña Carmen Martín Aragón, Fiscal coordinadora de delitos económicos.

⁶ No se olvide que, en su día, a la condena o remisión condicional también se le imputó el pragmático fin de descongestión de las cárceles, sin que ello haya impedido que, en la actualidad, se erija en uno de los principales instrumentos de resocialización de nuestro sistema. Al respecto, véanse las reflexiones de BERNAL VALLS, J., «Consideraciones sobre la condena condicional», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 24, fas/mes 1, 1971, sobre los fines declarados y reales de la institución, con mención a las alusiones de Cuello Calón a sus materialistas fines.

⁷ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., «Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 35, 2019.

práctica de la prueba⁸, carga las tintas sobre el reconocimiento de los hechos por parte del imputado que puede llegar a confesar el delito a pesar de su inocencia⁹, y no dispone de cortafuegos suficientes para evitar la contaminación del Juez de sentencia¹⁰. Descartado un análisis exhaustivo de todos los riesgos que plantea, por cuanto excedería de las posibilidades y pretensiones de este trabajo, el único propósito de este es destacar que, en nuestro país, el componente de justicia negociada de la conformidad es más reducido de lo que pudiera parecer, lo que además de disipar el peligro de que sirva para la imposición de la voluntad de la parte con mayor poder económico¹¹, podría explicar las recientes noticias sobre algunos conocidos futbolistas que han preferido el supuesto riesgo del juicio oral al dudoso privilegio de la conformidad.

II. El espacio para el pacto en la regulación de las conformidades

La clasificación o inclusión de las conformidades entre los instrumentos de la llamada *justicia negociada*¹² podría inducir a pensar

⁸ En contra de que el reconocimiento de los hechos que es condición de la conformidad pueda calificarse como medio de prueba, por todos, CÓRDOBA RODA, J., «Las conformidades entre acusación y defensa, en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho», *Diario La Ley*, núm. 7898, 2012.

⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./GASCÓN INCHAUSTI, F., «Por qué se conforman los inocentes?», cit. En el sistema americano, hasta tal punto está asumida la posibilidad de condenas de inocentes, que, como advierte DEL MORAL GARCÍA, A., «La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español), *Auctoritas Prudentium*, núm. 1, 2008, p. 8, se admite la conformidad con la pena pero no con la participación en los hechos, siendo posible la «protesta de inocencia».

¹⁰ Sobre los peligros derivados de la actual regulación, GONZÁLEZ CANO, M. I., *Mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 129. Sobre las vías de solución, a través de la previsión de un juez *ad hoc*, MAIER, J.: «La víctima y el sistema penal», en Maier, J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas, ad hoc*, Buenos Aires, 1992, p. 232. Críticamente sobre la carencia de un Juez específico para la fase intermedia, RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «Fase intermedia», en Cugat Mauri, M./Baucells Lladós, J./Aguilar Romo, M. (coords.), *Manual de litigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 293 ss. Sobre las perspectivas de reforma: Anteproyecto de LECrim. de 2020 (art. 169).

¹¹ Este peligro, sobre el que alerta la Directiva 2012/29/UE del PARLAMENTO EUROPEO y del CONSEJO 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, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo* (Considerando 46), puede aparecer en los delitos llamados de «cuello blanco». Ahora bien, no es el caso de los delitos contra la Hacienda pública en los que la víctima cuenta con mecanismos bastantes para defenderse.

¹² Por todos, GÓMEZ-COLOMER, J. L., «La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2012/1-2, vol. 83.

que son resultado puro del pacto entre las partes¹³ que dispondrían de un margen de decisión que el Juez debería respetar. Sin embargo, lo cierto es que, en nuestro país, la regulación procesal de la conformidad queda bastante lejos de la idea anglosajona del *plea bargaining*. De hecho, el *nomen iuris* ya nos da pistas acerca de la distancia que media entre una y otra institución, pues una cosa es conformarse y otra, negociar o regatear (*bargaining*)¹⁴. Pero las diferencias no son solo nominativas.

Basta con acudir a la regulación de la conformidad en el procedimiento ordinario (arts. 655 y 688 ss. LECrim.) que se ha mantenido inalterada desde la aprobación de la LECrim. de 1882, para constatar el absoluto silencio legal sobre el proceso negociador, lo que casa perfectamente con el ideal codificador y de primacía absoluta del principio de legalidad que imperaba al tiempo de su gestación. Se dirá que la regulación de la conformidad en el procedimiento ordinario ni es la única ni la más frecuente, pero lo que no puede negarse es que en cuanto procedimiento de referencia ofrece claves de lectura para el conjunto del sistema. Por este motivo, no puede extrañar que, en el resto de los procedimientos, aunque aparezcan alusiones al pacto, se haga de modo tan pacato.

1. Las llamadas a la negociación de la LECrim

La LECrim. se limita a abrir vías de entrada al pacto que pueden muñir las partes, pero sin disciplinar las condiciones para su desarrollo o validez como podrían ser las relativas a la forma de intervención o representación de los implicados o la garantía del secreto de sus deliberaciones. Desde este punto de vista, el acuerdo tanto puede emanar de un proceso de mediación regido por unos requisitos y protocolos determinados como de una conversación informal a pie de estrados¹⁵.

¹³ A este se refiere CÓRDOBA RODA, J., *op. cit.*, p. 2.

¹⁴ DEL MORAL GARCÍA, A., «La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)», *Auctoritas Prudentium*, núm. 1, 2008, p. 10.

¹⁵ Otra cosa es la conveniencia de fomentar la mediación por los efectos positivos que ha demostrado. En este sentido, TAMARIT, J. M., *Evaluación del programa de mediación penal de adultos del Departamento de Justicia (Generalitat de Catalunya)*, con relación a infracciones penales fundamentalmente constitutivas de falta, en especial, de carácter interpersonal, CEJFE, 2013; y AYORA, L./CASADO, C., *La mediación penal en Cataluña en el ámbito de adultos y de menores: El análisis de la situación y propuestas de mejora*, CEJFE, 2017, subrayando la importancia de desarrollar las previsiones del Estatuto de la víctima. Sobre la conformidad como cauce para la mediación, GUARDIOLA LAGO, M. J./TAMARIT SUMALLA, J. M., *La justicia*

Para tales supuestos, en los que media un pacto entre las partes, la regulación del procedimiento abreviado prevé la posibilidad de presentación de un *escrito de calificación conjunta* en la fase intermedia (art. 784.3, párr. 2.º LECrim.), o un *nuevo escrito de calificación* al inicio del juicio oral (art. 787.1 LECrim.)¹⁶, que lamentablemente es lo más frecuente¹⁷. Teóricamente, el acusado también puede conformarse con el escrito de calificación unilateralmente presentado por la acusación (art. 784.3, párr. 1.º LECrim.). Ahora bien, es raro que así suceda, pues cuando no ha sido previamente negociado difícilmente satisfará las pretensiones de la defensa, mientras que cuando lo ha sido, lo lógico será que aparezca con la firma de ambas partes en un escrito unitario que las comprometa por igual¹⁸.

Las anteriores posibilidades se extienden al procedimiento rápido, en el que cabe la presentación del escrito de calificación conjunta en la fase intermedia por aplicación subsidiaria del art. 784.3 LECrim.¹⁹ ex art. 795.4 LECrim., así como la presentación de un nuevo escrito de calificación al inicio del juicio oral por expresa remisión del art. 802 al art. 787 LECrim.

Por otro lado, aun cuando el procedimiento abreviado no sea subsidiario del ordinario, sino a la inversa, en la práctica procesal empieza a cundir el *usus fori* consistente en admitir el escrito de calificación conjunta tras el Auto de procesamiento y en trámite de cuestiones previas. A pesar del silencio legal de los arts. 655 y 688 ss. LECrim. reguladores de la conformidad en el sumario, el haz de ventajas que ofrece la presentación del escrito de calificación conjunta es bastante para admitirlo también aquí²⁰, a la espera de la pronta renovación de nuestra ley procesal penal.

Lo mismo sucede con el procedimiento ante el tribunal del Jurado, en el que además de la conformidad en trámite de conclusiones definitivas expresamente prevista en el art. 50 LOTJ, se admite en la fase inter-

restaurativa en el sistema penal español, UOC, <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/handle/10609/75606?mode=full>

¹⁶ Sobre estos supuestos como oportunidades para el pacto, DEL MORAL GARCÍA, A., «La conformidad en el proceso penal», cit, p. 3.

¹⁷ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *op. cit.*, p. 180.

¹⁸ En caso contrario, las posibilidades de fraude por parte de la defensa son objeto de las reflexiones de la STS 810/2017, 11-12, FD 3.º

¹⁹ IGARTUA LARAUDOGOITIA, I.: *Justicia penal restaurativa y justicia penal negociada, retórica y práctica. Estudio empírico del programa de mediación intrajudicial penal en Bizkaia*, 2015, Tesis doctoral, Universidad del país Vasco, <https://addi.ehu.es/handle/10810/15970>, p. 137, y Circular FGE 1/2003 sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. 7-4, p. 42.

²⁰ CÓRDOBA RODA, J., *op. cit.*, p. 1.

media y al inicio de las sesiones del juicio oral, en virtud de la aplicación supletoria de la LECrim. (art. 24.2 LOTJ)²¹, abriendo la puerta a la presentación del escrito de calificación conjunta.

2. El margen de negociación

Admitida la existencia de espacios para la negociación²², la cuestión es saber qué puede negociarse y hasta qué límite, que *a priori* parece escaso.

Para empezar, el sometimiento del Ministerio Fiscal al principio de legalidad²³ le impide dejar de acusar por los delitos de los que se hayan reunido medios de prueba bastante a lo largo de la instrucción²⁴, como también solicitar una calificación o pena más leve de la que legalmente corresponda. De lo contrario, la Fiscalía podría vetar la conformidad en trámite de «visado»²⁵, a lo que se añade la posibilidad de desvinculación judicial de la misma (arts. 655, párr. 3 LECrim. para el procedimiento ordinario, y 787.3 LECrim. para el abreviado)²⁶.

Desde estas premisas, poco cabe esperar de las llamadas de la Fiscalía a la promoción de las conformidades por medio de la adopción de

²¹ Así, IGARTUA LARAUDOGOITIA, I., *op. cit.*, p. 134, y CHOZAS ALONSO, J. M., «La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de derecho comparado» (1), *Diario la ley*, 6890, 2013, p. 5. En la práctica, estos han sido los supuestos más extendidos de conformidad, según DEL MORAL GARCIA, A., *op. cit.*, p. 13.

²² De hecho, como observan BELTRÁN MIRALLES, S./SOSPEDRA NAVAS, F., «Procedimiento Abreviado: el juicio oral: la conformidad», *Práctica de los Procesos Jurisdiccionales* (Civitas). Proceso Penal I, Aranzadi-Instituciones, 2011. p. 12: «Estas negociaciones pueden desarrollarse en cualquier momento».

²³ Como subraya MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *op. cit.*, p. 170, para el Ministerio fiscal, el principio de legalidad no es solo un límite sino también un fin, pues la Constitución lo erige en garante y defensor de la misma. En este sentido también, Instrucción FGE 2/2009, 22-6, III.1, p. 10, que siguiendo a la Instrucción FGE 1/1989 recuerda que: «Solo es legalmente admisible la aproximación de las posturas de la acusación y la defensa en el terreno de la calificación jurídica del hecho y de las consecuencias punitivas dentro de un estricto marco de legalidad».

²⁴ Si lo hiciera, podría incluso incurrir en responsabilidades penales por el delito de omisión del deber de perseguir delitos (art. 408 CP).

²⁵ Tal como advierte la Instrucción FGE 2/2009, 22-6, III.1, p. 10.

²⁶ No entro aquí en examen de todas las condiciones y límites para la desvinculación judicial del pacto que, estando reguladas en términos distintos para el procedimiento ordinario y abreviado, suscitan dudas acerca de si su contenido es asimismo distinto. Como subraya la Circular 1/1989, de 8 de marzo, p. 11: «Nunca, sin embargo, podrá imponer pena superior». En este sentido, véanse los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 27 de noviembre de 2007, sobre la plasmación del principio acusatorio en la determinación judicial de la pena. Las controversias interpretativas recaen sobre la posibilidad de imposición de una pena inferior a la pactada por las partes dentro de las previsiones legales. Al respecto, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Notas sobre las conformidades en los procesos penales», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 2018, p. 50.

«posiciones estratégicas»²⁷, cuando en nuestro sistema no rige (todavía) el principio de oportunidad²⁸, sino el doble control de legalidad que se encomienda a la Fiscalía y el órgano judicial²⁹.

En este contexto, reducida a mínimos la posibilidad de negociación sobre la calificación jurídica o la pena, emerge como espacio más dúctil al pacto la descripción del relato de hechos probados. Huelga decir que este no escapa a las exigencias de racionalidad, prohibición de la arbitrariedad y persecución de oficio de los delitos, pero qué duda cabe de que, además de admitir importantes espacios de discrecionalidad, sienta los presupuestos para la determinación de la pena sobre la que ejerce una suerte de efecto dominó. De modo que, no es inimaginable que se pacte sobre el relato de hechos probados³⁰ como medio indirecto de negociación sobre la calificación jurídica y la correspondiente pena³¹, lo que idealmente debería suceder en instrucción o en la fase intermedia antes de que la progresiva acumulación de medios de prueba lo impidan³².

²⁷ Circular 1/1989, 8-3: El Fiscal «deberá promover esas soluciones, facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa».

²⁸ Como advierte FAIRÉN GUILLÉN, V., «La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema procesal acusatorio español» (La conformidad del acusado), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1971, de momento, el único que dispone es el reo y solo respecto de su derecho de defensa.

²⁹ De acuerdo con la Circular 1/1989, 8-3: «la legalidad y la justicia deben impedir las condenas improcedentes, aunque sean aceptadas por el acusado». Como subraya la Circular 1/2003, 7-4: «el órgano enjuiciador no debe descuidar por razón del acuerdo alcanzado su preferente vinculación a la Ley y que en el ejercicio de su indeclinable función jurisdiccional y del interés público inmanente al proceso penal debe supervisar en todo caso tanto la adecuación de la calificación jurídica a los hechos propuestos, como la necesaria correlación entre calificación jurídica y pena solicitada, sin perjuicio del inmediato y directo control que ha de ejercer sobre la libertad y espontaneidad con que el acusado manifiesta su voluntad».

³⁰ Sobre la realidad de la negociación sobre los hechos, CÓRDOBA RODA, J., *op. cit.*, p. 3. Sobre la importancia de la fijación del relato de hechos probados en la conformidad: BELTRÁN MIRALLES, S./SOSPEDRA NAVAS, F., *op. cit.*, p. 17; y FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., «El control judicial de la conformidad en el proceso penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2012, p. 5.

³¹ Sobre el «ir y venir de la vista desde el caso a la norma», véanse las reflexiones de HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 153, que traslada al derecho penal la teorización sobre la «espiral hermenéutica» elaborada por filósofos del Derecho como Engisch y Larenz.

Sobre las diferencias en la teoría y práctica estadounidense, BARONA VILAR, S., *La conformidad en el sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; FERRÉ OLIVÉ, J. C., «El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-06, 2018; DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 5: «Para favorecer la solución paccionada se admite que el cargo original sea sustituido por otro que puede no tener nada que ver con aquél y sin rubor alguno se manipula la verdad de los hechos, aceptándose confesiones de hechos que nunca han sucedido».

³² Téngase en cuenta que el art. 787 LECrim. prevé que el nuevo escrito de calificación que se presente al principio de las sesiones del juicio oral «no podrá referirse a hecho distinto».

Fuera de la negociación sobre el relato de hechos, el único espacio abierto al pacto queda reducido a: a) los aspectos más discutibles o «zonas grises» de la interpretación del tipo penal por ambigüedad u obscuridad de la ley; b) los espacios de discrecionalidad en la determinación de la pena legalmente aplicable, en la que se combinan aspectos de imposición necesaria y facultativa, pero que en la práctica, tienden al mínimo aun sin atenuantes; y sobre todo, c) la proposición de la suspensión de la pena por parte del Fiscal, aunque su definitiva concesión quede en manos del juez.

III. La experiencia de las conformidades en las causas por fraude fiscal

Las anteriores consideraciones están sin duda alguna en la base de recientes decisiones de algunos conocidos futbolistas acusados de fraude fiscal, que han preferido la celebración del juicio oral a la conformidad³³. Ante igual probabilidad de pena³⁴, hay quienes prefieren terminar cuanto antes con el proceso, mientras que otros resuelven no desperdiciar ninguna oportunidad de defensa, en especial, cuando su prestigio y consideración social no van a tambalearse por la «pena de

³³ Me refiero a casos como el de Xabi Alonso que optó por el juicio oral que le proporcionaría la fugaz victoria de la absolución en instancia por la SAP Madrid 672/2019, 25-11, seguida de una igualmente efímera derrota, ante la anulación de la anterior por la Sentencia del TSJ Madrid de 20 de enero de 2021, y una definitiva absolución en instancia por la SAP Madrid 177/2021, 8-4.

³⁴ En el recién citado «caso Xabi Alonso», la pena solicitada por el Fiscal era de 6 meses de prisión para el delito del tipo básico del art. 305 CP, y un año para cada uno de los delitos del tipo cualificado del art. 305 bis CP, en aplicación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño. Es decir, la petición de pena que marca el techo máximo de la condena posible no difería sustancialmente de las impuestas en otras condenas por conformidad en causas similares por fraude fiscal en las que también se había apreciado la atenuante por reparación, como, por ejemplo, la SP (1) Mérida 149/2020, 1-10, en el que las penas de prisión fueron de ocho, ocho y seis meses por ejercicio fiscal; o el «caso Cristiano Ronaldo» (SAP Madrid 53/2019, 22-1), en el que la pena de prisión impuesta por cada uno de los ejercicios giró alrededor de los cinco y seis meses.

En el «caso Xabi Alonso» el problema aparecía del lado de la Agencia tributaria que solicitaba la imposición de penas de prisión del doble de duración que las peticionadas por el Ministerio fiscal. En concreto, un año de prisión por el delito del tipo básico, y dos por cada uno de los delitos del tipo cualificado.

Como es lógico, no podemos saber si, en este caso, en la hipótesis de condena la pena impuesta hubiera sido más próxima a la solicitada por el Fiscal o por la Agencia tributaria. Ahora bien, si nos atenemos a lo que sucedió en el «caso Messi» (STS 347/2017, 24-5), que también optó por el juicio oral, y terminó con condena a pena de cinco meses de prisión por cada uno de los delitos fiscales, llegamos a la conclusión del bajo riesgo que comportaba la decisión de no conformarse.

banquillo» y gozan de capacidad económica bastante para afrontar la prolongación del procedimiento.

El principal peligro que se vislumbra para quienes optan por lo segundo es el que podría derivar de una rechazable «pena de no conformidad» aplicable como «castigo» por la falta de colaboración en la agilización del procedimiento³⁵.

1. Particularidades de las causas por delito fiscal

En el precedente apartado se ha apuntado como espacio más sensible al pacto el relativo a la descripción de los hechos objeto de acusación, a partir de la asunción de que: a) la calificación jurídica está atezada por el férreo control de legalidad; b) la determinación de la pena suele tender al mínimo aun sin conformidad; y c) la suspensión de la ejecución se concede de modo prácticamente automático ante la concurrencia de los requisitos legales mínimos.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que, en los procesos por fraude fiscal, la descripción de hechos probados suele transitar de modo prácticamente inmutable desde la denuncia por parte de la Agencia tributaria hasta la sentencia condenatoria, es fácil concluir que asfixian el principal reducto negociador³⁶. Las alteraciones en el relato de hechos probados suelen deberse a la aparición de circunstancias sobrevenidas como la reparación del daño o las dilaciones indebidas. Fuera de estos supuestos, raramente se aprecian cambios.

Así las cosas, el debate forense se traslada al estrecho reducto de la calificación jurídica, en el que la profusión de elementos normativos³⁷ ofrece alguna posibilidad negociadora que puede girar en torno a la di-

³⁵ Por este motivo DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 19, ensalza las posibilidades de la «conformidad premiada», que permite beneficiar a quien pacta sin castigar a quien prefiere defenderse en el juicio oral.

³⁶ Sobre el reducido espacio para la negociación en las conformidades por delito fiscal, *Observatorio del delito fiscal*, Convenio de 30 de junio de 2005 entre la Agencia estatal de administración tributaria y la Secretaría de Estado de Justicia en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal, Primer Informe, diciembre 2006, pág. 35: «La conformidad en el proceso penal no es un acuerdo entre partes sino una adhesión-conformidad del acusado a las pretensiones de la acusación» (...). «Si esto es así en la generalidad de los delitos, en el caso de los delitos fiscales esa modulación está fuertemente limitada, porque la Administración Pública respecto de la acción penal siempre debe cumplir la legalidad y, respecto de la civil, no puede renunciar ni en todo ni en parte a la cuota tributaria que corresponda».

³⁷ Buena muestra de su importancia en materia tributaria es la previsión de las «actas de acuerdo» del art. 155 LGT para los supuestos en que «para la elaboración de la propuesta de regularización deba concretarse la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados».

ferenciación entre simulación y fraude³⁸, o los criterios para el cálculo de la cantidad defraudada³⁹.

Por fin, queda también la posibilidad residual de pacto sobre la pena. Aunque el margen negociador sea escaso, habida cuenta de que suele tender al mínimo aun sin conformidad⁴⁰, puede discutirse sobre: a) la concreta magnitud de la rebaja de pena que puede ser de hasta dos grados, en casos de atenuante muy cualificada; b) la petición de suspensión de la ejecución.

En el mejor de los casos, la pena del tipo básico de fraude fiscal (art. 305 CP) podría reducirse hasta los tres meses de prisión, lo que la convierte en abiertamente suspendible, mientras que la pena de multa podría rebajarse hasta el veinticinco por ciento de la cantidad defraudada⁴¹, lo que podría llegar a convertirla en inferior a la imponible en vía administrativa⁴².

En suma, en las causas por fraude fiscal, el espacio para el pacto es más reducido del ordinario, a lo que se añaden los menores beneficios derivados del mismo, atendida la imposibilidad de «conformidad premiada» por razón de la pena prevista para el delito fiscal⁴³.

³⁸ Sobre el problema, en casos como los analizados, GARCÍA NOVOA, C., «Simulación y delito contra la hacienda pública (a propósito de la sentencia de la audiencia provincial de Madrid en el caso Xabi Alonso)», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, núm. 440/2020.

³⁹ Así sucedió en el «Caso Ronaldo» agudamente analizado por CARDENAL MONTRAVE-TA, S., «La respuesta del derecho penal a los delitos fiscales de Cristiano Ronaldo (y de otros)», *La Ley Penal*, núm. 136, 2019, p. 2, que observa que en este caso el relato de hechos se mantuvo prácticamente invariable, a excepción del punto relativo a la cantidad defraudada que se redujo.

⁴⁰ En este sentido, el *Observatorio del delito fiscal*, Convenio de 30 de junio de 2005 entre la Agencia estatal de administración tributaria y la Secretaría de Estado de Justicia en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal, Primer Informe, diciembre 2006, p. 36 advierte: «El resultado de la apreciación de la atenuante simple es de poca utilidad con relación al supuesto de hecho de no concurrencia de atenuante. En la práctica viene a ser una cierta contradicción».

Solo a título de ejemplo, véase la STS 539/2003, 30-4 en la que frente al recurso por indebida inaplicación de la atenuante de reparación se observa su en todo caso «escasa practicidad» por haber sido impuesta ya una pena muy próxima al mínimo legal». En este mismo sentido véase la SJP (2) Gijón 67/2020, 14-7, en la que se condena por conformidad por un delito contra la Seguridad social y no concurriendo atenuantes se impone el mínimo de pena de prisión de un año; o la SJP (1) Valencia 84/2015, 20-2, que condena a la pena de un año de prisión.

⁴¹ Sobre los criterios aplicables para el cálculo de la pena inferior en caso de multa proporcional, ATS de 22 de julio de 2008, siguiendo el criterio señalado en su día por ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 1986, p. 595.

⁴² Observatorio del Delito Fiscal, Convenio de 30 de junio de 2005 entre la Agencia estatal de administración tributaria y la Secretaría de Estado de Justicia en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal, Primer Informe, diciembre 2006, p. 39: «ciertos defraudadores que, en algún caso, han confesado preferir la «pena de banquillo» al procedimiento administrativo sancionador, sin que las consecuencias inherentes a la existencia de antecedentes penales parezcan ser suficientemente disuasorias».

⁴³ En las causas por delito fiscal no caben las conformidades premiadas de los arts. 801 s. LECrim., pues tanto el límite máximo del tipo básico como del cualificado (arts. 305 s., CP respectivamente) superan los tres años de prisión (art. 801.1.2.º Crim.).

2. *El espacio negociador en las atenuantes*

La especial importancia que adquiere el pacto sobre la pena en las causas por delito fiscal obliga a tomar en especial consideración las posibilidades que ofrece la regulación de las atenuantes⁴⁴.

a) LA IMPROBABLE VÍA DE LA CONFESIÓN DEL DELITO (ARTS. 21.4 Y 7 CP)

Entre las atenuantes que pueden aparecer en la negociación de las conformidades y que tienen cabida en las causas por delito fiscal debe hacerse mención a la confesión (art. 21.4 CP).

En su contra juega la previsión de un límite temporal máximo marcado por el momento en que se conoce que el procedimiento judicial se dirige contra el reo.

Con todo, en supuestos de confesión extemporánea se ha llegado a recurrir a la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.7 CP⁴⁵, cuando se ha considerado que las carencias en prontitud quedaban suficientemente compensadas por las especiales aportaciones probatorias

b) LAS PARTICULARIDADES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL FRAUDE FISCAL (ARTS. 21.5, Y 305.4 CP)

Como en cualquier delito, la reparación del daño causado a la víctima permite la aplicación de la circunstancia genérica del art. 21.5 CP, a la que para este concreto delito se añaden otras dos posibilidades⁴⁶: a) el levantamiento de pena⁴⁷, en caso de pago total temporáneo⁴⁸

⁴⁴ Me ciño en exclusiva a las atenuantes aplicables a las personas físicas, pues bastan como ejemplo de los reducidos márgenes de negociación en la conformidad. Queda para otro momento la investigación sobre los problemas específicos que plantea la conformidad de las personas jurídicas y las atenuantes específicamente previstas para las mismas en el art. 31 quáter CP de confesión de la infracción [letra a)], colaboración en la investigación [letra b)], reparación o disminución del daño [letra c)], y establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos futuros [letra d)].

⁴⁵ Así, por ejemplo, SJP (2) Ibiza 64/2014, 31-3.

⁴⁶ No se nos oculta que la doctrina está dividida en cuanto a la posibilidad de aplicación de la regla genérica del art. 21.5 cuando ya existe la regla específica del art. 305.4 CP. En todo caso, la jurisprudencia la considera aplicable.

⁴⁷ No entro aquí en la discusión acerca de si debe considerarse causa sobrevenida de atipicidad o excusa absolutoria postdelictiva, que se abrió a partir de la reforma por LO 7/2012.

⁴⁸ Según el art. 305.4 este debe producirse: «antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubie-

(art. 305.4 CP); y b) la reducción cualificada de la pena, en caso de pago anterior al transcurso de dos meses desde la citación judicial como imputado (art. 305.6 CP⁴⁹).

Una vez superados los límites temporales previstos en el art. 305, aps. 4 y 6 CP, solo cabe aplicar la atenuante genérica del art. 21.5 CP, que exige que el pago haya tenido lugar antes de la celebración del acto del juicio oral, y que, según el caso, tendrá efectos simples o cualificados, de acuerdo con los criterios del art. 66 CP⁵⁰.

Ahora bien, una cosa son las condiciones genéricas de aplicación de la atenuante de reparación para la que, siguiendo las directrices del Estatuto de la víctima⁵¹, puede tomarse en consideración el esfuerzo reparador o la reparación moral⁵², y otra las condiciones que imponen la Agencia tributaria y el Ministerio Fiscal para la conformidad, que exigen indefectiblemente el pago total de la deuda, con intereses incluidos⁵³, al margen de que se admita el pago aplazado o fraccionado con garantía⁵⁴.

ran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias».

⁴⁹ Según DE LA MATA BARRANCO, N., «Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social», en DE LA MATA, N., *et al.*, *Derecho económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 556, en la práctica forense, la aplicación de esta atenuante supone la imposición de una pena alrededor del cuarenta por ciento del límite mínimo del marco penal, tanto en lo que atañe a la privación de libertad como a la multa, mientras que en caso de aplicación de la atenuante genérica suele aplicarse el sesenta por ciento.

⁵⁰ Para una relación de sentencias en las que se plantea la aplicación de la atenuante y los requisitos para su mayor o menor impacto sobre la pena, CHOZA CORDERO, A./RIZO LEÓN, A., «Reparación del daño en los delitos contra la hacienda pública: atenuante simple o atenuante muy cualificada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2020, p. 3.

⁵¹ Estatuto de la víctima, III: «Como ya se ha indicado, el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima no se limita a los aspectos materiales y a la reparación económica, sino que también se extiende a su dimensión moral».

⁵² Como recogen SOLETO, H./GRANÉ, A., «Capítulo 1. La ineficacia del sistema español en la compensación a través del proceso», en SOLETO, H./GRANÉ, A., *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 27, la jurisprudencia ha aplicado, en ocasiones, esta atenuante en casos de mera reparación moral. Así, la SAP Valladolid (2.ª) 149/2012, 30-4 o la SAP Barcelona (3.ª) 1014/2009, 17-11.

⁵³ Críticamente, sobre el requisito de reparación como condición de acceso a la conformidad, AGUILERA MORALES, M., «Víctima y conformidad: dos rectas paralelas llamadas a coincidir» en De Hoyos Sancho, M. (Coord.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 103; y MARTÍN RÍOS, P., *Víctima y justicia penal. Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 414.

⁵⁴ Como recoge el Observatorio del Delito Fiscal, cit., p. 37, en este caso: «el acusado presenta un plan de pagos inferior a 4 años para evitar problemas de prescripción de la pena de multa (con plazo de prescripción de 5 años) de ejecución subsidiaria a la responsabilidad civil y la garantía, normalmente con hipoteca.»

En caso contrario, se cierran las puertas a la conformidad, aunque quien haya reparado parcialmente el daño pueda optar a la atenuante ordinaria en la medida correspondiente a su esfuerzo reparador⁵⁵.

Los motivos de tal práctica son evidentes y hasta cierto punto comprensibles, pues cuando se trata de delitos contra intereses públicos como la malversación o el fraude fiscal, la Administración no solo puede, sino que tiene el deber de procurar la reparación material del daño causado⁵⁶. Otra cosa es que ese indiscutible fin debe aplicarse en armonía con los fines resocializadores propios del derecho penal que no pueden quedar boicoteados por el mero interés recaudatorio.

C) LA RESTRICTIVA VÍA DE LAS DILACIONES INDEBIDAS (ART. 21.6 CP)

Por último, la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP (introducida explícitamente por la reforma de LO 5/2010⁵⁷) también ofrece espacios de negociación. Ello se debe a que su existencia no depende del mero transcurso ciego de un lapso de tiempo, sino de su valoración como «extraordinario» e «indebido», en consideración a la «complejidad de la causa», que son conceptos jurídicos indeterminados⁵⁸ y por lo tanto de aplicación relativamente discrecional.

En materia de delitos económicos, pesa en su contra la natural complejidad de las causas⁵⁹ que podría justificar el tiempo transcurrido, aunque en un contexto de negociación, muchos de los obstáculos de partida pueden quedar eclipsados por el común interés en la conclusión del pacto⁶⁰.

⁵⁵ En supuestos de pago parcial se contempla la posibilidad de aplicación de la atenuante analógica (STS 203/2011, 22-3).

⁵⁶ Así se exige expresamente en el art. 434 CP, que subordina la atenuación de la pena a la reparación efectiva del daño provocado por el delito de malversación.

⁵⁷ Hasta la fecha, se había recurrido a la atenuante analógica. Así, STS 456/2014, 5-6; o STS 810/2017, 11-12.

⁵⁸ En este sentido, véase la SAP Madrid 375/2020, 8-10, y la jurisprudencia en ella citada: «la expresión «dilaciones indebidas» es un concepto jurídico indeterminado y por tanto debe ser calibrado a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso.»

⁵⁹ Sobre los problemas de la valoración de la complejidad, con especial consideración a los macrojuicios, RAMÍREZ ORTIZ, JL.: «Derechos fundamentales y derecho penal: La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas», *Derecho y Proceso Penal*, núm. 27, 2012, pp. 41 s.

⁶⁰ En materia de fraude fiscal, se ha apreciado, por ejemplo, en la SAP Madrid 375/2020, 8-10, como muy cualificada, en un supuesto en el que transcurrieron doce años entre el inicio de la instrucción y el juicio oral; en la SAJ (1) Vilanova i la Geltrú 94/2019, 1-3; la SJP (3) Pamplona/Iruña 128/2012, 29-3; o la SJP (1) Pamplona/Iruña 401/2011, 26-9.

Con todo, los plausibles esfuerzos por objetivar esta atenuante de los que es expresiva muestra el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de julio de 2012⁶¹ rebajan el potencial negociador de aquella.

3. La suspensión de la ejecución

Para terminar con el repaso de lo que puede ser objeto de negociación, debe hacerse especial mención a la suspensión de la pena a la que aparece íntimamente ligada la institución de la conformidad⁶², hasta el punto de que cuando la suspensión no es posible las posibilidades de conformidad decaen⁶³.

Por lo tanto, el Ministerio Fiscal, también hallará aquí campo abonado para la negociación⁶⁴, aunque lo único que pueda ofrecer sea la propuesta de suspensión, pues su concesión o denegación no está sujeta al principio acusatorio, quedando completamente en manos del Juez la decisión al respecto⁶⁵.

⁶¹ En este sentido, el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de julio de 2012 objetiva los criterios aplicativos, aunque reconociendo la necesidad de atender a las circunstancias del caso. «a. Sin perjuicio de la concreta ponderación que pueda hacerse en cada caso concreto para periodos de paralización inferiores, se considera que en todo caso tiene la consideración de dilación extraordinaria e indebida en los términos expresados en el artículo 21.6 del Código Penal, la paralización de una causa por tiempo superior a dieciocho meses, cuando no sea atribuible al propio inculpado (acuerdo adoptado por unanimidad).

b. En iguales términos, se considera que en todo caso tendrá la consideración de atenuante muy cualificada del artículo del artículo 66.1.2, en relación con el artículo 21.6 del Código Penal, la paralización de una causa por tiempo superior a tres años (acuerdo adoptado por unanimidad).»

En otras sedes, se considera que esta atenuante debe apreciarse como muy cualificada ante el transcurso de periodos superiores a siete años entre la fecha de los hechos y la del enjuiciamiento, o cuando transcurren periodos inferiores, pero con paralizaciones muy acentuadas (más de cuatro años) y totalmente injustificadas (SAP Madrid 375/2020, 8-10, y la jurisprudencia en ella citada).

⁶² Como recuerda la Circular FGE 1/2003, 7-4, p. 46, la aplicación de la conformidad beneficiada a las penas de hasta dos años de prisión –tras la rebaja– se explica por la originaria voluntad de vincularla a las posibilidades de suspensión de la pena. En el mismo sentido, CACHON CADENAS M./CID MOLINÉ, J. (2003 b), «Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos (II)», *Diario la Ley* 5820, 2003.

⁶³ En la Memoria de la Fiscalía Provincial de Gerona recogida en la *Memoria de 2019 de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Cataluña*, p. 43, se destaca que «los imputados y/o sus defensores no muestran gran interés en ello, sobre todo cuando la pena solicitada deberá ser cumplida, por su extensión o por concurrir reincidencia».

⁶⁴ A título de ejemplo de condenas de conformidad por delitos contra la Hacienda pública en las que se aplica la atenuante de reparación y suspensión: SJP (1) Mérida 149/2020, 1-10; SJP (3) Burgos 146/2020, 15-9; SJP (1) Vilanova i la Geltrú 94/2019, 1-3, remitiendo la petición sobre suspensión a la presentación de plan de pagos por la AT; JP (2) Ibiza 64/2014, 31-3.

⁶⁵ Como recuerda la Circular FGE 1/2003, 7-4, p. 48, la Proposición de Ley por la que se introdujo la conformidad premiada preveía la aplicación automática de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad, lo que finalmente no fue recogido en el texto definitiva-

El problema surge cuando la conformidad se pospone hasta el momento inmediatamente anterior al acto del Juicio, cuando ya es imposible obtener la información precisa sobre los antecedentes, que sin ser hoy absolutamente impeditivos continúan siendo relevantes⁶⁶.

IV. Reflexiones finales

Frente a los infundados temores que puede despertar la figura de la conformidad como máxima expresión de la justicia negociada, hay que decir que, en nuestro sistema, el principio de legalidad atenaza las posibilidades negociadoras del Ministerio Fiscal, obligado a perseguir cualquier hecho penalmente relevante y solicitar la calificación y pena que legalmente correspondan.

Por ello no es de extrañar que, en la práctica, el espacio de negociación quede reducido a la construcción del relato de hechos probados, que puede presentarse como fruto del cálculo cruzado de probabilidades probatorias en la perspectiva del juicio oral.

En las causas por delito fiscal, las posibilidades se estrechan todavía más ante la confluencia de una mirada de factores adversos:

- a) la general asunción de la descripción de hechos elaborada por la Agencia tributaria por parte de las sentencias condenatorias.
- b) el condicionamiento de la conformidad a la completa satisfacción de la deuda tributaria, tanto por parte del Ministerio fiscal como de la Agencia tributaria.
- c) la sistemática personación en el proceso de la Agencia tributaria, que puede formular peticiones de pena de entidad superior a las del Ministerio Fiscal, estrangulando la eventual voluntad negociadora de este.
- d) la imposibilidad de conformidades premiadas en consideración a la pena prevista para el fraude fiscal.

Ante este panorama, el beneficio reportado por la conformidad puede quedar reducido al acortamiento del proceso y la elusión de la pena de banquillo, así como al paradójico aseguramiento de la con-

mente aprobado, dejando inalterada la discrecionalidad judicial en su concesión. A ello se añade que, desde la reforma de 2015, la mayor discrecionalidad judicial que se deriva de la flexibilización de los requisitos de primariedad delictiva y efectiva satisfacción de responsabilidades civiles amplía las posibilidades de negociación.

⁶⁶ Al respecto, la Instrucción FGE 2/2009, 22-6, pág. 3.

dena penal con imposición de una sanción pecuniaria más beneficiosa que la esperable en vía administrativa, si bien a costa de la generación de antecedentes penales.

Ahora bien, cuando el acusado no teme la pena de banquillo y prefiere agotar todas las posibilidades de defensa, es lógico que renuncie a la conformidad, que en el sistema vigente poco tiene que ofrecer. Ello explica las recientes decisiones procesales de algún conocido futbolista e invita a reflexionar acerca de la necesidad de profundizar en el principio de oportunidad.

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS Y LAS ACCIONES COLECTIVAS

RAFAEL REBOLLO VARGAS

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona

I. Introducción

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, establece un concepto de víctima que se circunscribe a los delitos contra bienes jurídicos individuales (art. 2 EVD). Previsión que, con ese marco normativo, hace inviable la articulación de acciones colectivas para la defensa de los derechos de las víctimas en los delitos socioeconómicos, por lo que, en primer lugar, es imprescindible realizar una reflexión sobre los sujetos que pueden intervenir en el proceso penal para la defensa de intereses supraindividuales.

En todo caso, un sector de la doctrina propone un concepto amplio de víctima que va mucho más allá de los sujetos perjudicados en sus bienes jurídicos individuales¹, que, atendiendo a los mecanismos procesales vigentes en nuestro país, nos permitiría abordar con ciertas garantías su intervención en el proceso penal. No obstante, antes de detenernos en esta última cuestión se han de analizar las víctimas que pueden intervenir en el proceso penal para la defensa de bienes jurídicos supraindividuales.

¹ Entre otros, *vid.*, FERREIRO BAHAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, p. 125, quien considera como víctima «a aquella persona, natural o jurídica, que individual o colectivamente, y de modo directo o indirecto, haya visto dañados o puestos en peligro bienes jurídicos de su titularidad, o haya sufrido de algún modo daños, ya sean lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas, o menoscabos sustanciales de sus derechos fundamentales, por causa de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente o, en su caso, las normas internacionales relativas a los Derechos Humanos». Asimismo, PLANCHADELL GARGALLO, A., «Las víctimas en los delitos de corrupción (Panorama desde las perspectivas alemana y española)», en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXVI, 2016, p. 71.

II. Intereses colectivos y titularidad de determinados bienes jurídicos

Una vez perfilado el concepto de víctima, la doctrina ha sido muy profusa en la aportación de criterios clasificatorios con el objeto de destacar la heterogeneidad de los sujetos pasivos del delito y, en algún caso, su diferente intervención en el mismo. Así, se proponen clasificaciones basadas en la intervención de la víctima en la génesis delictual, esto es, desde ámbitos opuestos se perfilan víctimas totalmente inocentes a otras, se afirma, donde la víctima es la única responsable del delito (Mendelsohn)²; otras clasificaciones que parten de la predisposición de la víctima, es decir, se parte de la existencia de determinados grupos de sujetos que tienen una mayor probabilidad para convertirse en víctimas, ya sea por cuestiones biológicas, ya por causa de su debilidad física o su debilidad intelectual (Von Henting)³; a otras basadas en la titularidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito, ya sea un bien jurídico de titularidad individual o supraindividual⁴. Variable que nos parece la más idónea ya que nos permitirá afrontar las distintas opciones que puede asumir la víctima colectiva en el proceso penal.

Así, si atendemos a las distintas clases de intereses, según su titularidad, podemos distinguir entre⁵:

1. Intereses individuales o personales

Se caracterizan por su naturaleza privada ya que se trata de intereses que pertenecen a un sujeto en particular, como podrían ser la vida, la integridad física o la propiedad privada. Intereses que, por otro lado, pueden afectar a una pluralidad de personas, por lo que estaríamos ante «intereses plurales», que vienen caracterizados por la suma de intereses

² PÉREZ RIVAS, N., *Los derechos de la víctima en el sistema penal español*, Valencia, 2017, p. 34.

³ PÉREZ RIVAS, N., *ibidem*.

⁴ Al respecto, *vid.*, FERREIRO BAHAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, ob. cit., pp. 125-141, donde el autor realiza una detallada exposición de todas estas clasificaciones con sus distintas matizaciones.

⁵ Lo que a continuación se recoge es una clasificación que tiene su origen en la obra de GIANNINI, M. S., *Diritto Amministrativo*, 2.^a ed., Milano, 1988, pp. 591 ss. que ha encontrado una amplia acogida en la doctrina procesal de nuestro país. En este sentido, *Vid.*, PLANCHADELL GARGALLO, A., «La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva», en *Indret*, 4/2015, p. 4, nota a pie de página núm. 1, donde recoge las referencias bibliográficas de los autores que asumen esta opción.

de titularidad individual al tener un origen común y por ello pueden recibir un tratamiento procesal común⁶.

2. *Intereses supraindividuales*⁷

En este caso no estamos ante la tutela de intereses de naturaleza individual, sino de intereses que van más allá. Como Rodríguez Puerta pone de relieve, la expansión del Derecho penal lleva a incrementar de forma exponencial en los últimos años 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, con la particularidad de que los mecanismos procesales previstos para su tutela no disponen de las mismas prerrogativas que los articulados para la tutela de intereses individuales⁸.

a. INTERESES COLECTIVOS

Los intereses colectivos son los intereses cuya titularidad corresponde a un grupo de personas determinado o cuya determinación es posible. Se trata de personas entre las que existe un vínculo jurídico o, de no existir, se ven afectados por un mismo hecho dañoso, con la particularidad de que esos intereses colectivos no constituyen una simple acumulación de intereses individuales sino, que, como sostiene Ferreiro Bahamonde⁹, son cualitativamente diferentes, pues afectan a todos los miembros del grupo y pertenece a todos ellos. Un ejemplo de ello serían los afectados por las preferentes o, los residen-

⁶ DE LUIS GARCÍA, E., «Tutela de intereses colectivos y difusos en el proceso penal», en *Indret*, 4/2018, p. 6.

⁷ A este respecto, es esencial el trabajo de GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona, 1999, pp. 61 ss., quien al referirse a los intereses supraindividuales incluye a los intereses colectivos y difusos, dada la evidente necesidad, enfatiza, de sistematización y análisis detenido que trascienda de la mera constatación fáctica del surgimiento de estos nuevos intereses.

⁸ Rodríguez Puerta, M. J., «El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22, 2020, p. 9, quien, a este respecto, trae a colación a SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, *passim*.

⁹ FERREIRO BAHAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, ob. cit., p. 142.

tes de una localidad afectados por vertidos contaminantes producidos por una actividad industrial¹⁰.

b. INTERESES DIFUSOS

En los intereses difusos no existe una titularidad determinada, sino que son titulares de esos intereses todos los perjudicados que forman parte de una comunidad. Ahora bien, no solo no existe un vínculo jurídico entre los miembros del grupo y quien lesiona o pone en peligro esos intereses, sino que el nexo de unión obedece a circunstancias fácticas y contingentes, además de que los perjudicados son indeterminados o de difícil determinación. Los ejemplos que encajarían en este grupo serían el de los perjudicados por la publicidad engañosa de un producto o los afectados por contaminación ambiental¹¹. Nótese que ese daño a un interés difuso puede acarrear, obviamente, la lesión de intereses individuales o un interés de uso y disfrute colectivo o indivisible¹².

Por otro lado, como pone de manifiesto DE LUIS GARCÍA¹³, un importante sector de la doctrina entiende que la presencia de intereses difusos se caracteriza por la presencia de un interés general, abstracto u

¹⁰ DE LUIS GARCÍA, E., «Tutela de intereses colectivos y difusos en el proceso penal», ob. cit., p. 6; PLANCHADELL GARGALLO, A., «La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva», ob. cit. p. 5. *Vid.*, asimismo, la nota a pie de página 1, donde la autora trae a colación la Sentencia del Juzgado Penal de Instrucción núm. 5 de Barcelona, de 17 de octubre de 2003, en la que se afirma: «la acción que se ejercita en esta causa es incardinable en el art. 11.2 y no en el 11.3 ambos de la LECiv. En esos dos párrafos se ha plasmado la distinción relativa a los intereses colectivos y difusos. *Establece nuestro legislador la diferencia según los perjudicados están perfectamente determinados o sean fácilmente determinables (intereses colectivos) o, por el contrario, sean indeterminados o de difícil determinación (intereses difusos)*. La diferencia es que, para la defensa de los primeros, art. 11.2 de la LECiv, no se exige que las acciones de consumidores y usuarios sean representativas conforme a la Ley, mientras que en el caso del art. 11.3 si se exige esa representatividad. Los intereses difusos se dan cuando existe un interés supraindividual sin que entre los individuos interesados exista vínculo jurídico alguno ni entre ellos y un tercero, sino que el nexo de unión que les agrupó obedece a circunstancias fácticas y contingentes; por ejemplo: los afectados por un producto defectuoso. Los intereses colectivos existen cuando sea de una vinculación jurídica entre los miembros del grupo y un tercero; por ejemplo, los afectados por la falta de higiene en determinado centro de trabajo...» (cursiva añadida).

¹¹ En este ámbito es de cita obligada un trabajo que marco un auténtico hito en su momento, *Vid.*, SGUBI, F., «Tutela penale di "interessi diffusi"», en *La Questiones Criminale*, año I, núm. 3, 1975, pp. 439 ss.

¹² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M., «Algunas precisiones entorno a los intereses supra individuales (colectivos y difusos)», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm.1, 2006, pp. 69 ss.

¹³ DE LUIS GARCÍA, E., «Tutela de intereses colectivos y difusos en el proceso penal», ob. cit., p. 7. ASIMISMO, FERREIRO BAHAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, ob. cit., p. 143, quien considera que la victimización difusa afectará a bienes jurídicos que pertenecen a toda la población, razón por la que la condición de víctima en el proceso penal la puede ostentar cualquier

homogéneo, y no ya la indeterminación de los afectados ya que, en ocasiones, podrán identificarse. Interpretación que se desprende del tenor literal del art. 11.3 LEC, donde expresamente se dispone que: «Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas».

Una consecuencia directa de lo anterior es que la víctima de estos delitos no coincide con la víctima de los delitos contra bienes jurídicos individuales¹⁴. Por otro lado, además de esas víctimas colectivas o difusas, los Códigos penales actuales, ya nos hemos referido a ello, contemplan multitud de delitos en los que determinar expresamente la figura del ofendido plantea muchísimas dificultades y de ahí que se hable de «delitos sin víctima». Supuestos donde, como señala Planchadell¹⁵, es imposible identificar al titular de un bien jurídico colectivo. Ejemplos de ello, entre otros, serían los delitos contra la Administración de Justicia, contra la Administración Pública, contra la Hacienda Pública o algunos delitos socioeconómicos.

Hemos visto que más allá del ámbito subjetivo relativo a la consideración de víctimas previsto en la EVD, en este caso estamos refiriéndonos a bienes jurídicos de titularidad colectiva o difusos, además de delitos donde no es que no haya víctimas, sino que el perjudicado directo es la ciudadanía por lo que el Estado también tiene la obligación de protegerlos. En todo caso, la vía procesal a emplear por esas víctimas colectivas y en esos denominados delitos sin víctimas origina problemas importantes pero que, en palabras de Rodríguez Puerta, no son insalvables¹⁶. En definitiva, no es aventurado afirmar la posibilidad de considerar el ejercicio de acciones por la afección a un bien jurídico de titularidad colectiva y, por ello, atribuir la condición de víctima a la sociedad como colectivo¹⁷.

ciudadano a título individual o una agrupación destinada a la defensa de estos bienes jurídicos, que será quien represente a las víctimas en el proceso penal.

¹⁴ Vid., MARTÍN RÍOS, M. P., *Víctima y justicia penal (Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal)*, Barcelona, 2012, p. 51.

¹⁵ PLANCHADELL GARGALLO, A., «Las víctimas en los delitos de corrupción (Panorama desde las perspectivas alemana y española, ob. cit., pp. 70 ss.

¹⁶ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos», ob. cit., p. 9.

¹⁷ En el mismo sentido, MARTÍN RÍOS, M. P., *Víctima y justicia penal (Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal)*, ob. cit., pp. 52-53, donde trae a colación la STS (Sala 2.^a) núm. 797/1994, de 14 de junio, donde expresamente se afirma: «... Sin embargo dicha

III. Acciones individuales o colectivas en la defensa de intereses supraindividuales

1. La acusación particular

En este caso, la cuestión a dilucidar es si la acusación particular dispone de legitimación procesal para perseguir un delito que tutele intereses supraindividuales.

Sin embargo, antes de abordarlo, hemos de precisar que la posibilidad de ejercitar la acción como acusación particular, está condicionada a la concurrencia de la condición de ofendido o agraviado, en cuanto que el sujeto es titular de los derechos y bienes lesionados por la conducta criminal. Esta conclusión se ajusta también al principio de que no existe una exigencia constitucional, derivada del art. 24.1 CE, que imponga la presencia en el proceso penal, como parte, de la acusación particular, pues la función acusadora aparece encomendada de manera primordial al Ministerio Fiscal, si bien la norma reconoce el derecho al ejercicio de la acción penal también a los particulares y, en concreto, al «agraviado o perjudicado» por el delito (Sentencia AP León, núm. 536/2019, de 29 de noviembre; Auto TS (Sala 2.^a), 28 de marzo 2018). Nótese como la resolución utiliza los conceptos agraviado o perjudicado como sinónimos, como así lo hace la propia LECrim con los conceptos de «ofendido y perjudicado» (entre otros, arts. 109, 110, 761.2, 771.1.^a), lo cual ha de permitir que tanto al ofendido como al perjudicado se les ofrezcan acciones para permitir su acceso en el procedimiento penal. Ahora bien, a pesar del tratamiento uniforme que les dispensa la Jurisprudencia, es necesario distinguir entre el titular del bien o interés tutelado y el perjudicado, que es quien sufre en su esfera patrimonial los efectos del delito que, en definitiva, es lo que le legitima para convertirse en titular de la pretensión civil. Distinción esencial, insistimos, ya que es la condición de ofendido y la de perjudicado la que otorgan la legitimación activa para ejercer la acción penal (al ofendido) y la civil (al perjudicado) derivadas del

legitimación del Ministerio Fiscal por sustitución, que puede aparecer clara cuando postula del acusado por la vía del recurso *pro reo* del art. 876 LECrim derechos de la víctima –incluso los privados, en virtud de lo dispuesto en los arts. 105 *in fine* y 108 LECrim– se oscurece cuando, por tratarse de un delito sin víctima –a cuyo grupo pertenece el perseguido en autos– lo que aparece defendiendo aquél son los intereses difusos de la sociedad o el propio interés social cuya satisfacción también le viene encomendada por el citado art. 124 CE. Se discute entonces si es posible una legitimación directa del Ministerio Fiscal para reclamar las garantías que la Constitución reconoce a los que son partes en un proceso...».

delito, por lo que solo a ellos les corresponde el ejercicio de acciones, Condición de ofendido y perjudicado que, en ocasiones, puede coincidir, aunque no siempre es así¹⁸.

Una vez llegados a este punto y, por ello, en orden a disipar la duda acerca de si la acusación particular dispone o no de legitimidad procesal para iniciar la acción penal por la comisión de un delito que afecte a intereses supraindividuales, es importante señalar que, entre otros, De Luis García afirma que la Jurisprudencia se ha pronunciado de forma reiterada negándole tal facultad a la acusación particular ya que se trata de ilícitos que no afectan a intereses personales¹⁹. En efecto, entre otros, el Auto del Tribunal Supremo núm. 557/2015, 9 de abril, se pronuncia sobre un asunto en el que, entre otros ilícitos, se imputa al acusado la comisión de un delito de quebrantamiento de medida cautelar. En la citada resolución, el TS confirma la de primera instancia que deniega a la acusación particular la correspondiente legitimación activa al arrogarse la acusación por ese delito ya que, considera la Sala, ese ilícito no lesionaba ningún interés particular, sino el general de la Administración de Justicia. Añade, además, que el bien jurídico protegido es un bien jurídico comunitario, de los denominados «intereses difusos», pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica, en mayor o menor medida, a toda la colectividad. Se trata, continúa, de intereses difusos que no pueden ser encarnados por ninguna persona en particular. Concluyendo que el bien jurídico pertenece a la comunidad en general y, por ello, la única forma de personarse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular²⁰.

2. Las acciones colectivas, art. 7.3. LOPJ

El ejercicio de las acciones colectivas por parte de las personas jurídicas, tanto privadas como públicas, más allá de que dispongan de la legitimación procesal para ejercerla, es una cuestión controvertida que, en más ocasiones de las deseables, viene a confundirse con el ejercicio

¹⁸ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal*, 3.ª ed., Madrid, 2019, pp. 265-266. Igualmente, *vid.* CARRASCO ANDRINO, M. M., «Víctima, sujeto pasivo y perjudicado por el delito», en *Revista La Ley*, núm. 3274/2019, *passim*.

¹⁹ DE LUIS GARCÍA, E., «Tutela de intereses colectivos y difusos en el proceso penal», *ob. cit.*, p. 13.

²⁰ En el mismo sentido, Sentencia TS (Sala 2.ª) núm. 537/2002, de 5 de abril, FJ 4.

de la acción popular²¹, lo cual evidencia no solo la inexistencia de un ámbito nítido entre ambas, sino que evidencia el solapamiento procesal de ambas instituciones debido a la ausencia de una regulación específica por parte del Legislador.

En directa relación con lo anterior, y a semejanza de lo previsto en el art. 11 de la LEC para los consumidores y usuarios, el art. 7.3 LOPJ prevé la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos, para la defensa de sus intereses individuales y colectivos o cuando resulten afectados sus derechos²². Llegados a este punto, siguiendo a Pérez Gil, es necesario sentar una premisa y es que el art. 7.3 LOPJ responde a una realidad distinta a la de acción popular, por lo que debería tener un reconocimiento expreso, esto es, la acusación materializada por estas agrupaciones, no es una acusación popular²³. El citado autor continúa señalando, y estamos de acuerdo, que desde el momento en el que se prevé la existencia de un interés concreto, a pesar de que le añadamos vocablos tan etéreos como «intereses legítimos», ya sean «individuales» como «colectivos», nos encontramos en un contexto donde la acusación popular queda excluida, ya que su ámbito de actuación es el de la defensa de un genérico interés público. La dimensión colectiva en el ámbito del proceso penal adquiere una dimensión intrínsecamente diversa, por lo que «deberán de ponderarse los lazos que unen a sujeto y objeto procesal», de modo que si en la acusación popular no es preciso esgrimir un interés específico para poder acusar, en la defensa colectiva de intereses de carácter material (cuyo fundamento es el arts. 7.3 LOPJ), si deberá existir un vínculo entre el ámbito de la organización de que se

²¹ En ese sentido, *vid.*, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.ª), núm. 449/2018, de 4 de junio, donde se analiza la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la legitimación procesal de las personas jurídico-públicas. Asunto en el que se rechaza la personación de un Ayuntamiento como acusación popular al considerar que no existe previsión legislativa para que la Administración Local se persone como acción popular, entendiéndose, además, que la referencia a «ciudadanos» se circunscribe a las personas privadas, sean físicas o jurídicas, sin que sea procedente asimilar ese concepto al de Administración Pública. Igualmente, *vid.*, Al respecto, *vid.* QUINTERO OLIVARES, G., «La acción popular, presente pasado y futuro de una institución controvertida», en *Revista Derecho y proceso penal*, núm. 37, 2015 p. 123, quien sobre esta misma cuestión considera lógica la exclusión de las personas jurídicas de Derecho público, a pesar de distintas decisiones legislativas muy discutibles, como es el caso de que algunas Comunidades Autónomas promulguen leyes que les atribuyen la posibilidad de ejercer la acción popular en los procesos penales de violencia contra la mujer.

²² 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».

²³ PÉREZ GIL, J, *La acusación popular*, Granada, 1998, p. 634.

trate y el bien jurídico que se pretende lesionado²⁴, de manera que la defensa de intereses individualizables en el proceso penal ha de abordarse «de una forma cualitativamente distinta a la de la acusación sostenida por un no ofendido»²⁵. En definitiva, 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 ya que existe un interés de esas corporaciones, asociaciones y grupos para que se cumpla la legalidad²⁶.

Por lo tanto, el mecanismo normativo para las acciones colectivas se encuentra en el art. 7.3 LOPJ, es más, la fórmula constitucional del interés legítimo es la vía a través de la que los intereses supra-individuales pueden acceder al proceso, ya sea ordinario como de amparo constitucional y ello porque a su configuración como interés individual se le puede añadir, sin que el concepto se resienta, la dimensión social y, en consecuencia, toda disposición o acto que incida en un interés legítimo puede ser impugnado por su titular por la vía del art. 24 CE²⁷.

El TS en la conocida Sentencia núm. 895/1997, de 26 de septiembre (aceite de colza), donde la OCU se personó como acusación popular, diferencia nítidamente la acción popular (art 125 CE) del ejercicio de las acciones por parte de las Asociaciones que las ejercen no solo 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,

²⁴ PÉREZ GIL, J, *La acusación popular*, ob. cit., p. 638.

²⁵ PÉREZ GIL., *ibidem*. Igualmente, *vid.*, GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, 3.^a ed., ob. cit., p., 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».

²⁶ PLANCHADELL GARGALLO, A., «Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española)», ob. cit., p. 76, nota a pie de p. 152; de la misma autora, «La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva», ob. cit., p. 9. Asimismo, DE LUIS GARCÍA, E., «Tutela de intereses colectivos y difusos en el proceso penal», ob. cit., p. 14.

²⁷ GUTIÉRREZ DE CAVIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, ob. cit., pp. 97-98, donde el citado autor, además, de referirse al art. 7.3 LOPJ, señala que el «soporte normativo» se encuentra, además, en preceptos «como el artículo 31 LRJ-PAC –en el que en tres ocasiones se adjetiva a los intereses legítimos con los calificativos alternativos de individuales o colectivos y últimamente, en el artículo 19.1.b) LJCA/1998, así como en resoluciones cuales el ATC 13/1989, de 16 de enero (RTC 1989, 13) y la STC 195/1992, de 16 de noviembre (RTC 1992, 195)».

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).

Por su parte, yendo más lejos, el TC en su Sentencia núm. 214/1991, de 11 de noviembre, donde, entre otras cuestiones, se dirime la legitimación activa de la Sra. Violeta Friedman en un recurso de amparo interpuesto contra el Sr. León Degrelle, por unas manifestaciones realizadas en una revista que, a su parecer, atentaban contra el honor y el prestigio del pueblo judío, el Tribunal es inequívoco al afirmar que el art. 162.1.b) CE establece que la legitimación para interponer un recurso de amparo le corresponde a «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo». Lo anterior Implica que Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la víctima o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un interés legítimo, por lo que, a los efectos de determinar si la recurrente observa o no el requisito constitucionalmente exigido de la legitimación activa, lo único que hay que comprobar es si, efectivamente, la ostenta, concluyendo que esa legitimación, a pesar de que el derecho invocado sea personalísimo, le atañe a cualquier miembro de ese grupo cuando la ofensa se dirige contra todo el colectivo²⁸.

Es cierto que se trata de un supuesto muy particular dado que el Tribunal Constitucional acepta la legitimación del miembro de un colectivo, para recurrir la lesión de un derecho fundamental de un ente sin personalidad jurídica²⁹; pero, en todo caso, conviene señalar que la

²⁸ «En tal supuesto, y habida cuenta de que los tales grupos étnicos, sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir el art. 162.1.b) C. E., la legitimación activa de todos y cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no solo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 C. E.) y que el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente proscribe (“toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”). STC 214/19991, de 11 de noviembre, FJ 3.º

²⁹ PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2.ª ed., Valencia, 2015, p. 193.

jurisdicción ordinaria y constitucional, con carácter general, admiten la legitimación de entes con base asociativa para interponer acciones por tener un interés legítimo y personal en perseguir delitos cuando tienen como objeto el mismo que el fin estatutario de la asociación³⁰.

Por otro lado, y además del cauce establecido en el art. 7.3 LOPJ no hay que olvidar que la Disposición Final Primera del EVD, modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporando, por lo que a nosotros nos interesa, un nuevo precepto, el art. 109 bis, en cuyo apartado tercero se dispone que: «La acción penal también podrá ser ejercida por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito». Se trata de una previsión de una importancia más que notable ya que legitima a las asociaciones de víctimas y a las personas jurídicas para que inicien la acción penal cuando exista un vínculo, ya sea directo o indirecto, entre los hechos por los que se formula acusación y los fines o intereses que la asociación defiende. En otras palabras, existe un interés legítimo por parte de la asociación o de la persona jurídica, que se convierte en un interés personal dada la convergencia entre los hechos por lo que se acusa y los intereses de la asociación. Intereses que, sin ninguna duda, difieren del interés general que caracteriza a la acusación popular.

Ahora bien, a pesar de la previsión de las acciones colectivas, en la LOPJ no solo no se perfila la vía procesal para su ejercicio, sino que una rutinaria práctica procesal que, es cierto, los Tribunales tratan de equilibrar, las deriva erróneamente a la acción popular. Sea como fuere, seguramente, la razón de que la decisión procesal de adoptar una u otra opción cause unas consecuencias no deseables es que el Tribunal Constitucional lo haya paliado, al considerar que el legislador dispone de un amplio margen de actuación para determinar los casos en que las personas jurídicas tienen legitimación procesal, pero, una vez que ha plasmado en la norma la opción adoptada, los órganos judiciales han de interpretarla conforme al principio *pro actione*, el cual no tolera decisiones que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra

³⁰ Entre las más recientes, SAP A Coruña, núm. 86/2020, de 15 de junio, FD Primero.2, «la definición del interés de la asociación, relacionada con los fines definidos en sus Estatutos, no se puede realizar de una manera restrictiva. No se puede identificar el bien jurídico protegido por el tipo penal con arreglo al cual se formula acusación con el interés de la asociación en formular acusación para la defensa de sus intereses. Lo decisivo debe ser la relación, directa o indirecta, entre los hechos por los que se formula acusación y los fines o intereses que la asociación defiende». *Vid.*, asimismo, Auto AP Barcelona, núm. 652/2020, de 9 de septiembre; Auto AP Salamanca, núm. 16/2018, de 22 de mayo.

razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican (STC núm. 67/2011, de 16 de mayo, FJ 1, 4)

Una vez dicho lo anterior, y a pesar de que un importante sector de la Doctrina, así como el Tribunal Supremo distinguen entre las acciones colectivas (art. 7.3 LOPJ) y la acusación popular (125 CE), ya que las características de ambas instituciones son distintas, a nuestro parecer, la confusión procesal al activar una u otra opción es, simplemente, mayúscula, lo cual requeriría una decisión por parte del Legislador para ordenar unos cauces que se entrecruzan y confunden. Embrollo que, lamentablemente, no contribuye a clarificar el actual Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todo caso, la protección de los intereses colectivos, como intereses con sustantividad propia, debería ser merecedora de un desarrollo específico en los ámbitos correspondientes.

3. *La acusación popular y la acusación particular colectiva para la defensa de intereses supraindividuales.*

En la primera constitución española, la de Cádiz de 1812, se establece la acción popular como una de las formas de iniciación del juicio de responsabilidad contra Jueces y Magistrados para perseguir delitos de soborno, cohecho y prevaricación³¹. La Constitución de 1869 recoge, igualmente, la acusación popular como mecanismo para actuar contra Jueces y Magistrados, pero ahora ya para los todos los delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos³². Por su parte, la de 1931 la prevé con la particularidad de que no será necesario prestar fianza ni caución de ningún género, aunque limitándola a los delitos de detención ilegal³³. Tradición que se corrobora en nuestra actual Constitución donde, como es sabido, la acción popular se recoge en el art. 125 aunque, en este caso, de forma mucho más amplia que en los textos anteriores³⁴, lo cual se

³¹ «Art. 255. El soborno, el cohecho y la prevaricación de los magistrados y jueces producen acción popular contra los que los cometan».

³² «Art. 98.2. Todo español podrá entablar acción pública contra los Jueces o Magistrados por los delitos que cometieren en el ejercicio de su cargo.»

³³ «Art. 29.5. La acción para perseguir estas infracciones será pública, sin necesidad de prestar fianza ni caución de ningún género.»

³⁴ «Art. 125. Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.»

determina en el art. 101 y 270 LECrim, así como en el art. 19.1 LOPJ³⁵. Por lo tanto, se trata de un derecho constitucional de configuración legal cuyo ejercicio no es libre, sino que se hará conforme a lo determinado por la Ley, es decir, está condicionada a las previsiones de los arts. 103 y 104 LECrim, por lo tanto, a las restricciones que se contemplan para el ejercicio de las acciones penales. Conviene añadir a lo anterior que, a pesar de su reconocimiento como derecho constitucional expreso, no dispone del carácter de un derecho fundamental *stricto sensu* ya que, éstos, se encuentran en la Sección I Capítulo II, Título I, arts. 14 a 29, además del derecho a la objeción de conciencia, art. 53.2 CE. La única posibilidad para que la acción popular sea susceptible de protección constitucional a través del recurso de amparo, reside en que el acusador popular ostente un interés personal y legítimo coincidente con la defensa del bien común, en cuyo caso su *ius procedatur* puede reconducirse al canon material de la razonabilidad, la arbitrariedad o el error patente de la eventual resolución de inadmisión³⁶.

Sobre la acción popular existe una bibliografía prácticamente inabarcable donde se dirimen infinidad de cuestiones que van desde la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Constitucional en orden a la legitimación de las personas jurídicas, instituciones y organismos para promoverla³⁷, a las excepciones al ejercicio de la acción

³⁵ QUINTERO OLIVARES, G., «La acción popular: pasado, presente y futuro de una institución controvertida», ob. cit., pp. 94 ss.

³⁶ Al respecto, *vid.* STC núm. 79/1999, 26 de abril, FJ 2, donde se afirma: «No ha sido invariable la posición mantenida por este Tribunal sobre si el derecho a la personación en un proceso penal que se asienta en el art. 125 C. E. resulta también incardinable en el art. 24.1 C. E., es decir, si la institución reconocida en el art. 125 C. E. –el ejercicio de la acción popular– tiene su conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al recurso de amparo constitucional. En la STC 34/1994 señalábamos las diferencias, a efecto del amparo constitucional, entre el acusador popular y el particular y sobre el primero manifestábamos que tiene una legitimación derivada del art. 125 y no es necesario afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal y que la protección en amparo del derecho del acusador popular requiere, por ello, que la defensa del interés común sirva para sostener un interés legítimo y personal (STC 62/1983). En la STC 50/1998 señalábamos que para que el derecho a la acción popular pueda ser protegido también por el art. 24.1 C. E., en su dimensión procesal y para que las resoluciones recurridas puedan examinarse desde el canon más favorable que protege el acceso al proceso, es necesario que la defensa del interés común sirva, además, para sostener un interés legítimo y personal, obviamente más concreto que el requerido para constituirse en acusación popular y que, razonablemente, pueda ser reconocido como tal interés subjetivo. Desde esta perspectiva, hemos declarado que «la exigencia de una fianza para el ejercicio de la acción penal, que se impone a quien no resulta directamente ofendido por el delito que trata de perseguir (arts. 280 y 281 L. E. Crim.), no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho, pues no impide por sí misma el acceso a la jurisdicción (SSTC 62/1983, 113/1984 y 147/1985), siempre que su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarla, no impida ni obstaculice gravemente su ejercicio, pues ello conduciría en la práctica a la indefensión que prohíbe el art. 24.1 C. E.»

³⁷ Al respecto, *vid.*, BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho procesal penal*, 7.ª ed., Pamplona, 2019, pp. 693 ss.

popular³⁸, a la discusión surgida como consecuencia de la STS 1045/2007, de 17 de diciembre (asunto Botín) y la STS 54/2008, de 8 de abril (caso Atuxa)³⁹, cada una con sus correspondientes votos particulares. En suma, existen fervientes partidarios de esa institución⁴⁰, a otros que la consideran como un instrumento de control del Ministerio Fiscal⁴¹, algunos firmes detractores que denuncian la instrumentalización espuria de la que ha sido objeto⁴², pasando por otros que proponen que esté sujeta a determinados límites⁴³, opción que, por otro lado, parece que es la acogida por el reciente Anteproyecto de LECrim de 2020.

En todo caso, el objeto de estas páginas no es abordar el estudio de la acción popular, de modo que no podemos detenernos en el análisis de esas y de otras cuestiones de indudable interés, sino que el propósito es analizar si la acción popular es el mecanismo idóneo para la tutela de intereses colectivos o difusos.

A este respecto, para dirimir la controversia, la primera cuestión a destacar y que creo que es absolutamente pacífica en la Doctrina es que la legitimación para el ejercicio de la acción popular se atribuye a quien no es ofendido o perjudicado por el delito⁴⁴. Al contrario, la acción popular está prevista para aquellos sujetos que no ostentan la condición de ofendido o perjudicado por los hechos constitutivos de delito, 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. Como hemos visto, el reconocimiento como derecho constitucional de la acción popular se ubica en el art. 125 CE, el cual conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva para la protección de los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión cuando el acusador popular tenga un interés legítimo y personal que coincida con el interés común.

Es más, como señala Catalina Benavente el propósito de quien ejerce la acción popular es el de la persecución de un delito de naturaleza pública,

³⁸ GIMÉNEZ GARCÍA, J., «Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, pp. 321.

³⁹ Entre otros, SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «El ejercicio de la acción popular a tenor de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Revista jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social*, vol. 6, 2016, pp. 284 ss.

⁴⁰ OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular*, Barcelona, 2003.

⁴¹ PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, ob. cit., pp. 669 ss.

⁴² QUINTERO OLIVARES, G., «La acción popular: pasado, presente y futuro de una institución controvertida», ob. cit., pp. 93 ss.

⁴³ FERRERIRO BAHAMONDE, X., «¿Hacia dónde camina la acción popular», en *Revista Derecho y proceso penal*, núm. 28, 2012, pp. 57 ss.

⁴⁴ Entre otros, CARRASCO ANDRINO, M. M., «Víctima, sujeto pasivo y perjudicado por el delito», ob. cit., p. 5.

que es el que le atribuye la Ley de manera abstracta a todos aquellos que pretenden ejercer la acción popular⁴⁵. Luego, si ese es el ámbito material de la acción popular, donde quien ostenta la legitimidad procesal es el no ofendido ni el perjudicado, cabe preguntarse ¿cómo es posible que habitualmente se acuda a esa vía para dirimir las acciones colectivas donde el interés o bien jurídico protegido es de naturaleza supraindividual, como es el caso de los delitos de índole socioeconómico? En la acusación popular, como ya hemos dicho, no es preciso esgrimir un interés específico para poder acusar, mientras que ese interés sí exigible para la defensa colectiva de intereses colectivos cuyo fundamento es el arts. 7.3 LOPJ, esto es, sí se requiere la existencia de un vínculo entre el ámbito de la organización de que se trate y el bien jurídico que se pretende lesionado⁴⁶. En esa misma línea de consideraciones no podemos menos que reiterar que el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 895/1997, 26 de septiembre, es apodíctico cuando afirma en el caso de la Colza que: «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».

En virtud de lo hasta ahora dicho, el mecanismo idóneo para ejercer esas acciones debería incardinarse en el art. 7.3 LOPJ, siempre y cuando la acción penal se ejerza por asociaciones o grupos que tutelan intereses colectivos. Ahora bien, su participación en proceso estaría supeditada a la previa constatación de un nexo entre el objeto social de estas entidades y el concreto bien jurídico protegido por la norma penal. Se trataría de una acusación particular colectiva⁴⁷, alejada de la esencia de la acción popular *stricto sensu* que estuviera orientada bajo los mismos parámetros que los de la acusación particular siempre, insistimos, que se cumplieran por esas asociaciones las funciones de defensa de intereses colectivos. Se trata de una situación que responde a la eclosión de tipos penales en los que los sujetos pasivos han pasado a ser la sociedad en su conjunto y no un sujeto individualizado, esto es, la

⁴⁵ CATALINA BENABENTE, M. A., «Algunas consideraciones respecto al ejercicio de la acusación particular y popular en los procesos por terrorismo», en *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. El estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España* (Vázquez Portomeñe, F.-Guinarte Cabada, G., directores), Valencia, 2013, pp. 31-32.

⁴⁶ PÉREZ GIL, J, *La acusación popular*, ob. cit., p. 638.

⁴⁷ PLANCHADELL GARGALLO, A., «Las víctimas en los delitos de corrupción (Panorama desde las perspectivas alemana y española)», ob. cit., p., 76; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos», ob. cit., p. 13

propuesta se explica por la necesidad de abrir el proceso penal a la defensa de los intereses sociales que vaya más allá del criterio que, en su caso, pueda sostener el Ministerio Fiscal⁴⁸.

En cuanto a los delitos con víctima difusa, es una cuestión que fue tratada en la Sentencia TS 54/2008, de 8 de abril (caso Atuxa), estableciendo la resolución que la limitación para acusar autónomamente no era aplicable en aquellos casos en los que la titularidad del bien jurídico protegido por el delito era de carácter supraindividual, de modo que la actuación del acusador popular estaría encaminada a la tutela de intereses colectivos o difusos, por lo que entonces es factible que el Juez de Instrucción acuerde la apertura del juicio oral con la única solicitud de la acusación popular, con la consecuencia que el art. 782.1 LECrim es reinterpretado para posibilitar la tutela de intereses difusos ya que es el acusador popular quien asume la representación procesal de esos intereses en el proceso penal⁴⁹.

Abundando en lo anterior, la reciente Sentencia TS 110/2020 núm. 826/2020, de 11 de marzo, tras aseverar que los intereses difusos son extensivos al sujeto, no como individuo sino como miembros de una comunidad más o menos amplia⁵⁰, sintetiza las razones que justifican la existencia de acciones colectivas: a) por razones de economía judicial, esto es, para evitar una multiplicidad de procesos que desborden a los Tribunales; b) en atención a una función social de protección de intereses generales a los que no se podría dar respuesta desde acciones individuales; c) para evitar los procesos contradictorios que

⁴⁸ FERREIRO BAHAMONDE, X., *¿Hacia dónde camina la acción popular?*, ob. cit., pp. 80-81.

⁴⁹ FERREIRO BAHAMONDE, X., *ibidem*. Igualmente, *vid.*, QUINTERO OLIVARES, G., «La acción popular, presente, pasado y futuro de una institución controvertida», ob. cit., p. 130, quien considera que cuando se produzca un delito contra un bien jurídico que no tiene ningún titular individualizable, pero pertenecen a un colectivo determinado han de tener la consideración de perjudicados en el proceso penal. Asimismo, continúa, cuando se trate de entidades u organizaciones de defensa de la naturaleza y el ambiente, así como las dedicadas a la protección del patrimonio histórico, deben tener reconocida, igualmente, su legitimación como perjudicados ya que esa condición se deriva de los Convenios internacionales suscritos por España.

⁵⁰ «a. Intereses colectivos: *La determinación o fácil determinabilidad de los miembros del grupo deriva precisamente de su cualidad de intereses "individuales homogéneos" que se encuentran en la base de derechos subjetivos individuales*. Por ello, podrían perfectamente tutelarse individualmente, pero, al resultar referibles a una pluralidad de personas, más o menos numerosa, tienen dicha entidad colectiva.

b. Intereses difusos: Son referibles al sujeto, no como individuo sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente en el límite con la generalidad de los ciudadanos, dando así lugar a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas. No lesionan ningún derecho subjetivo individual o particular, sino determinados bienes comunes; por eso, se dice que *el interés difuso, como tal, no tiene titular, pero al mismo tiempo pertenece a todos y cada uno de los miembros del grupo*. Y esa es la razón por la que, externamente, los miembros del grupo resultan indeterminados o de difícil determinación» (STS núm. 110/2020, de 11 de marzo, FD 2, cursiva añadida).

se derivarían de la multiplicidad de acciones individuales; d) distribución equitativa de las indemnizaciones; e) por el desequilibrio de medios entre el consumidor individual y una gran empresa que dispone de ingentes recursos.

En definitiva, es preciso distinguir entre la acción formulada por aquellos actores que defienden intereses supraindividuales, de aquellos otros que actúan a título individual. En ese caso, el colectivo o agrupación, o, en definitiva, la persona jurídica debería ejercer la acción con el estatus procesal de parte principal, tal y como en la actualidad acontece con los ofendidos y perjudicados y, por supuesto, como veremos seguidamente, quienes se beneficiarían de los efectos que se desprenden de asumir tal condición procesal⁵¹.

4. *Breve referencia a los efectos procesales que se desprenden de ejercer una acción penal como acusación popular o como acusación particular colectiva*

Hace ya algunos años, Gimeno Sendra ponía de manifiesto el diferente trato procesal que el Legislador había dispensado a la acusación particular y a la acusación popular⁵². Entre otras se pueden destacar que, a este último, le limitó ostensiblemente su capacidad de postulación, reconociendo únicamente a los ciudadanos la legitimación procesal para actuar y, por ello, se la negó a las personas jurídicas, de ahí que el Tribunal Supremo y el propio Tribunal Constitucional, inicialmente, no se la reconocieran, a pesar de que hoy es ya una cuestión resuelta. Además de ello, le exigió al acusador popular el pago de fianza; le excluyó, asimismo, del ejercicio de la intervención adhesiva, que reservó para el ofendido aunque luego esa limitación fue flexibilizada por la Jurisprudencia al permitir la comparecencia del acusador popular una vez se había iniciado el proceso, si lo hacía mediante querrela; además, le negó el ofrecimiento de acciones; sin olvidar que cuando al acusador popular se le desestimaba la querrela, a diferencia del querellante privado, era condenado automáticamente en costas⁵³.

⁵¹ GIMENO SENDRA, V., «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos Botín y Atuxa», en *Diario La Ley*, núm. 6970, Sección Doctrina, 18 de junio 2008, p. 5.

⁵² GIMENO SENDRA, V., *La querrela*, Barcelona, pp. 107-108.

⁵³ GIMENO SENDRA, V., «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos Botín y Atuxa», ob. cit., p. 4.

Como hemos visto más atrás, la propuesta que se formula para el ejercicio de la acción penal en el ámbito de los delitos socioeconómicos, cuando los intereses afectados son de índole supraindividual, es la «acción particular colectiva» dado que se adecua con mayor precisión que la acusación popular a la defensa de esos intereses, puesto que el objeto social de esas agrupaciones coincide con los intereses afectados. Propuesta de la que se desprenden las correspondientes consecuencias y que, sintéticamente, tendría los siguientes efectos⁵⁴:

1. Reconocimiento a estos sujetos colectivos su asimilación a la condición de ofendido, es decir, el ejercicio de la acción particular colectiva debería conllevar el estatus procesal de la parte principal.
2. Ofrecimiento de acciones, de modo que fuera viable la comparecencia en el proceso penal en calidad de sujetos con legitimación procesal como afectados por la lesión o la puesta en peligro de los bienes jurídicos afectados.
3. La petición de apertura del juicio oral por parte de quien ejerce la acción debería vincular Juez instructor.
4. Exención de prestar fianza dada su equiparación con los ofendidos (art. 281.1 LECrim).
5. Costas, la compensación económica por los gastos desembolsados sería un factor determinante para que la defensa de los intereses generales se convierta en una opción viable, que debería asumir el Estado
6. Responsabilidad civil, la posibilidad de que los actuantes, como representantes de un interés ofendido puedan reclamar la acción civil es una consecuencia lógica de su equiparación con el ofendido.

Con independencia de lo anterior, es indiscutible la Jurisprudencia ha mitigado con mayor o menor intensidad algunos de esos desequilibrios entre la acusación popular y la acusación particular. Ahora bien, como afirma RODRÍGUEZ PUERTA⁵⁵, ese proceder bien intencionado de los Tribunales no es suficiente, sino que el Legislador debería de dar una respuesta para modificar la legislación procesal y paliar esos desajustes.

⁵⁴ Al respecto, *vid.*, ampliamente, PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, ob. cit., pp. 648 ss. Asimismo, GIMENO SENDRA, v., «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos Botín y Atuxa», ob. cit., p. 6; Igualmente, QUINTERO OLIVARES, G., «La acción popular: pasado, presente y futuro de una institución controvertida», ob. cit., p. 125,

⁵⁵ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «Víctimas y daños en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, en particular en la delincuencia económica», ob. cit., p. 12.

En todo caso, y en relación a la permeabilidad jurisprudencial con respecto a algunos de los requisitos exigibles a la acción popular, es sabido que el inicio de la acción está sujeta a la de interposición de querrela y, a su vez, a la prestación de fianza obligatoria, se dice que para evitar acusaciones infundadas o con fines esencialmente políticos⁵⁶. Con respecto a lo primero, existe una tendencia jurisprudencial consolidada en relación al requisito de querrela en la que los Tribunales han dejado de exigir su interposición cuando el procedimiento ya se ha iniciado. No obstante, sobre la imposición de costas que no incluye las de la acusación popular, existe una línea jurisprudencial homogénea que las descarta⁵⁷.

Una cuestión distinta y ciertamente controvertida es la legitimación para la acción civil cuando quien inicia la acción es una acusación popular que, en realidad, actúa como «acusación particular colectiva», de la que hemos propuesto que debería de disponer de los mismos beneficios que la acusación particular. En este sentido, encontramos resoluciones que la descartan de plano, como es el caso de la Sentencia AP Madrid, núm. 5/2001, de 16 de febrero⁵⁸, mientras que la ya citada Sentencia del TS núm. 895/1997, de 26 de septiembre, en relación a esta cuestión, es inequívoca al considerar que cuando se trata de un bien en el que la colectividad se halla interesada, la responsabilidad civil es perfectamente postulable por cualquiera de los sujetos que ejercen la acción penal⁵⁹.

Sea como fuere, lo que hemos denominado «permeabilidad» jurisprudencial con el propósito de «completar las normas que estén incompletas o poco desarrolladas y así conseguir una justicia distributiva y de restitución a cada individuo de sus derechos conculcados» (Sentencia TS núm. 895/1997, 26 de septiembre), no parece que sea la vía idónea, ya no solo porque los Tribunales se arrogan de facto una competencia que le correspondería en exclusiva al Legislador, sino por la inseguridad jurídica que comporta, de modo que devine absolutamente necesario solucionar legislativamente la tutela procesal de los intereses supraindividuales⁶⁰.

⁵⁶ Entre otros, *vid.* QUINTERO OLIVARES, G. «La acción popular: pasado, presente y futuro de una institución controvertida», *ob. cit.*, pp. 122-124

⁵⁷ Al respecto, *vid.*, Sentencia TS 285/2003, de 28 de febrero, FD 10, donde cita otras resoluciones en el mismo sentido.

⁵⁸ «En materia de responsabilidades civiles no procede hacer pronunciamiento alguno, pues ninguna se pide por la acusación pública, mientras que la que solicita la acusación particular, referida a indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico, exceden de lo que, conforme a su legitimación, podría pedir en este punto», FD 7.

⁵⁹ PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, *ob. cit.*, p. 648, nota a pie de página 41 donde cita otras resoluciones en el mismo sentido.

⁶⁰ DE LUIS GARCÍA, E., «Tutela de los intereses colectivos y difusos en el proceso penal», *ob. cit.*, pp. 18-19.



LISTADO DE PUBLICACIONES ACADÉMICAS

I. Monografías

1. *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981 (273 pp.).
2. *Delitos contra la Hacienda pública en materia de subvenciones*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987 (146 pp.).
3. *Manual de derecho penal del trabajo*, Praxis, Barcelona, 1988 (365 pp.).
4. *De los delitos y de las penas entre España y México*. Miguel Ángel Porrúa editor, Ciudad de México, 2018.
5. En autoría con RECHEA, Cristina; BARBERET, Rosmary; MONTAÑÉS, Juan, *Adolescencia, ¿Un sarampión?*, Delincuencia juvenil en Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha y Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1995 (156 pp.).
6. En autoría con RECHEA, Cristina, y MONTAÑÉS, Juan, *La delincuencia juvenil en España*, Autoinforme de los jóvenes, Universidad de Castilla-La Mancha y Ministerio de Justicia e Interior, Cuenca, 1995 (139 pp.).
7. En autoría con BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, Praxis, S. A., Barcelona, 1996 (370 pp.). Segunda Edición de la editorial Praxis, Barcelona, 1999 (440 pp.). Tercera Edición de la editorial Experiencia, Barcelona, 2004 (583 pp.).
8. ARROYO, Luis, y otros, *Curso de Derecho Penal*, Editorial Experiencia. 3.ªed. Barcelona 2016 (826 pp.).

II. Libros editados

9. Edición con RECHEA ALBEROLA, Cristina, *Estudios de Criminología*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1993 (247 pp.).
10. Edición con TIEDEMANN, Klaus, *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994 (250 pp.).
11. Edición y presentación con NEUMANN, Ulfrid, y NIETO MARTÍN, Adán, *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003 (330 pp.).
12. Edición con BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos «in memoriam»*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2 volúmenes, 2001 (2326 pp.).
13. Edición con NIETO MARTÍN, Adán, *Fraude y corrupción en el Derecho Penal económico europeo. Eurodelitos de fraude y corrupción*, Colección Marino Barbero Santos, núm. 3, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006 (540 pp.).
14. Edición con NIETO MARTÍN, Adán, *La orden de detención y entrega europea*, Colección Marino Barbero Santos. núm. 4, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006 (486 pp.).
15. Edición con NIETO MARTÍN, Adán, *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Colección Marino Barbero Santos, núm. 5, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007 (377 pp.).
16. Edición con NIETO MARTÍN, Adán, *El principio de ne bis in idem en el derecho penal europeo e internacional*, Colección Marino Barbero Santos. núm. 6, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007.
17. Edición y Prólogo con MORENO CATENA, Víctor, *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Ministerio de Justicia, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007 (423 pp.).
18. Edición con BERDUGO DE LA TORRE, FERRE OLIVÉ, SERRANO PIE DE CASAS y TERRADILLOS BASOCO, *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007 (1.214 pp.).
19. Edición con CRESPO, Pedro, y NIETO MARTÍN, Adán, *La armonización del Derecho penal español: Una evaluación legislativa*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia año. LX, núm. 6, Número monográfico, suplemento al núm. 2005 del 15 de junio de 2006.

20. Edición con NIETO MARTÍN, Adán, *Código Penal Europeo e Internacional, Introducción y textos*. BOE-Ministerio de Justicia, Madrid, 2008 (935 pp.).
21. Edición con RALLO, Artemi, *Robo de identidad y protección de datos*, Aranzadi, 2010.
22. Edición con BIGLINO, P., y SCHABAS, W., *Towards Universal Abolition of the Death Penalty*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
23. Edición con BIGLINO, P., y SCHABAS, W., *Hacia la Abolición Universal de la pena capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
24. Arroyo Zapatero, L., Nieto Martín, A. (dirs.), Muñoz de Morales, M., Bailone, M. (coords.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: Nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Ed. UCLM, Colección Marino Barbero Santos, Cuenca 2010.
25. Arroyo Zapatero, L., Nieto Martín, A. (dirs.), Muñoz de Morales, M. (coord.). *European Criminal Law: An Overview*, Ed. UCLM, Colección Marino Barbero Santos, Cuenca, 2010.
26. ARROYO ZAPATERO, Luis, *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2021 (515 pp.).

III. Publicaciones en revistas

27. «Presupuestos político-criminales de la protección penal de la seguridad en el trabajo», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1, 1978, París, pp. 3-14.
28. «Der Kinder-und Jugendschutz im spanischen Strafrecht», *Der Strafrechtliche Schutz des Kindes*, *Protokoll des 2. Internationalen Symposiums junger Strafrechtswissenschaftler der AIDP*, 2, 1980, Berlín, pp. 46-56.
29. «Prohibición del aborto y Constitución», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 2, 1980, Madrid, pp. 195-222.
30. Con BARBERO SANTOS, M., TERRADILLOS BASOCO, J., «Libertad de prensa y Derecho penal», *Revista AEDE*, 4, 1981, Madrid, pp. 8-18.
31. «Las propuestas político-criminales del Proyecto alternativo alemán», parte general, *Cuadernos de política criminal*, 14, 1981, Madrid, pp. 314-343, se complementa con la traducción del proyecto, pp. 309-313.

32. «La experiencia de la abolición de la pena de muerte en Gran Bretaña», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 62, 1981, Madrid, pp. 47-66. También publicado en Estudios penales, libro homenaje a J. Antón Oneca, Coordinado por Marino Barbero Santos, 1982, Universidad de Salamanca, pp. 11-28.
33. «La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981», *Cuadernos de Política Criminal*, 15, 1981, Madrid, pp. 379-426.
34. «Control constitucional del Derecho y de la Justicia penal», *Cuadernos de Política Criminal*, 17, 1982, pp. 385-405.
35. «Jurisprudencia Constitucional penal en 1981», Reseña sistemática y anotada desde 1981, *Cuadernos de Política Criminal*, 18, 1982, Madrid, pp. 669-683. Y sucesivos comentarios en colaboración con Rosario Vicente en la misma publicación y desde 2000, en *Revista Penal*, en colaboración con Cristina Rodríguez.
36. «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *Revista Española de Derecho constitucional*, 8, 1983, Madrid, pp. 9-46.
37. «Bericht über das Deutschs-Spanischen Seminar über die Strafrechtsreform», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1983, Berlín, pp. 264-279.
38. «Concepto y principios fundamentales del Derecho penal económico», *Poder Judicial*, 9, 1983, Madrid, pp. 146-147.
39. «Los delitos contra los derechos de los trabajadores (especial consideración del art. 499 bis)», *Revista Española de Derecho del trabajo*, 15, 1983, Madrid, pp. 353-373.
40. «Aspectos penales del tráfico de drogas», *Poder Judicial*, 11, 1984, Madrid, pp. 21- 27. También publicado en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico 6, 1983, Madrid, pp., 23-25.
41. «Inconstitucionalidad de la presunción de habitualidad en la receptación (art. 546 bis.b C. P.)». Comentario a las sentencias de 25 de abril y 21 de diciembre de 1985 del T. S. junio 1986, *La Ley*, pp. 1-5.
42. «La indicación eugenésica (circunstancia 3.ª del art. 417 bis C. P.)», *Revista de la Facultad de Derecho*. Homenaje a Jiménez de Asúa, 1986, monográfico 11, 1986, Universidad Complutense de Madrid, pp. 47-60.

43. «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1, 1987, pp. 97-110.
44. «Problemas Jurídicos de la Esterilización de Menores e Incapaces», *La Ley*, 4, 1988, pp. 898-901.
45. «El trabajador en el Código penal», 35 horas. *Cuadernos labora-listas*, 3, 1988, Madrid, pp., 24-27.
46. «Drogas y Delincuencia Juvenil», *Poder Judicial número especial VIII*, 1989, Madrid, pp. 81-91.
47. «La Legislación Antiterrorista: 1977-1992», *Revista del Foro Ca-nario*, 87, 1994, Pp. 151-164.
48. «L'abuso di informazione riservata nel Diritto Spagnolo vigente e in il proyecto di Código penal», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'ecnomía*, 1994, Padua, pp. 1-29. Publicado en España: «El abuso de información privilegiada en el mercado de valores en la reforma del Código penal», *Estudios de Derecho Penal Eco-nómico I*, 1994, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 61-74.
49. «Derecho y Riesgo», *Iniuria (Revista de Responsabilidad Civil y Se-guro)*, 8, octubre/diciembre 1995, Centro de Estudios del Segu-ro SA, pp. 57-68.
50. «Sociedades secretas y Derecho penal», *La Masonería en la Espa-ña del siglo xx*. VII Symposium Internacional de la Historia de la Masonería Española, Volumen I, 1996, Centro de Estudios His-tóricos de la Masonería Española y Universidad de Castilla-La Mancha. Cortes de Castilla-La Mancha, pp. 3-13.
51. «La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermeda-des y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del Sida», *Derecho y Salud*, Volumen IV, núm. 2, julio-diciembre 1996, Asociación Juristas de la Salud, pp. 207-213.
52. «El *ne bis in idem* en las infracciones al orden social, la preven-ción de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social en «Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador», *Cua-dernos de Derecho Judicial*, 1997, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 289-321.
53. «Derecho penal económico y Constitución», *Revista Penal*, 1, enero 1998, Praxis, Barcelona, pp. 1-15.

54. «Gunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Spanien», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1998, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 438-460.
55. «Delitos y penas en el Quijote», *Revista de Ciencias Penales*, 2, 1998, Asociación Española de Ciencias Penales, pp. 266-272.
56. «Prólogo de la edición especial sobre el nuevo Código Penal español», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 7/8, 1998, Lima, pp., 15-21.
57. «El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa común europea», *Revista Penal*, 1999 (3), Praxis, Barcelona, pp. 5-10.
58. Autoría con RODRÍGUEZ ARIAS, MIGUEL ÁNGEL. «El objeto material en el art. 368 del CP: planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, mayo 2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 319-382.
59. «Responsabilidad Administrativa y penal en Seguridad y Salud Laboral - Especial consideración de la responsabilidad penal de los profesionales de la prevención». Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, mayo 2000, Fremap, Madrid, pp. 189-202.
60. Autoría con GUTIÉRREZ ZARZA, Maria Ángeles, «Droit pénal spagnol 2003-2005», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, abril/junio 2005, París, pp. 429-432. Publicada en Rumanía: «Reformele penale in spania», *Revista de Drept penal*, 2, abril-junio 2006, Bucarest, pp. 133-138. En Italia: *Introduzione a Critica e Giustificazione del Diritto Penale nel Cambio de Secolo*, 2004, Giuffré Editore, Milán, pp. 13-19.
61. «In Memoriam Giuliano Vassalli (1915-2009). Partisano del Derecho y del Progreso», *Revista Penal número 25*, 2010.
62. «El espíritu de los tiempos: Sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social. 1949-2009», *Revista Penal*, enero 2010, núm. 25, pp. 230 ss.
63. «Soixantième anniversaire de la Société Internationale de Défense Sociale, 1949-2009: L'esprit des temps», en *Cahiers de Défense Sociale*, 2009-2010.
64. L'harmonisation internationale du droit pénal, en «*Revue de Science Criminelle et de Droit pénal comparé*», 2011, 3, pp. 557-574.

65. Opinión pública y castigo en España: la manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales, en *Revista de derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Argentina, 2014, pp. 15-26.
66. «El procés en la comprensión escénica de la sentencia del Tribunal Supremo», *El Cronista del Estado Social y Democrático* núm. 82-83, 2019, pp. 62 ss.
67. «Las tres pasiones de las Ciencias Penales» en *Revista Criminología Monográfico 80.º Aniversario de la Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, diciembre 2020, pp. 89-124.

IV. Capítulos de libros

68. «Responsabilidad penal en la huelga y el cierre patronal (art. 222 C.P.)» en *Comentarios a la Legislación Penal. El Derecho penal del Estado democrático*. Dirigido por Cobo del Rosal, EDERSA, Madrid, 1983, pp. 203-237.
69. «Los piquetes de trabajadores en huelga y el delito de coacciones tras la reforma de 1976», en *Comentarios a la legislación Penal*, T. II *El Derecho penal del Estado democrático*. Dirigido por Cobo del Rosal, EDERSA, Madrid, 1983, pp. 441-485.
70. «Lesiones a los trabajadores, (art. 427 C. P.)», en *Comentarios a la Legislación Penal*, dirigido por Cobo del Rosal, volumen 2, tomo V, EDERSA, Madrid, 1985, pp. 919-933.
71. «Delitos contra la seguridad en el trabajo (art. 348 bis a C. P.)», en *Comentarios a la Legislación Penal*, dirigido por Cobo del Rosal, volumen 2, tomo V, EDERSA, Madrid, 1985, pp. 845-860.
72. «El Derecho penal económico en la República Federal de Alemania», en *La reforma penal: Delitos socioeconómicos*. Ed. Barbero Santos, Madrid, 1985, pp. 99-121.
73. «Terrorismo y sistema penal» en *Reforma política y Derecho*. Ed. De Clemente Auger, UIMP y Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 153-210.
74. «L'état actuel de la problématique de l'avortement en Europe Occidentale» en *La médecine et les droits de l'homme*, Conseil de L'Europe, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1985, pp. 39-47.
75. «Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización» en *Estudios penales y criminológicos*, XI, Santiago de Compostela, 1988, pp. 11-25.

76. «Obtención y disfrute fraudulento de Subvenciones», en *Centro de Estudios Judiciales*, Colección Cursos núm. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 181-187.
77. «Protección Penal de la Propiedad Intelectual» en *Comentarios a la Propiedad Intelectual*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 1989, pp. 1985-2005.
78. «Comentarios a los arts. 7, 8, 9, 10», en *Código penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, pp. 349-350.
79. «La Moderna Política Criminal en España y el pensamiento de Cesare Beccaria» en *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, Giuffré Editore, Milán, 1990, pp. 188-194. Publicado en España: «Cesare Beccaria y la moderna política criminal en España», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 10, 1990, pp. 7-16.
80. «La distinción entre cuestión de mera legalidad ordinaria y cuestión de constitucionalidad» en *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*, 1992, Juricentro, Costa Rica, pp. 567-575.
81. «Responsabilidad penal y riesgo profesional en España», en *Riesgo y Trabajo*. Encuentro Iberoamericano, Universidad de Salamanca, Mapfre, Madrid, 1993, pp. 35-48.
82. «Actualidad político criminal del Derecho penal económico en España», en *Estudios de Derecho Penal Económico I*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, pp. 15-23.
83. «Los delitos societarios en el Proyecto de 1992», *Estudios de Derecho Penal Económico I*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, pp. 57-60.
84. «Der Mißbrauch von Insider-Informationen in spanischen Recht» en *Bausteine des Europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid Symposium für Klaus Tiedemann, Carlos Suarez González y Bernd Schünemann. Ed. Karl Heymanns Verlag, 1995, pp. 387-398. Publicado en España: «El Abuso de información privilegiada en el derecho español vigente y el proyecto del Código Penal», *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 45-62.
85. «Il diritto penale alla svolta di fine millenio. In ricordo di Franco Bricola». Ed. De S. Canestrari *Delitti contro l'ordinare socio-economico in Spagna*, Giapichelli, Turín, 1998, pp. 123-133.
86. «Persone Giuridiche e Responsabilità Penale in Spagna», en *Societas Puniri Potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*.

- Atti del Convegno (15-16 marzo 2002) Francesco Palazzo (Dir.), CEDAM, Milan, 2002, pp. 179-188. Publicado en España: Protección penal del consumidor en la Unión Europea, en Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 125-131.
87. «Ilegale Einwanderung und Menschenhandeln», *Wirtschaftsstrafrecht in der EU*, Carl Heymans V. Berlín, 2002, pp. 199-212. Publicado en España: Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos, En Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam*, volumen: II, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Castilla la Mancha y de la Universidad de Salamanca, Salamanca y Cuenca, 2001, pp. 25-43. Publicado en Colombia: Revista Dos mil Tres mil, 7, 2003, pp. 11-29.
88. «Introduzione», en *Critica e Giustificazione del Diritto Penale nel Cambio de Secolo*, 2004 Giuffrè Editore, Milán, pp. 13-19.
89. «Criminality and Urban Context in Spain» en *Current Issues in International Crime and Prevention and Criminal Justice*, ISPAC, Milán, 2005, pp. 193-214. Publicado en España: «Criminalidad y contexto Urbano en España» en *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Fernando Pérez Alvarez, Miguel Angel Núñez Paz, Isabel García Alfaraz (coord.), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 37-62.
90. «Cultura, Constitución y Derecho penal», en *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 3-10.
91. «Entre el Estado y la Federación el Derecho penal en la España de la Unión Europea», en *Hacia la unificación del Derecho Penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Max-Planck Institut. Lugar de publicación: México, 2006, pp. 279-294.
92. «Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España», en *La Reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia*, Ministerio de Justicia, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 17-30.
93. «La responsabilité (pénale) en «Espagne», en *Droit pénal des affaires en Europe*, Geneviève Giudicelli-Delage (Dir.), Presses Universitaires de France, París, 2006, pp. 117-143.

94. «Tráfico ilegal de mano de obra», en *Eurodelitos*, edit. con Klaus Tiedemann, Nieto Martín, Adán. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2006, pp. 85-92.
95. «Política criminal y Estado de Derecho en las Sociedades contemporáneas» en *Panorama internacional sobre justicia penal*, Culturas y sistemas jurídicos comparados, Séptimas jornadas sobre Justicia Penal, Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, México, 2007, pp. 3-18. Publicado en España: «La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español», en Libro Homenaje a María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 pp. 709-736.
96. «Kriminalpolitik und Rechtsstaat in der heutigen Welt», en *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, 2008, pp. 3-14.
97. «De la lutte contre l'esclavage et la traite des blanches à la proscription du trafic d'êtres humanis», en Delmas Marty, Mark Pieth, U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law, Société de Legislation Comparée*, París, 2008, pp. 105-126. Presentación de la edición española de Los caminos de la armonización penal.
98. «Towards a universal moratorium on the death penalty», en ARROYO ZAPATERO, L., BIGLINO, PL., SCHABAS, W., *Towards universal abolition of the death penalty*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
99. «Los juristas de la Junta de Ampliación de Estudios/Die Juristen und die JAE», en *Traspasar fronteras/Über Grenzen hinaus, Un siglo de intercambio científico entre España y Alemania*, CSIC-DAAD, Madrid, 2010, pp. 281 ss.
100. «Los Juristas de la Junta de ampliación de Estudios/Die Juristen und die Junta para Ampliación de Estudios», en *Traspasar fronteras, un siglo de intercambio científico entre España y Alemania*, CSIC/DAAD, Madrid 2010. Versiones en español y alemán.
101. ARROYO ZAPATERO, L., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «Le contrôle des choix de pénalisation: effets directs et indirects», en Giudicelli-Delage, G., Manacorda, S. (dirs.), Tricot, J. (coord.), *Cour de Justice et Justice pénale en Europe*, UMR de Droit Comparé de Paris, volume 19, Société de Législation Comparée, 2010.

102. «El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte. Un Derecho penal comprometido» en *Libro homenaje a Gerardo Landrove*. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 93-105; también en *Towards a universal moratorium on the death penalty. Towards universal abolition of the death penalty*. Tirant lo blanch. REPRECAP. Valencia, 2010, pp. 39-50; *Die Todesstrafe. Pläyoder für ein weltweites Moratorium*, en *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. 2. pp. 1147-1159 (Alemania)*: Gruyter Verlag, 2011.
103. ARROYO ZAPATERO L. y MUÑOZ MORALES M. L'harmonisation autonome, en *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda (dirs.). pp. 113-139. (Francia): Sociéte de Législation Comparé, 2012.
104. La responsabilità penale delle persone giuridiche nella Penisola iberica en *Corporate criminal liability and compliance programs*, JLS/2008/JPEN/009, Edit. Antonio Fiorella y Alfonso Stile, Jovene Editore, Napoli, 2012, pp. 105-119.
105. Les chemins de l'abolition de la peine de mort. Acteurs, facteurs et processus, en *La Peine de mort. Vers l'abolition absolue? Un dialogue entre juristes, philosophes et cartographes*, Crépon, Halpérin Manacorda, Ed. Rue D'Ulm, París, 2016, pp. 69-80.
106. Le recours à la force armée dans la lutte contre le crime organisé: juges, policiers et militaires. Mélanges en Honneur de Genevieve Giudicelli-Delage, Dalloz, París, 2016, pp. 243-257.
107. Hans-Heinrich Jescheck: Die Bildung eines Charakters, en U. Sieber (Hrsg.) *Strafrecht in einer globalen Welt*, Dunker & Humblot, Berlín, 2016, pp. 108-115.
108. Brücken mit Spanien en U. Sieber (Hrsg.) *Strafrecht in einer globalen Welt*, Dunker & Humblot, Berlín, 2016, págs.121-127.
109. ARROYO ZAPATERO, Luis, y otros, *Curso de Derecho Penal*, Editorial Experiencia. Barcelona 2016. 826 pp.
110. Luis Arroyo Zapatero, Adan Nieto Rafael Estrada (editores), *Presentación. De Metáfora de la crueldad. La pena de muerte desde el Marqués de Beccaria al tiempo presente*, UCLM, Cuenca, 2017.
111. *Ius cogens* y salvaguardias de los procesados y condenados a pena de muerte, en Luis Arroyo Zapatero, Adan Nieto Rafael Estrada (editores), *Metáfora de la crueldad. La pena de muerte desde el Marqués de Beccaria al tiempo presente*. UCLM, Cuenca, en prensa 2017.

112. El profesor Dr. Pedro R. David, un ciudadano y jurista muy distinguido de la Ciudad de Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ISSN 0034-7914, núm. 1, 2017, pp. 29-30.
113. *De los delitos y de las penas entre España y México*. Miguel Ángel Porrúa editor, Ciudad de México, 2018.
114. Presentación a la edición española de Roger Hood y Carolyn Hople, *La pena de muerte. Una perspectiva mundial*. Traducción coordinada por Antonio Muñoz Aunión y Beatriz García de la Galana, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. III-VI.
115. Sobre la utilidad de narrar el mal para mejor prevenirlo, en *Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo y Buenos Aires, 2017, pp. 15 a 28.
116. Narrar el mal para prevenirlo, en *Sin Literatura no hay Derecho*, Gerardo Laveaga (coord.), Tirant lo Blanch, México 2017, pp. 36-58.
117. Voz Luis Jiménez de Asúa, en *Diccionario Biográfico de la Real Academia de la Historia*, Madrid, 2013, 2.^a edición, digital 2018.
118. Comparecencia sobre reforma de la Ley de protección de la Seguridad Ciudadana en la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados, 6 de noviembre de 2018, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 2018, núm. 651, pp. 2 ss.
119. ARROYO ZAPATERO, Luis, *Rebellion and Treason: The family Demons of Europe and the European Arrest Warrant*, en «European Criminal Law Review EuCLR 2, vol. 8, Beck & Nomos, Bonn, 2018, pp. 146-151. En español en ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO, Adán; MUÑOZ, Marta, *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*, Ediciones UCLM, Cuenca 2018, pp. 13-20. En Alemán e italiano en www.voicesofspain.com
120. ARROYO ZAPATERO, Luis, «In Memoriam: Klaus Tiedemann Grand finale 1938-2018. Nota necrológica», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 126. III, diciembre 2018, pp. 303-309.
121. Entre México y España. Una solidaridad bien trenzada. Libro: 80 años del exilio de los Juristas españoles acogidos en México. Coordinadores: Luis Arroyo Zapatero, Francisco Javier Díaz Revorio, Sergio García Ramírez y Fernando Serrano Migallon. Editor: Ángel Luis López Villaverde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 17 a 24.
122. Alocución con ocasión de la entrada como miembro correspondiente en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia. Versión española y francesa. Comentario al Capítulo XXII de Don Quijote de la Mancha, Edición no venal, Ciudad Real 2019.

123. «Société, politique et pandémie. Une comparaison entre la France et l'Espagne», Académie des Science Morales et Politiques, 17.06.2020.
124. LUIS ARROYO ZAPATERO: Obituario a Roger Hood. Publicado en español en el blog Almacén de Derecho y en inglés en la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford. El enlace a este último es el siguiente: <https://www.law.ox.ac.uk/content/roger-hood-obituary-luis-arroyo-zapatero>
125. Strafe und Zwangsarbeit im Strafvollzug, während der ersten Phase des Franco-Regimes, Festschrift für Ulrich Sieber, Berlin, En prensa, 2019.
126. Torture and Inhumanity. La tortura e l'inumano, en *Nulla è cambiato? Riflessione sulla tortura*, Libro Homenaje a H. J. Albrecht, Berlin en prensa, Luigi Stortoni e Donato Castilnuovo (coord.), Bononia University Press, Bolonia, 2019.
127. «Sistema penitenciario: gestión de castigo y trabajo forzado en el primer franquismo», en *Brazo y puño en alto en el franquismo*. (Dir.), Javier Pérez Bazo, Carpe Noctem y Tulús, Toulouse, 2020, pp. 109 a 138.
128. «La pena de muerte es inadmisibile para la Iglesia Católica: la reforma de Catecismo del Papa Francisco y sus consecuencias», en *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*. Vol. II. Editorial Reus. 2020, pp. 1219 a 1230.
129. DORADO MONTERO, Pedro, en LAVEAGA, Gerardo, *Rostros y personajes de las Ciencias Penales*, INACIPE, México, diciembre 2020, pp. 251 ss.
130. «Las estrategias del terror: gestión del castigo y trabajo forzado en el primer franquismo», en *Libro Homenaje a Carlos Lascano*, Córdoba (Argentina), 2020.
131. Francisco de Goya ante la prisión perpetua, En Laveaga, coordinador, *La pintura y el Derecho penal*, INACIPE, México, 2020.