

NIEVES SANZ MULAS

POLÍTICA CRIMINAL



INEJ
Fundado en 1995



NIEVES SANZ MULAS

Política criminal

Epílogo

Digna M. Atencio Bonilla
(Panamá)

Sergio J. Cuarezma Terán
Diego Cuarezma Zapata
(Nicaragua)

INEJ | 1995

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

Consejo Académico y Administrativo

Rector

Mario A. Houed Vega (Costa Rica)

Vicerrector General

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Secretario General

Silvio A. Grijalva Silva (Nicaragua)

Vicerrector Académico

Darvyn I. Centeno Mayorga (Nicaragua)

Vicerrector de Investigación

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Vicerrector Administrativo Financiero

Sergio J. Cuarezma Zapata (Nicaragua)

Equipo editorial

Autora	:	Nieves Sanz Mulas
Coordinación editorial	:	Alicia Casco Guido
Diseño de interiores	:	Alicia Casco Guido
Diseño de portada	:	Daniela Herrera Castro

ISBN: 978-99924-21-42-0

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© INEJ, 2019

El INEJ, Nicaragua, es una institución académica de educación superior, autónoma y sin fines de lucro, que aporta conocimiento novedoso e innovador de calidad y al más alto nivel, para contribuir al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrados: diplomado, posgrado, especialización, maestría y doctorado. El INEJ fue creado por la Ley No 604/2006, Ley Creadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), aprobada el día 26 de octubre de 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 229, del día 24 de noviembre del 2006.

Sitio web: www.inej.net

E-mail: info@inej.net

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva del autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Impreso en Nicaragua

A mi familia, grande y maravillosa

ÍNDICE

PRESENTACIÓN DE LA AUTORA	15
Capítulo 1.	
APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA POLÍTICA CRIMINAL	19
I. CONCEPTO Y NATURALEZA.	19
II. LA POLÍTICA CRIMINAL COMO PARTE DE LA POLÍTICA ESTATAL.	20
1. Estados totalitarios y política criminal.....	20
2. La política criminal en los Estados democráticos: los derechos fundamentales como límite.	21
3. La prevención del crimen en un Estado social y democrático de Derecho.	23
III. LA POLÍTICA CRIMINAL COMO DISCIPLINA.....	25
1. Objeto y método.....	25
2. Funciones de la Política Criminal	26
3. Relación de la Política criminal con el Derecho penal y la Criminología.	27
IV. POSIBLES PROPUESTAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL.	30
1. Políticas sociales: especial referencia a la política educativa.	31
2. Políticas de medios de comunicación.	32
3. Otras propuestas jurídicas: el Derecho administrativo sancionador.....	33
4. Medios de solución de los conflictos extrapenales: la justicia restaurativa.	34
5. Propuestas penales.	35
Capítulo 2.	
DESARROLLO HISTÓRICO DE LA POLÍTICA CRIMINAL:	
EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS DE REACCIÓN SOCIAL	37
I. INTRODUCCIÓN. LA CONCEPCIÓN PRE-CIENTÍFICA DEL DELITO	37
II. DERECHO PENAL Y ESTADO LIBERAL DE DERECHO: LA ESCUELA CLÁSICA	38
III. LA EVOLUCIÓN HACIA EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA ESCUELA POSITIVA	41
1. El tránsito hacia el Estado social de Derecho y surgimiento del positivismo	41
2. El Positivismo criminológico y el surgimiento del “peligrosismo”.....	41
3. El Positivismo crítico del correccionalismo y la Terza Scuola.	42
4. El Positivismo Jurídico.....	44
5. La dirección político criminal española	46
IV. EL AUTORITARISMO POLÍTICO CRIMINAL.....	47
1. Autoritarismo soviético y política criminal	48
2. La política criminal del fascismo italiano.....	48
3. La política criminal del franquismo español.....	48
4. La política criminal del nacionalsocialismo alemán.....	50
V. EL ABOLICIONISMO: MÉRITOS Y CRÍTICAS.....	51

Capítulo 3.

LA POLÍTICA CRIMINAL ACTUAL: DEL WELFARISMO PENAL A

LA POLÍTICA DE LA EXCLUSIÓN 55

I. EL ESTADO DE BIENESTAR Y SU POLÍTICA CRIMINAL	55
1. Orígenes del Estado social de Derecho (Welfare State)	55
2. Crisis del positivismo y concepción funcional del delito	56
3. La cooperación y protección internacional de los derechos humanos: la internacionalización del Derecho penal	58
II. RASGOS DE LA SOCIEDAD ACTUAL.....	61
1. Crisis del Welfare State y neoliberalismo.	61
2. Globalización y sociedad del riesgo.....	63
III. POLÍTICA CRIMINAL EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN.....	65
1. Derecho penal simbólico	66
2. Derecho penal del riesgo.	68
3. Derecho penal del enemigo y antigarantismo penal y procesal	70

Capítulo 4.

LA POLÍTICA CRIMINAL EN ESPAÑA 75

I. SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES.....	75
1. Principios rectores de la política criminal: seguridad, legalidad y dignidad del ser humano	75
2. Principios limitadores del ius puniendi	76
3. Conclusiones valorativas	81
II. LAS REFORMAS PENALES Y SU POLÍTICA CRIMINAL: EL NUEVO AUTORITARISMO POLÍTICO CRIMINAL EN ESPAÑA	82
1. El año 2000 y el comienzo de la “persecución” penal de los inmigrantes ilegales	83
2. Las reformas penales de 2003 y el tránsito hacia un Código penal de la seguridad. ..	83
3. La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: violencia doméstica vs violencia de género.....	85
4. La LO 15/2007 y la reforma de los delitos contra la seguridad vial: la saturación de los juzgados	85
5. La LO 5/10, de 22 de junio, de reforma del CP y la medida de libertad vigilada	86
6. La LO 1/15, de 30 de marzo, de reforma del CP y la reintroducción de la cadena perpetua.....	87
7. Hacia un Derecho penal de “enemiguitos”: las reformas de la Ley Penal del Menor .	87
8. Conclusiones valorativas: el fantasma del enemigo en la legislación penal española .	89
III. REALIDAD CRIMINAL EN ESPAÑA Y SU COMPARACIÓN CON OTROS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	90
1. Criminalidad real vs criminalidad percibida: la tendencia mundial hacia un Derecho penal del enemigo.	90
2. Realidad delictiva en España y su comparación con otros países europeos: los costes sociales del populismo punitivo	91

Capítulo 5.

LOS ACTORES DE LA POLÍTICA CRIMINAL..... 97

I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL	97
1. Criminalidad transnacional e internacionalización del Derecho penal	97
2. La influencia de las políticas de la Unión Europea	98
II. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y PUNITIVISMO	101

1. Medios de comunicación, opinión pública y política criminal	101
2. Agenda-setting y relevancia de lo criminal	102
3. La técnica del framing y su influencia en la política criminal	103
III. LOS PODERES DEFINIDORES DE LA AGENDA MEDIÁTICA	106
1. Partidos políticos y medios de comunicación	106
2. Asociaciones de víctimas y otros grupos de interés (lobbies)	107
3. Control de los medios y responsabilidad deontológica	108
4. El papel neurálgico de la Academia.....	109

Capítulo 6.

POLÍTICA CRIMINAL EN LA TUTELA DE LA VIDA 111

I. LA PROTECCIÓN DE LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO FUNDAMENTAL	111
II. HOMICIDIO VS ASESINATO.....	112
III. EL DEBATE FRENTE AL SUICIDIO Y LA EUTANASIA	115
1. Delineamientos del problema: ¿existe el derecho a disponer de la propia vida?.....	115
2. Propuesta alternativa	118
IV. EL CONSENTIMIENTO DE LA EMBARAZADA Y EL DELITO DE ABORTO	120
1. Planteamiento del problema	120
2. Evolución de la política criminal española en materia de aborto: el actual sistema de plazos	120

Capítulo 7.

POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO 125

I. LA LACRA SOCIAL DE LA VIOLENCIA FAMILIAR Y DE GÉNERO.....	125
II. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA MATERIA	126
1. Problemas del concepto.....	126
2. Evolución legislativa	127
III. DEBILIDADES Y POSIBLES ALTERNATIVAS A LA POLÍTICA CRIMINAL ADOPTADA	131
1. Derecho penal simbólico y vulneración del principio de ultima ratio	131
2. El castigo mayoritario de los actos leves de maltrato en detrimento de la verdadera violencia machista (art. 173.2 CP)	131
3. La vulnerabilidad de la mujer como punto de partida y la imposición obligatoria de la orden de alejamiento.....	132
4. ¿Ley contra la violencia de género y discriminación positiva de la mujer?	134
5. Medidas civiles: la orden de protección y el “fantasma” de las denuncias falsas.....	136
6. Apoyo a las víctimas y educación en igualdad	136
7. La mediación como posible alternativa a la intervención penal.	137

Capítulo 8.

TUTELA PENAL DE LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES 141

I. DELINEAMIENTOS GENERALES.....	141
1. Sexualidad y Estado autoritario: la concepción moralizante de la sexualidad en la España franquista.....	141
2. Sexualidad y Estado democrático: la sexualidad como libertad en la España constitucional	143
II. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA MATERIA	143
1. El CP de 1995 y el cambio de rumbo: de la honestidad a la libertad sexual como bien jurídico protegido.	144

2. La reforma de 1999 y la reintroducción del delito de corrupción de menores.	144
3. Leyes Orgánicas 11/2003 y 15/2003: introducción del proxenetismo y ampliación de la pornografía infantil	145
4. LO 5/10 y protección específica de la indemnidad sexual de menores de 13 años.....	145
5. LO 1/15, de 30 de marzo, y elevación de la edad de consentimiento sexual a los 16 años.	146
III. POLÍTICA CRIMINAL Y TUTELA DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES ..	147
1. El retorno hacia una moralización de la sexualidad de los menores.....	147
2. La necesidad de una política criminal coherente con la realidad social del siglo XXI	149
3. Propuestas alternativas: la necesaria mejora de los mecanismos procesales	152
IV. POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA PROSTITUCIÓN	153
1. Planteamiento del problema	153
2. Entre el abolicionismo y el prohibicionismo suave tras la LO 4/15 de Protección de la Seguridad Ciudadana	154
3. Propuesta alternativa: hacia la reglamentación de la prostitución	156

Capítulo 9.

EL RETO DEL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL	161
I. EL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	161
1. Planteamiento del problema	161
2. Contornos de la delincuencia organizada en España	163
II. LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL.....	164
1. El reto de la delincuencia organizada transnacional	164
2. Armonización penal y concepto de criminalidad organizada transnacional	165
III. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	166
1. Los límites del Derecho penal tradicional	166
2. Figuras penales frente al crimen organizado	167
3. Los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter)	168
4. Crimen organizado y ejecución de las penas: la especial situación de los inmigrantes ilegales	170
5. Conclusiones valorativas: el expansionismo y antigarantismo penal frente a la criminalidad organizada	171
IV. RETOS POLÍTICO CRIMINALES	173
1. Derecho penal y criminalidad organizada	173
2. Sus contornos internacionales y la necesaria armonización penal y procesal	174
3. Criminalidad organizada transnacional y principio de justicia universal.....	175
4. Especial consideración a las víctimas del crimen organizado	176
5. Crimen organizado vs emigración: la necesaria intervención socioeconómica a nivel mundial	179

Capítulo 10.

POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA INMIGRACIÓN IRREGULAR Y LA TRATA DE SERES HUMANOS	183
I. EL FENÓMENO MIGRATORIO Y SUS CONTORNOS EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN	183
1. El fenómeno migratorio como realidad histórica y global	183
2. Del abrazo al rechazo de la emigración	184
3. La sobrecriminalización de los inmigrantes como nuevos sujetos peligrosos.....	185

4. La Ley de extranjería y el control de la emigración	186
II. EL DERECHO PENAL FRENTE AL EXTRANJERO COMO NUEVO SUJETO PELIGROSO.....	187
1. La expulsión del territorio de extranjeros condenados a penas de prisión superiores a 1 año (art. 89 CP)	187
2. Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (arts. 311 bis y 312.2 CP).....	189
3. Política criminal frente a la inmigración clandestina.....	189
4. Política criminal alternativa frente al tráfico ilegal de personas	193
III. LA TRATA DE SERES HUMANOS	195
1. Delineamientos del fenómeno	195
2. Política criminal española frente a la trata de seres humanos	196
3. Propuestas alternativas	198

Capítulo 11.

POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE DROGAS 205

I. LA HISTORIA DEL “PROBLEMA DE LA DROGA” EN ESPAÑA	205
II. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL ESPAÑOLA EN MATERIA DE DROGAS	206
1. Ley 44/1971, de 15 de noviembre, de reforma del CP frente a hippies y psicodélicos	207
2. Reforma urgente y parcial de 1983 y contrarreforma de 1988	208
3. La incorporación de la Convención de Viena en la reforma del CP de 1992 y la promulgación de la Ley de Seguridad Ciudadana	208
4. La LO 10/95, de 23 de noviembre, del Código penal	209
5. Últimas reformas en materia de drogas: leyes orgánicas 5/10, de 22 de junio, y 1/15, de 30 de marzo	209
III. TRÁFICO DE DROGAS Y PRÁCTICA JUDICIAL Y SOCIAL	210
1. La salud pública como bien jurídico protegido.	210
2. Práctica judicial y abandono progresivo de la tolerancia cero	211
3. Cambios en la realidad social y criminológica del “problema de la droga”	212
IV. PENALIZACIÓN VS LEGALIZACIÓN: LAS BASES DE LA POLÉMICA	215
1. Libertad individual vs salud pública: ¿el Estado social por encima del Estado de Derecho?	215
2. Fundamentación de la prohibición.	216
IV. INEFICACIA DE LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL Y PLANTEAMIENTO DE ALTERNATIVAS	218
1. Ineficacia de la actual política criminal punitivista.....	218
2. Política criminal alternativa: la legalización del tráfico de drogas y control estatal de su comercialización	219
3. Necesarios contornos internacionales de la política criminal alternativa.....	221

Capítulo 12.

CRIMINALIDAD Y PODER: POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN Y LA DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO223

I. DELINEAMIENTOS GENERALES	223
1. Globalización, corrupción y crimen organizado	223
2. La especial dañinidad de la corrupción pública.....	225
II. CORRUPCIÓN Y DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO	226
1. Poder económico y corrupción política	226
2. Delincuencia de cuello blanco y criminalidad organizada	226

III. LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA Y LA TRADICIONAL IMPUNIDAD DE LOS PODEROSOS .	228
IV. MEDIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO	231
1. Delincuencia de cuello blanco y delitos socioeconómicos.	231
2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad transnacional.	231
V. MEDIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICA.	233
1. Los delitos contra la Administración pública: problemas en su aplicación	233
2. El delito de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP).	235
V. PROPUESTAS POLÍTICO CRIMINALES	236
1. Actuaciones preventivas: el control administrativo de la gestión pública y la necesaria conciencia social	237
2. Mejoras en el sistema penal y procesal	238
3. Cooperación internacional en la recuperación de activos y fin de las amnistías fiscales..	241

Capítulo 13.

POLÍTICA CRIMINAL FRENTE AL TERRORISMO247

I. DELINEAMIENTOS GENERALES DEL FENÓMENO TERRORISTA.....	247
1. El terrorismo como gran reto de la política criminal	247
2. El terrorismo de ETA y el terrorismo islámico	248
II. POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL FRENTE AL TERRORISMO	241
1. Concepto de terrorismo: elementos integradores	251
2. Las guerras preventivas y el Derecho penal del enemigo como estrategia internacional contra el terrorismo	253
III. POLÍTICA CRIMINAL ANTITERRORISTA EN ESPAÑA	254
1. Evolución legislativa hacia el cumplimiento íntegro de la condena (LO 7/2003).....	254
2. La LO 5/10, de 22 de junio, y el castigo de la captación y el adoctrinamiento	256
3. El pacto antiterrorista y la LO 2/15, de 31 de marzo: la guerra contra el terrorismo y el regreso de la cadena perpetua	256
4. Derecho procesal y suspensión de las garantías para el presunto terrorista	259
5. La excepcionalidad en el ámbito penitenciario	260
6. Conclusiones valorativas: terrorismo y Derecho penal del enemigo	260
IV. ALTERNATIVAS POLÍTICO CRIMINALES CONTRA EL FENÓMENO TERRORISTA	262
1. Derecho penal vs guerra preventiva: la necesidad de un concepto consensuado de terrorismo	262
2. El Derecho penal garantista frente al terrorismo: la resocialización como fin de la pena.	263
3. La necesidad de acabar con su financiación y actuar sobre sus causas	263
4. Soluciones frente al reto de las sociedades paralelas	265
5. Propuesta alternativa en la legislación penal española	269

Capítulo 14.

DIVERSIDAD CULTURAL Y POLÍTICA CRIMINAL273

I. GLOBALIZACIÓN Y DIVERSIDAD CULTURAL	273
1. Emigración y sociedades multiculturales: el reto del multiculturalismo.....	273
2. Cultura de origen vs cultura de acogida: los conflictos culturales	273
II. MODELOS DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL	275
1. El modelo asimilacionista francés	275
2. El modelo multiculturalista inglés	276

3. La posición contradictoria de España frente al multiculturalismo: expulsión vs protección del extranjero	277
III. MULTICULTURALISMO Y DERECHO PENAL	278
1. Actuaciones frente al racismo y la discriminación: los delitos de odio	278
2. Los delitos culturalmente motivados (delitos culturales o cultural crimes).....	282
3. Delitos culturales y sistema penal español	285
4. Hacia un modelo multiculturalista de gestión de la diversidad cultural: propuestas alternativas	288
EPÍLOGO	293
¿POLÍTICA CRIMINAL O POPULISMO POLÍTICO? INCIDENCIA EN LAS REFORMAS A LA LEY PENAL PANAMEÑA	
Por Digna M. Atencio Bonilla	295
I. Antecedentes	295
II. Sobre la Política criminal y el Populismo punitivo: su incidencia en las reformas a la ley sustantiva penal	296
III. Los cambios legislativos ¿obedecen al principio de intervención mínima?	296
LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN UNA SOBERANÍA LIMITADA: ¿DERECHOS HUMANOS O CAPITAL?	
Por Sergio J. Cuarezma Terán / Diego Cuarezma Zapata	303
I. A manera de introducción.	303
II. El nuevo rol de la justicia.	303
III. La reforma de la justicia en una soberanía limitada.	307
IV. La naturaleza de la reforma de la justicia.....	309
V. La gran reforma del siglo XX.	312
VI. El retorno de viejas políticas autoritarias	314
VII. De la confesión al Plea bargaining System.	319
VIII. Consideraciones finales.	324

PRESENTACIÓN

Si hay una sensación extendida entre la mayoría de quienes trabajamos con el Derecho penal, esa es la impotencia, cuando no la frustración, ante la obstinación de muchos por querer hallar en él la solución a (casi) todos los problemas, le conciernan o no, obviando las razones, principalmente socioeconómicas y culturales, que hay detrás del delito. Y ello cuando no se trata simplemente de su utilización torticera, con objetivos de exclusiva rentabilidad política, a costa de los derechos y las libertades de los ciudadanos.

Aunque para los ciudadanos de otras épocas los suyos seguramente también lo eran, son los nuestros unos tiempos convulsos, pues es extraño el día que no amanecemos con alguna noticia que nos saca violentamente de nuestro “estupor” occidental. El asesinato de otra mujer a manos de su pareja o ex pareja. Otro nuevo escándalo de corrupción con la implicación de políticos y grandes empresarios, que aprovechándose de su privilegiada posición esquilmán las arcas públicas. El rescate de cientos de refugiados en el Mediterráneo y las escalofriantes cifras de los que acabaron ahogándose en el camino. Ataques terroristas con decenas, cuando no cientos, de víctimas, perpetrados en mercados, aeropuertos, estaciones de metro, salas de conciertos, restaurantes, espectáculos de fuegos artificiales o, simplemente, en una de las calles más concurridas de una gran ciudad. O la desarticulación de bandas organizadas dedicadas a la pornografía infantil, la trata de seres humanos, el tráfico de migrantes, de órganos, de drogas, de armas, etc.; negocios la mayoría de las veces sustentados en los grandes beneficios y las vidas baratas, pues no son sino el reflejo de los enormes desequilibrios mundiales. Cuestiones, sea como fuere, que requieren de una solución urgente y factible, y no de teorías abstractas, cuando no absurdas, sin viabilidad práctica. En esas lides los penalistas ya hemos perdido demasiado tiempo...

Siempre he considerado que la principal labor del profesorado universitario es la docencia, la cual inexorablemente pasa por una buena investigación, y por mucho que actualmente se empeñen en ocuparnos con otros muchos menesteres. Al docente le pagan principalmente por investigar y transmitir los conocimientos alcanzados, despertando en los

alumnos inquietud, curiosidad y espíritu crítico. Sobre todo esto último, juicio y capacidad críticos, aprendiendo a filtrar una información que nos llega a borbotones a través de TV, radio, prensa, Internet o redes sociales. Información las más de las veces seleccionada de forma interesada, con el ánimo nada inocente de alejarnos de lo que realmente importa o, peor aún, de las que probablemente serían las verdaderas soluciones.

La Política criminal, en cualquier caso, no puede ser más curiosa y suscitar más inquietud y variedad de opiniones, pues obliga a posicionarse sobre problemas ciertamente graves, como los que en esta obra se abordan. Asuntos como el evidente rasgo autoritario del Derecho penal, reflejo de su creciente dependencia de los poderes políticos y mediáticos, y de unos intereses económicos que evolucionan hacia un modelo neoliberal, en el que obviamente importan más las cifras que las personas. O la gran internacionalización del Derecho penal actual, hasta el punto de poder afirmar que 2/3 partes del mismo viene “impuesto” por normas internacionales, pudiendo por tanto hablarse de una política criminal con una creciente impronta estadounidense. También viejos problemas aún no resueltos como la eutanasia, el aborto, la violencia de género, la pornografía infantil, el tráfico de drogas o la prostitución. Y nuevos desafíos como el crimen organizado, y su vinculación con la corrupción y la delincuencia de cuello blanco. También el terrorismo, en especial el yihadista, en parte reflejo del fracaso europeo en la integración de los inmigrantes musulmanes. Y, como no, la gran contradicción surgida entre unos flujos migratorios que parecen imparable, de una parte, y la obsesión por blindar las fronteras, de otra, lo que supone la condena a muerte de miles de personas, empujándoles a acudir al crimen organizado en busca de las oportunidades vitales que los Estados les niegan.

¿Qué este libro demuestra una determinada posición ideológica en cada uno de los temas que trata? Pues sí, así es y no podría ser de otra manera. La opción político criminal siempre deriva de un posicionamiento ideológico, que puede ser o no compartido, pero que en todo caso debe ser respetado, siempre que se formule acatando las libertades y los derechos fundamentales. Dicen que no hay peor sordo que el que no quiere oír, ni peor ciego que el que no quiere ver, y en la Universidad no podemos ni debemos permitirnos ser intencionadamente sordos y ciegos, sobre todo cuando son esas libertades y derechos los que están en juego. Los universitarios tenemos la responsabilidad social de ser críticos, apostando por lo mejor para esa sociedad de la que formamos parte y a la que debemos nuestra propia existencia. Y ahondar en ese espíritu crítico, respecto de una materia que como la política criminal debe hacer frente a realidades poliédricas y multifactoriales, ha sido siempre el objetivo último de este trabajo. Una obra en gran parte sus-

tentada en las propuestas realizadas por el Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC) del que formo parte. Un colectivo de especialistas en Derecho penal que, sin ni siquiera sospecharlo, me proporcionan el apoyo moral necesario para defender unas ideas que, desgraciadamente, distan por lo general del sentir mayoritario de los legos en Derecho penal. Un conglomerado de “personajes no-especialistas”, que sin embargo no se sonrojan a la hora de poner en entredicho tales ideas, tachándolas como poco de “políticamente incorrectas”, cuando no de “defensoras de maltratadores, delincuentes y terroristas” u otros apelativos aún peores.

Este trabajo fue llevado a cabo en su mayor parte en 2016 en el Institute for Criminal Policy Research (Birkbeck College – University of London); y la presente versión nicaragüense y panameña se debe a los profesores Sergio J. Cuarezma Terán y Digna Atencio Bonilla. Agradezco desde aquí el encomiable esfuerzo llevado a cabo por estos profesionales. La predisposición e interés mostrado por ambos desde el principio, me demuestra una vez más que la experiencia, no sólo no está reñida con la ilusión, sino que se complementan en una fórmula perfecta. Estoy segura que nuestra colaboración no hará sino reforzar aún más nuestros lazos académicos y humanos, yendo más allá de esta obra. Una elaboración en la que, por razones fáciles de comprender, no están todos los asuntos político criminales que seguramente debieran; pero en la que sí hemos querido en todo momento utilizar un lenguaje sencillo y directo, cumpliendo así la máxima de Ortega y Gasset: “La claridad es la cortesía del filósofo”.

Salamanca, invierno de 2019

CAPÍTULO 1

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA POLÍTICA CRIMINAL

I. CONCEPTO Y NATURALEZA

La política gubernamental se lleva a cabo a través de diversas formas según la concreta actividad a regular: política sanitaria, educativa, de empleo, medio-ambiental, urbanística, económica, etc. Una de esas formas es la denominada *política criminal*, o sector de la política estatal donde se toman las decisiones de cara a prevenir y actuar frente a los delitos. Una respuesta a dar por el Estado frente a asuntos que, como la corrupción, el terrorismo o los homicidios, tanto preocupan a los ciudadanos. Una respuesta que es política, pues la argumentación de las posibles soluciones a adoptar, la base ideológica que las sustenta, constituyen un marco de decisión que se halla dentro de lo político. Atendiendo a este sentido político, cabría por tanto definir la política criminal como la medida o conjunto de medidas (jurídicas, sociales, educativas, económicas, etc.) que adopta una sociedad políticamente organizada para prevenir y reaccionar frente al delito, a efectos de mantenerlo en unas cuotas tolerables. Esto es, son las decisiones que una sociedad toma frente al delito, el delincuente, la pena, el proceso y la víctima.

De su parte, y desde una perspectiva académica, la *Política Criminal* también es una disciplina encargada de explorar, buscar y hallar soluciones legales que vengan a mejorar la eficacia y justicia del Ordenamiento penal en una sociedad y momento histórico determinados (ej. como resolver el conflicto entre el derecho a decidir sobre la propia maternidad y el derecho a la vida del feto en el delito de aborto; o el conflicto habido entre el derecho a disponer sobre la propia salud y el delito de tráfico de drogas). Y ello, porque no sólo interesa analizar la concreta orientación político-criminal seguida por el legislador, sino si ésta es o no adecuada a los valores y al concreto modelo social y político que se defiende. Una actividad crítica a desarrollar por políticos, juristas y criminólogos

que, por ejemplo, debemos preguntarnos si es adecuada la actual pena de prisión permanente revisable en un Estado social y democrático de Derecho que exige la orientación resocializadora de las penas de prisión (art. 25.2 CE). Son dos, en definitiva, las perspectivas de la política criminal que pasamos a analizar: como ámbito político y como disciplina.

II. LA POLÍTICA CRIMINAL COMO PARTE DE LA POLÍTICA ESTATAL

La política criminal como aspecto de la política general, y por tanto como ejercicio del poder, refleja claramente la ideología de quien la lleva a cabo. Esto es, depende de la forma del Estado, del modo de gobierno, y en concreto de si en su actuación está limitado por los límites derivados del respeto a los derechos fundamentales. En este sentido, el crimen se percibe, y se maneja, de forma distinta en los Estados totalitarios que en los democráticos.

1. ESTADOS TOTALITARIOS Y POLÍTICA CRIMINAL

En los estados totalitarios, pese a la diferente base ideología en que se pueden sustentar (comunista, fascista, nacionalsocialista, fundamentalista, etc.), el delito siempre es concebido como una traición, como una clara desobediencia y ofensa a un poder en sí mismo incuestionable: el poder “divino” del Amado Líder, Comisario político, Caudillo, *Führer*, *Ayatollah*, etc. Un atentado a la unidad y estabilidad del Estado que, en consecuencia, justifica la adopción de cualquier medida por muy represiva que ésta sea.

En estas formas de gobierno, la prevención de “demonios” como el terrorismo, el tráfico de drogas, la criminalidad organizada o la disidencia política (obviamente casi nunca catalogada como tal) legitima cualquier actuación política. La única finalidad de la política criminal es erradicar el crimen, pasando si es necesario por encima de cualquier derecho y garantía individual. Esto es, se absolutiza de tal manera el mal (la herejía, el maligno, el comunismo internacional, el terrorismo, etc.), que se justifica una forma apremiante de neutralizarlo, inmediata y tajante, por tratarse de una amenaza para la subsistencia de la especie humana, o al menos de su cultura o civilización.

En este contexto, la política interior se transforma en una política de seguridad, por lo que las fuerzas armadas y policiales están legitimadas para utilizar todos los medios necesarios, incluyendo la tortura, las “desapariciones” y la muerte. Aquí no existe división de poderes, ni el derecho al juez natural, ni la presunción de inocencia o el derecho a un

trato digno y humano. Todas estas garantías son consideradas meros “obstáculos” que impiden castigar a quienes sin juicio previo son ya declarados culpables. Esto es, predomina la prevención general (intimidación de los elementos rebeldes y subversivos) y la prevención especial negativa (escarmiento y anulación de la voluntad rebelde). La resocialización sólo se entiende como absoluta sumisión a los valores e imperativos impuestos por el poder. Motivo por el que los crímenes de Estado (tortura, desapariciones, expropiación de propiedades por razones políticas, etc.) ni se persiguen ni se castigan. En definitiva, no es que se acabe con la criminalidad, sino que tan sólo hay una forma de criminalidad: la criminalidad del Estado, el Estado convertido en un gigantesco delincuente (BORJA).

2. LA POLÍTICA CRIMINAL EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE

En los Estados democráticos, sin embargo, el planteamiento es completamente diferente, pues se parte de la “normalidad” del crimen. Esto es, del convencimiento sobre que el crimen va a estar siempre presente, como precio a pagar por mantener unas mínimas condiciones de libertad y respeto a los derechos humanos. Porque incluso en condiciones sociales ideales, siempre habrá personas y grupos que abusen de esa libertad o que quieran obtener ilegalmente determinados beneficios (ej., delincuencia de cuello blanco). Un coste estructural inherente a la propia condición humana.

En este contexto, la política criminal del Estado democrático no va dirigida a borrar toda huella de delito, sino a un fin bastante más realista y materializable: mantener las cifras de criminalidad en niveles tolerables. Y ello porque su objetivo no es trascendental como el del Estado totalitario (crear un imperio, mantener la pureza de la raza, acabar con todo vestigio de la burguesía, alcanzar los fines del Corán, etc.), que justifica la necesidad de acabar con el delincuente a cualquier precio, sino que se limita a pretender que todos los ciudadanos, en la medida de lo posible, convivamos pacíficamente y en libertad. Con esta finalidad, y obviamente, cada tendencia ideológica marca las directrices a seguir en su política criminal. Así, y por regla general, mientras los gobiernos conservadores emplean más energía en el aspecto represivo (mayor presupuesto para FF. y CC. de Seguridad, aumento del número de cárceles, etc.), los gobiernos más progresistas suelen incidir más en la prevención del delito a través de políticas sociales, siendo más reacios a limitar las garantías de los ciudadanos, aunque con ello pueda resentirse la propia seguridad ciudadana.

Ahora bien, también es cierto que las ideologías se van poco a poco homogeneizando, algo propio de los tiempos de la globalización —y también de la lucha por los votos de los ciudadanos centristas-moderados—, con lo que las diferencias cada vez están más difuminadas. De hecho, el carácter represivo es también cada vez más propio de las ideologías supuestamente progresistas (un claro ejemplo al respecto, son las reformas sufridas por nuestro CP desde el año 2003). Esto es, cabría afirmarse que la política criminal moderna, marcada por la búsqueda de eficacia a toda costa, es hasta cierto punto autoritaria, pues la sanción penal se ha convertido en un instrumento estatal, que lo utiliza como *prima ratio* desconociendo los límites de la intervención penal.

En definitiva, la política criminal depende del cariz ideológico, coyuntural o incluso utilitario del movimiento social que pretenda influir en los gobernantes. Detrás de cada opción jurídica (constitucional-penal) hay una determinada opción política que se corresponde con la ideología hegemónica en ese momento (Capítulo 2). Sírvannos como ejemplo los delitos contra la libertad sexual. Mientras en la época franquista, claramente influenciada por el catolicismo, las relaciones sexuales sólo se consideraban admisibles dentro del matrimonio, y bajo la rúbrica “Delitos contra la honestidad” era la honra sexual de la mujer la que se protegía de ser mancillada por el varón, aprovechando su clara vulnerabilidad e inferioridad. Con la llegada del Estado democrático y la aprobación del CP de 1995, la regulación de los ahora denominados “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” responde a la idea de que éstos deben proteger, ante todo, la libertad de decisión en el ámbito de la esfera sexual y no una determinada concepción moral acerca de la sexualidad. En tal sentido, elimina el delito de rapto, crea un tipo específico de acoso sexual y regula los delitos relativos a la prostitución que, en una línea secularizadora, reduce los supuestos de incriminación, despenalizando las figuras de proxenetismo y rufianismo (Capítulo 8).

Sea como fuere, en no pocas ocasiones, son movimientos sociales importantes los que dirigen la política criminal. Este es el caso, por ejemplo, del movimiento feminista y su influencia en la regulación de los delitos de aborto, contra la libertad sexual o de violencia de género. Un movimiento que, en el caso del aborto, influyó decisivamente en la reforma del año 2010, con la introducción del actual sistema de plazos, y que en el año 2014 también consiguió paralizar las pretensiones del gobierno de volver al anterior sistema de indicaciones —de un modo incluso más restrictivo al querer suprimir la indicación eugenésica por malformación del feto—.

Finalmente, los criterios político criminales también tienen gran peso en la propia aplicación de la ley penal. Siguiendo con el ejemplo del aborto, el anterior sistema de indicaciones, que estuvo vigente durante 25 años (1985-2010), teóricamente debería haber sido muy restrictivo en los supuestos previstos como “legales”, más incluso que el sistema de plazos. Sin embargo, es por todos conocida la enorme facilidad con que se abortaba “disfrazando” el hecho bajo una de las indicaciones legalmente previstas, normalmente la terapéutica por enfermedad psicológica de la madre (Capítulo 6).

3. LA PREVENCIÓN DEL CRIMEN EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Tras lo visto hasta ahora, no hay duda en que la prevención de la delincuencia es el objetivo fundamental de la política criminal. Ahora bien, tal fin no justifica todos los medios. La prevención, sin el contrapeso de los límites derivados del respeto de los derechos fundamentales de la persona, puede derivar en el terror penal, en una política criminal autoritaria regida por el miedo (terrorismo de Estado). Pero basar la eficacia preventiva en el miedo al castigo, es adoptar un punto de partida erróneo, por entender que el delito se origina exclusivamente en la debilidad del sistema penal y no que se trata de un problema sobre todo social. Una política criminal fundada en el castigo sin contar con los límites que le impone el Estado social y democrático de Derecho, deja de ser una política criminal preventiva para convertirse en una política criminal represiva, autoritaria. Pero, ¿cuál es, en todo caso, la prevención adecuada a los límites de un Estado social y democrático de Derecho?

Todos concordamos en que prevenir supone anticipar o evitar algo. Ahora bien, los problemas comienzan cuando se trata de precisar qué es lo que hay que evitar y cuáles son los instrumentos adecuados para ello. En este sentido, una prevención que busque verdaderamente evitar la criminalidad debe preguntarse por las causas, por el origen del fenómeno criminal. La mera disuasión o intimidación no aborda las causas del delito, por lo que debe afrontarse una prevención más amplia que busque también atajar el fenómeno desde sus raíces. Se hace necesario apostar por una combinación de los modelos de prevención *situacional o ambiental* (intervención sobre la seguridad del entorno) y *social* (intervención sobre las condiciones de vida en determinados entornos). En este sentido, hoy se habla de diferentes tipos de prevención, con destinatarios, mecanismos y fines también distintos.

La *prevención primaria* actúa sobre el contexto social y situacional, buscando conseguir las condiciones que eviten en lo posible la delincuen-

cia. Para ello, obviamente, no basta con aprobar nuevas leyes penales, sino que también se requiere una lucha a largo o medio plazo con programas de prevención en las esferas educativa, social, de vivienda, trabajo, bienestar, calidad de vida, etc. El problema es que los costes económicos de esta perspectiva de la prevención son más caros que acudir directamente al Derecho penal, por lo que es más fácil que los gobiernos respondan con una prevención simbólica a través de la continua publicación de leyes penales (Capítulo 3). La *prevención secundaria*, de su parte, interviene cuando el delito ya se ha producido a través de jueces y policías. Aquí sobre todo prima el modelo punitivo, esto es, el control en las calles y el modelo policial. Desde esta perspectiva, los diferentes estudios demuestran que más que la pena con que se amenaza, lo eficaz es la certeza y prontitud en la intervención penal. De ahí, que se haya potenciado como sistema preventivo la presencia policial para aumentar la seguridad ciudadana, si bien a costa de las libertades de los ciudadanos (ej. Ley de Seguridad Ciudadana). Finalmente, la *prevención terciaria*, referida a la población reclusa, busca evitar la reincidencia a través de la prevención especial. Esto es, actúa cuando el delito ya se ha producido y, por tanto, no incide en las causas de la delincuencia. En este ámbito, sea como fuere, cabe hacer especial incidencia en la asistencia post-penitenciaria, o ayudas sociales y económicas para que los excarcelados se reinserten en la sociedad.

En consecuencia, la forma de entender el delito, y por tanto diseñar cómo prevenirlo y responder frente a él, está condicionado por la forma de entender la criminalidad: bien como un problema jurídico, como lo ha entendido tradicionalmente el positivismo; o bien como un problema social, esto es, pluridimensional, donde toda la sociedad está implicada, y que es la perspectiva ineludiblemente a abordar en un Estado social y democrático de Derecho. Como ya anunciaba von LISZT, “La mejor política criminal es una buena política social”. Por tanto, en aras a una política criminal que quiera ser mínimamente eficaz, el Estado debe comenzar por preguntarse cuáles son las causas de la delincuencia e intentar erradicarlas (pobreza, paro, falta de oportunidades vitales, etc.). Porque política social y política criminal están necesariamente interrelacionadas, pues ambas tienen el mismo objetivo de evitar conflictos sociales. Ahora bien, mientras la política social lo hace con políticas proactivas, de promoción social (desarrollo de políticas en materia de salud, educación, trabajo, vivienda, asistencia, etc.), la política criminal suele utilizar políticas reactivas frente al fracaso de las otras. En cualquier caso, el Estado debe asumir su corresponsabilidad social en la delincuencia, estableciendo los mecanismos necesarios para que ésta no aumente, o incluso disminuya. Así tendrá que responder cuando su política económica produce efectos de marginación y desigualdad, gene-

rando con ello conflictos sociales. Obviamente, la criminalidad más vinculada a la política social es la derivada de la pobreza, la marginación y el paro. Pero también la criminalidad económica o de cuello blanco está vinculada con ella, pues dicha criminalidad se desarrolla una vez logrado el bienestar con políticas redistributivas (ZÚÑIGA).

En definitiva, asumiendo el delito como un problema social, la elaboración de las leyes penales debería pasar por un proceso que tenga en cuenta la información suministrada por las distintas disciplinas respecto al fenómeno criminal: contornos reales del problema; necesidades sociales a satisfacer; posibles consecuencias de la intervención; real opinión de los afectados, los grupos de interés (*lobbies*) y la propia opinión pública; cálculo de los costes económicos de las iniciativas a adoptar; problemas de su puesta en práctica, etc. La realidad, sin embargo, es que nada de esto se hace, por lo que los programas político criminales llevados a cabo no son propios de un Estado social y democrático de Derecho, que necesariamente debe medir sus costes sociales y que busca la eficacia en sus fines.

III. LA POLÍTICA CRIMINAL COMO DISCIPLINA

1. OBJETO Y MÉTODO

La Política Criminal como disciplina académica tiene por objeto el fenómeno criminal y la legislación que lo contempla. En este sentido, y por tanto, aporta una concepción del Derecho penal complementaria a la Dogmática penal o a la Criminología. Ciencias de las que se alimenta, junta a otras como la Sociología o la Ciencia política, pues el crimen es una realidad compleja con infinitud de aristas.

El método que utiliza para dicho estudio es, en todo caso, diferente al jurídico (propio del Derecho penal) o al empírico (el utilizado por la Criminología). Su método de análisis se acerca más al utilizado por la Sociología y las ciencias políticas. Por todo ello, cabría definir a la Política Criminal, desde esta perspectiva, como “aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal” (BORJA). En consecuencia, el objeto de estudio de la Política Criminal no sólo es la legislación penal, sino todas aquellas instituciones que también tengan como fin inmediato, desde el ámbito político, la prevención o la reacción frente al delito. Entre ellas, obviamente el Derecho penal ocupará un lugar relevante, pues es el encargado de definir qué es o no delito, pero afortunada-

mente no es la única forma de prevenir y hacer frente al crimen. Junto a él, y necesariamente, tienen también que concurrir medidas de carácter económico, laboral, educativo, social e incluso cultural (ej., campañas tolerancia cero frente a la violencia de género). Por tanto, también son objeto de estudio de la Política Criminal, todos esos “otros” instrumentos utilizados por el gobierno para mantener el nivel de criminalidad en unas cifras tolerables. Y ello porque la política criminal es ante todo política, siendo el Estado el encargado de concretar la dirección a seguir y las iniciativas a tomar para ello. Decisiones que dependerán, entre otros factores, de las circunstancias temporales y espaciales, la coyuntura social, económica y cultural y, por supuesto, la ideología.

2. FUNCIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Siendo la Política Criminal una disciplina valorativa, cuyo objetivo es la prevención de la criminalidad, sus funciones son todas aquellas que de una u otra manera contribuyan a comprender y prevenir el crimen. Con ese objetivo, en primer lugar debe *estudiar el fenómeno criminal que se quiere prevenir*. En este sentido, y teniendo en cuenta que los instrumentos de prevención estarán siempre condicionados por la forma de entender el delito, obviamente, habrá una implicación directa de la concepción criminológica que sirva de sustrato (biológica, sociológica, psicológica, teoría del etiquetamiento, teorías victimológicas, etc.). En un segundo momento, una vez analizado el fenómeno criminal, habrá que *estudiar los mecanismos de prevención de delito*. Esto es, es el momento de diseñar mecanismos para prevenirlo. Para ello lo primero es señalar qué se entiende por prevención, si se debe incidir en la prevención *ante-delictum*, *post-delictum* o en ambas, y, sobre todo, cuál es el marco de referencia (constitucional) para establecer los medios legítimos con que se cuenta (Capítulo 4).

Otra de las funciones importantes de la política criminal, es la *crítica de la legislación penal vigente planteando las posibles reformas*. Con este objetivo, la Política Criminal se sirve de la Criminología, como ciencia encargada de valorar si la ley ha cumplido o no con los fines de la prevención, mediante el análisis de los niveles de reincidencia, los éxitos o fracasos en la resocialización, la utilidad de las penas, etc. Unos datos que obviamente ayudan a comprobar la eficacia o ineficacia de los instrumentos hasta entonces utilizados, para, en su caso, diseñar las posibles alternativas penales y sociales. Posteriormente, se trataría de *diseñar un programa integral de política criminal*, de adoptar una decisión político criminal en cuanto a los objetivos a perseguir y las estrategias formuladas frente a un determinado tipo de criminalidad. Por supuesto, al tratarse de una decisión política se regirá por unos concretos valores, estará

condicionada por el nivel de cohesión social de la comunidad concreta y dependerá de la ideología de los gobernantes de turno.

Finalmente, es de vital importancia la *evaluación de la política criminal desde el paradigma del respeto a los derechos humanos*. Esto es, habrá que comprobar si la política criminal adoptada es o no eficaz en la contención de la criminalidad. Como política que es, la política criminal adoptada debe ser necesariamente verificable a efectos de comprobar si resulta o no idónea. En cualquier caso, toda evaluación supone una valoración y en toda valoración hay componentes culturales, históricos y éticos. Precisamente por ello, la evaluación no debe hacerse sólo desde el punto de vista de la eficacia, sino también de la legitimidad de los medios. En este sentido, en nuestro modelo de sociedad, el respeto a los derechos humanos como fundamento de la democracia, debe ser el baremo a la hora de medir la legitimidad o ilegitimidad de una determinada política criminal. La violencia estructural no se combate con falta de libertades, sino al revés. Sociedades que, como la holandesa, reconocen muchas libertades y se tolera más la conducta desviada, las tasas de delincuencia son más bajas que en aquellos países, como algunos latinoamericanos, en los que se restringen los derechos y las libertades. Para combatir la criminalidad violenta derivada de la pobreza y la marginación, por tanto, se debe priorizar la política social. Si, por el contrario, y por poner otro ejemplo, se trata de criminalidad inherente a la globalización (corrupción política, delitos medioambientales, criminalidad de cuello blanco, etc.), la política criminal debe ser tratada en clave internacional a través de la cooperación entre los diferentes países (ZÚÑIGA).

3. RELACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL CON EL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA

Adoptando una visión integradora del sistema penal, mientras la Política Criminal se pregunta por qué, con qué intensidad y con qué fines, el legislador ha decidido utilizar el Derecho penal frente a un determinado comportamiento. La Dogmática penal se plantea los requisitos que un juez debe estimar como probados para poder determinar que esa persona es culpable de haber cometido un delito e imponerle la correspondiente pena. Y la Criminología se cuestiona cuáles son las razones que llevan a una persona a delinquir. Son, por tanto, tres formas distintas de aproximarse al fenómeno criminal, que se relacionan y se condicionan mutuamente.

A) Política Criminal y Derecho penal

Para comenzar, existe una indudable y estrecha relación entre la Política Criminal como disciplina y el Derecho penal. El Derecho penal es la ciencia que tiene como objeto el estudio sistemático de las normas, principios e instituciones penales, a efectos de dar al juez los criterios y pautas que faciliten su labor de aplicación de la ley. Su método de análisis durante más de un siglo ha sido el de examinar la norma jurídica como dogma incontestable. Un sector del conocimiento, denominado Dogmática penal o Dogmática jurídico-penal, que ayuda a explicar mejor el Derecho penal en las universidades, que contribuye a una aplicación más racional del derecho positivo en juzgados y tribunales, y que aporta al legislador criterios y programas de gran importancia, guiándolo en la reforma de la ley penal buscando el equilibrio entre seguridad jurídica y respeto de los derechos humanos. Esto es, el Derecho penal debe plasmar (formal y materialmente) las decisiones de la Política criminal, siendo ahí donde necesariamente interactúan ambas disciplinas.

Desde que se elabora una teoría racional del estudio del Derecho penal a mediados del siglo XIX, la disciplina jurídica se desarrolla a través de dos vertientes. Por un lado, se van creando y asentando principios sobre los que se edifica la construcción teórica del Derecho penal, que buscan tutelar ciertas garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado (principios de legalidad, culpabilidad, humanidad de las penas, etc.). Y, por otro lado, se van elaborando conceptos, instituciones y teorías con gran precisión técnico-jurídica (sobre todo en la teoría jurídica del delito), que poco a poco van perfeccionando el modelo de explicación del Derecho penal positivo. Esto ha llevado a dos formas de entender las relaciones entre Derecho penal y Política Criminal a lo largo de la historia: el Derecho penal como barrera infranqueable de la política criminal del Estado (VON LISZT) y la política criminal como límite (interno) del Derecho penal (ROXIN).

En la actualidad, la Dogmática penal y la Política Criminal, si bien se consideran disciplinas autónomas, ambas se complementan. Si la Dogmática quiere realmente resolver los conflictos individuales y sociales, necesariamente debe acercarse a la realidad social, descubrir la corriente de pensamiento que inspira la institución y elaborar sistemáticamente la materia penal de acuerdo con estas premisas valorativas e ideológicas. En este sentido, la Política Criminal es el verdadero “banco de pruebas” del Derecho penal, al que acerca a la vida de la calle y al tiempo en que desarrolla su función. De hecho, cada forma de concebir el Derecho penal a lo largo del tiempo (teoría finalista de la acción, sistema neokantiano, funcionalismo o concepción significativa de la acción, etc.) en realidad también representa su propia visión político-criminal del tiempo y

del espacio en el que se desenvuelve teóricamente (Capítulo 2). De su parte, a la Política Criminal le corresponde el examen crítico de la realidad y la priorización de los recursos disponibles en la lucha contra el delito. Ahora bien, y como todos sabemos, entre las medidas más relevantes para combatir el crimen se encuentra la legislación penal, por lo que su función al respecto es mejorarlo y optimizarlo, buscando fórmulas más justas y eficaces.

Sírvannos en relación a ello dos ejemplos. De una parte, el Estado decide hacer frente al problema de la inmigración ilegal convirtiendo en delito y castigando con prisión prácticamente cualquier ayuda a la entrada, tránsito y permanencia clandestina en nuestro país. Una política criminal que la Dogmática penal rechaza rotundamente con infinidad de argumentos tan sólidos como la vulneración de los principios de lesividad y *ultima ratio* del Derecho penal, la desproporcionalidad de las penas, etc. (Capítulo 10). De su parte, criterios de Política Criminal evidencian la ineficacia de la actual regulación penal de los delitos de tráfico de drogas (el consumo no cesa de crecer, sólo se incauta entre el 10 y el 15% de la droga que entra, el conflicto entre el delito y el Derecho a la disposición de la propia salud, etc.), planteando una política criminal alternativa que necesariamente pasa por la despenalización y control administrativo de dicho tráfico (Capítulo 11).

En conclusión, la Dogmática penal y la Política Criminal, si bien son disciplinas autónomas, hoy por hoy, una sin la otra no tienen razón de ser. Si la Dogmática penal no quiere elaborar teorías utópicas, necesita conocer las tendencias político criminales a la hora de ofrecer respuestas lógicas y racionales a los problemas humanos que pretende resolver. De su parte, la Política Criminal debe orientar su labor de prevención y tratamiento del fenómeno criminal considerando los principios e instituciones que durante décadas ha ido elaborando la Dogmática penal. Sólo de este modo, ambas disciplinas alcanzarán su común objetivo: lograr una convivencia pacífica.

La realidad, sin embargo, nos muestra un panorama completamente distinto. La política criminal, como política legislativa, se ha impuesto en nuestra disciplina. Los juristas y criminólogos se han visto desplazados en sus funciones asumiendo los políticos todo el protagonismo y, lo que es peor, eludiendo en muchas ocasiones los principios sistemáticos fundamentales en el Derecho penal (Capítulo 4). Para que esto deje de ser así —aunque cada vez es más difícil—, además de que los políticos se formen en Política Criminal, los juristas y criminólogos debemos ofrecerles las líneas de equilibrio entre las necesidades de lucha contra la criminalidad en una sociedad compleja y cambiante y los principios

constitucionales que impregnan la intervención penal. Esto es, debemos ser creativos y diseñar propuestas de solución que, además de resultar eficaces en la lucha contra el crimen, respeten siempre los parámetros constitucionales. Para ello, debemos estar atentos a los cambios y demandas sociales, a las prácticas de juzgados y tribunales, aprender de los éxitos y fracasos de las soluciones adoptadas en el derecho comparado y, sobre todo, debemos entender las características de la nueva criminalidad. Porque la legitimidad de una ciencia ya no se mide por sus fundamentos, ni por su rigurosidad, sino por su capacidad de resolver problemas (ZÚÑIGA).

B) Política Criminal y Criminología

La Criminología, en su objetivo de establecer cuáles son las causas que llevan a delinquir, se orienta a la obtención de datos fiables acerca de la criminalidad, a fin de ponerlos al servicio de la sociedad para disminuir la delincuencia y sus consecuencias. De su parte, la Política Criminal busca las soluciones legislativas idóneas con el mismo objetivo, bajo la perspectiva de la eficacia y la justicia, para lo que necesita una sólida base criminológica. Esto es, las medidas que se adopten por los poderes públicos deben basarse en la información criminológica disponible, de modo que cuenten con suficientes elementos de juicio respecto de su oportunidad y/o eficacia. Ahora bien, y por desgracia, eso ni mucho menos es así, sino que se legisla teniendo más en cuenta los índices y encuestas electorales, y por tanto las expectativas de los posibles votantes, que los pilares de la justicia, la eficacia, la protección de bienes jurídicos y los resultados de las investigaciones criminológicas. De este modo, lo único que se hace es parchear continuamente la legislación penal, según la alarma social de turno, y sin tener en cuenta los más mínimos criterios técnicos, criminológicos ni político criminales. Desde hace ya tiempo las reformas penales se caracterizan por las prisas y la opacidad. Sólo unos pocos saben lo que pasa antes de que pase, y los penalistas no estamos incluidos en ese círculo. Es más, las críticas posteriores no tienen, desgraciadamente, ningún eco en los políticos. Sea como fuere, y pese a esta triste evidencia, allí donde un penalista, criminólogo o político concienciado, pertenezca a la Escuela que pertenezca, busque una solución legal más justa y eficaz, critique las instituciones vigentes y proponga soluciones para mejorarlas, habrá un impulso político criminal a tener en cuenta (BLANCO).

IV. POSIBLES PROPUESTAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Tras todo lo visto, y sin pretender dar una relación acabada de los posibles medios a adoptar por el Estado y la Sociedad para hacer frente a la

delincuencia, enumeraremos las propuestas de política criminal más características. Características, además de “verificables”, y por tanto susceptibles de ser argumentadas, pues la Política Criminal no es sino un saber que se impone convenciendo mediante una adecuada argumentación, pues difícilmente se adoptará ninguna decisión política que en principio no sea *razonable*.

1. POLÍTICAS SOCIALES: ESPECIAL REFERENCIA A LA POLÍTICA EDUCATIVA

Partiendo de que la política criminal forma parte de la política social, el Estado, actuando con verdadera responsabilidad institucional y “compensando” de algún modo lo generado con sus propias políticas económicas y de seguridad, debe adoptar las iniciativas que se requieran para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos, reduciendo con ello las tensiones sociales y, por tanto, también la criminalidad. Porque no puede ser eficaz una política criminal que sólo actúa sobre los resultados sin tener en cuenta las causas de los conflictos sociales. No basta actuar sólo sobre las personas, es necesario hacerlo también sobre las situaciones. No es suficiente, en definitiva, una política reactiva (cuya ineficacia todos conocemos), es necesaria también y, sobre todo, una política social preventiva.

Para ello, el Estado necesariamente debe recurrir a mecanismos de control social informal como la educación, la religión, la salud, los servicios asistenciales, las mejoras de vivienda, configuración y calidad de las ciudades, subvenciones para paliar los riesgos de la sociedad industrializada (paro, enfermedades, miseria, accidentes laborales), etc. Entre todos, el puesto central lo ocupa sin duda la educación (no sólo moral y cívica, sino también profesional) y el primer paso en este sentido lo debe dar *la familia*.

Como núcleo esencial de la sociedad, por su indiscutible rol en el proceso de socialización del individuo, la familia es el lugar por donde se debe comenzar a trabajar para superar las causas de la criminalidad. Y ello porque, como todos sabemos, muchos delincuentes muestran carencias afectivas básicas y falta de reconocimiento de los principios éticos solo otorgados por la familia. Además, tampoco debemos obviar la gran transformación del modelo familiar en los últimos tiempos (familias monoparentales, madres que trabajan, padres desempleados, etc.) y las situaciones conflictivas derivadas de ello como factores criminógenos de muchos delitos (maltrato familiar, delincuencia juvenil, etc.).

En cualquier caso, la educación no sólo se produce a través de la familia, sino también de la escuela, la religión, los medios de comunicación, la literatura, la ciencia, etc. Empezando por la *religión*, y en con-

creto la católica por ser la predominante en nuestro país, es obvio decir que ha dejado de ser un vehículo importante de transmisión de valores, al perder poder de convencimiento por su escasa adaptación a las nuevas realidades sociales (anticonceptivos, aborto, divorcio, homosexualidad, etc.). En lo que a la *escuela* se refiere, como el mecanismo de control más importante tras la familia, el actual modelo educativo liberal, basado en el convencimiento y no en la obediencia y la disciplina, se ha traducido en un problema social que ha dado lugar a focos de violencia con tintes de criminalidad (ej., *bullying*, agresiones a profesores, actos vandálicos, etc.). Finalmente, en el caso de la *Universidad*, ésta también ha visto reducida su capacidad de crear profesionales con aptitudes para comprender y afrontar los nuevos retos sociales debido a factores como: el creciente desinterés y la falta de una buena base en los estudiantes, la masificación, el sistema de evaluación meramente memorístico, el uso de medios anacrónicos, etc.

La Academia, sin embargo, y pese a todo, está obligada a contribuir a la formación de la opinión pública a través de una comunicación clara y comprensible, denunciando y rebatiendo la manipulación cada vez más común de los medios de comunicación y aportando soluciones. Esto es, en la Universidad debemos recuperar el papel de divulgación científica dentro del debate político, y los penalistas tenemos un gran papel que desempeñar al respecto. La ciencia penal debe poner límites a la intervención punitiva controlada por la política. Porque si la ciencia no se hace cargo de los mismos problemas, y ni siquiera los “reconoce”, lo hará la política y quizás también los jueces y magistrados obligados por ley a aplicar las normas. Y para ello es ineludible que nuestro lenguaje sea claro y comprensible, abandonando de una vez por todas el hermetismo, claramente antidemocrático, que durante demasiado tiempo ha caracterizado a los juristas. Si queremos que en la Universidad se formen personas críticas, plenamente conscientes de la realidad que las rodea, y eso las anime a contribuir de algún modo a mejorarla, debemos convertirnos en una especie de “traductores” del complejo lenguaje jurídico. Debemos explicar de manera simple lo rebuscado, de manera clara lo oscuro, pues el Derecho penal es una ciencia social y no “de claustro” para el disfrute y regocijo de una “élite” a la que —y ahí la ironía— difícilmente se le aplica.

2. POLÍTICAS DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN

De su parte, y como veremos en su momento (Capítulo 5), es incuestionable el poder de transmisión de valores, estereotipos e ideologías de los *mass media*, hasta el punto de contribuir de forma decisiva en la estabilización —y a veces también a la desestabilización— social. Y más si te-

nemos en cuenta su estrecha relación con la Administración de Justicia y los poderes económicos y políticos. Esto es, sin despreciar su potencialidad político criminal en materia preventiva, con campañas publicitarias como las llevadas a cabo en los últimos años en materia de violencia de género (“tolerancia cero frente al maltrato”), seguridad vial (“ninguna excusa justifica arriesgar tu vida”), etc., tampoco debemos permanecer ajenos a su clara intromisión en la administración de justicia, con la correspondiente disminución de la seguridad jurídica y la vulneración del principio de igualdad por el que ésta debe regirse.

Para evitar que esto siga siendo así, los medios de comunicación deben comprometerse con el rigor, la seriedad y la ética, no suministrando una imagen distorsionada de la delincuencia (ej. la involucración de refugiados sirios en las agresiones sexuales producidas en la ciudad alemana de Colonia la nochevieja de 2015). Es absolutamente necesario que la información en materia de criminalidad sea veraz y contrastada con todas las fuentes necesarias, para lo que son imprescindibles las aportaciones de medios libres, independientes, rigurosos y críticos. Medios que cumplan los deberes profesionales establecidos, entre otras normas, en el Código Europeo de Deontología del Periodismo (Consejo de Europa, 1 julio de 1993).

3. OTRAS PROPUESTAS JURÍDICAS: EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La política criminal necesariamente debe contar medios de carácter jurídico, imprescindibles también para limitar o al menos acotar el poder político. Entre estos medios ciertamente está el Derecho penal, pero también otros sectores como el Derecho procesal (presunción de inocencia, etc.), el Derecho civil (responsabilidad civil derivada del delito) y el Derecho Administrativo sancionador.

En sus funciones de “policía” la Administración, a través del conocido como Derecho administrativo sancionador, habilita a los funcionarios públicos a imponer sanciones, especialmente multas administrativas. Un sistema sancionatorio que puede ser aún más opresivo que el penal, por no contar con las garantías sustanciales y procesales con que éste cuenta. Un panorama que se torna más complejo a medida que la Administración va ampliando su intervención. Sírvanos sino de ejemplo la *LO 4/15, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad ciudadana*. Con decir que es popularmente conocida como “Ley mordaza”, por restringir de forma significativa derechos fundamentales como los de reunión y manifestación, y que está pendiente la resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por toda la oposición política contra la misma, es suficiente para hacernos una idea de su contenido.

Sea como fuere, el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal deben coexistir. Siendo esto así, el principio que determina la utilización del Derecho penal sólo debe radicar en la importancia de los bienes jurídicos, en la gravedad del ataque a los mismos y la necesidad por tanto del recurso a los delitos y las penas. El principio de *ultima ratio* es, por tanto, irrenunciable. Ahora bien, sin que ello implique la legitimación del Derecho administrativo sancionador cuando actúa como arma autoritaria contra el ejercicio de derechos fundamentales.

4. MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EXTRAPENALES: LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Un alto porcentaje de los casos que llegan a los juzgados son de escasa gravedad y con frecuencia producidos entre personas de un mismo entorno familiar o social (robos entre conocidos, injurias y calumnias entre vecinos, discusiones familiares, etc.). En estos supuestos, recurrir al proceso penal, no sólo no ayuda, sino que complica aún más la situación, por no mencionar que en una gran mayoría de los mismos se retira la denuncia una vez “enfriados” los ánimos (Capítulo 7). La necesidad de acudir a vías extrajudiciales de resolución de conflictos es por tanto evidente, al igual que en los casos en que la sanción penal sólo puede tener un efecto criminalizador (delincuentes primarios, menores, etc.).

El mecanismo alternativo más utilizado en este sentido es el de la mediación, “más vale un mal acuerdo que un buen juicio”, si bien cabría citar como inconvenientes: el que se ha convertido en un lugar al que remitir los juzgados los casos menores buscando descongestionar los juzgados; la frecuente presencia de abogados impide considerarlos verdaderos mecanismos alternativos al sistema penal; muchos de los programas de mediación permiten acudir al sistema de justicia formal una vez alcanzado un acuerdo; el desequilibrio entre víctima y victimario; la inexistencia de mecanismos que obliguen a cumplir a las partes el acuerdo alcanzado, etc.

Sea como fuere, y pese a todos estos obstáculos, no se debe menospreciar un sistema que acerca a las partes compensando de algún modo a la víctima por el daño sufrido y que le devuelve el protagonismo en su propio conflicto. De otra parte, en las sociedades de bienestar, es cada vez más habitual la colaboración de entidades privadas que realizan tareas político-criminales: asociaciones de presos, asociaciones de ayuda al consumidor, de asistencia penitenciaria y post penitenciaria. Estas entidades realizan actividades de auxilio de funciones públicas, sin plantear ningún problema salvo en los supuestos en que asuman prerrogativas más allá de las legalmente permitidas.

5. PROPUESTAS PENALES

En cualquier caso, y para finalizar, una vez llegados a los procesos de prevención secundaria y terciaria, ejercidos a través del Derecho penal, procesal y penitenciario, además de un proceso de creación de la ley penal coherente con los principios y límites inherentes a un Estado social y democrático de Derecho (Capítulo 4), entre otras muchas cuestiones se requiere: *primero*, de una Administración de justicia que cuente con medios suficientes y un poder judicial realmente independiente del poder político. Esta finalidad, sin duda, hace urgente la introducción de cambios sustanciales en el proceso de selección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y de la composición de nuestros más altos tribunales (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional), de modo que sean los propios jueces los que propongan sus candidatos y, por tanto, decidan su composición final. *Segundo*, de un cuerpo policial (Policía Nacional, Guardia civil, Policías autónomas, forales y locales) con un poder limitado y reglado, evitando ámbitos de discrecionalidad como los otorgados por leyes como la Ley de seguridad ciudadana, por suponer una clara expropiación administrativa de esferas de exclusiva competencia judicial. Y *tercero*, en el ámbito penitenciario, y ante la evidente crisis de la resocialización, se debe desarrollar, además de un sistema progresivo de tratamiento que posibilite el paulatino acceso a la libertad de los condenados a penas de prisión, un programa detallado y exhaustivo de alternativas a la prisión que evite en lo posible la entrada en la cárcel, sobre todo en relación a penas cortas privativas de libertad.

Como veremos a lo largo de esta obra, el incremento constante de la severidad del sistema penal es escasamente útil para disminuir la delincuencia, sobre todo si se limita a segregar en lugar de diseñar penas para la reintegración futura de los condenados a efectos de evitar la reincidencia. Y es que no se pueden incrementar las penas sin aumentar al mismo tiempo los recursos públicos que doten de infraestructura material y humana las prisiones. Una necesaria demanda de recursos públicos que obliga al Estado, o bien a aumentar los impuestos o bien a sacarlos de otras partidas presupuestarias (salud, educación, infraestructuras, etc.), lo que como nos podemos imaginar no “vende” políticamente. Frente a ello, sólo existen dos alternativas: la primera sería privatizar las funciones de control (seguridad privada, privatización de prisiones, etc.) y la segunda contener el gasto en materia penitenciaria. Ambas opciones se traducirían en una degradación de las condiciones de encarcelamiento, lo que rebajaría hasta cuotas inadmisibles la calidad de vida de los reclusos y supondría el abandono de su resocialización.

Sea como fuere, no basta con hacer nuevas cárceles, que también se llenarán. Más cárceles, más policías, leyes más duras, sí incrementan el

número de personas en prisión pero no disminuye la criminalidad. Luego, si incrementando la severidad de las penas no se contiene la criminalidad, y además es tremendamente costoso (dato especialmente importante en épocas de crisis), la opción final, desde una posición puramente economicista, podría pasar por diseñar políticas criminales que ralenticen el ingreso en prisión. Eso es lo que ha ocurrido en Estados Unidos (país como la mayor tasa de encarcelamiento a nivel mundial) desde el principio de la crisis (años 2007-2008), siendo evidente la disminución, tanto del número de personas sometidas a control penal como el de personas encarceladas (BRANDARIZ).

BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, A., “Política criminal: entre la política de seguridad y la política social”, en AA.VV., *Delito y seguridad de los habitantes*, Siglo XXI, México DF, 1997; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012; BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Política criminal. Tomo I. Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*, Bosch editor, Barcelona, 2007; BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2014; BUSTOS RAMÍREZ, M., “Reflexiones sobre justicia penal restaurativa”, en *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, nº 53, octubre-diciembre 2015; CANCIO MELIÁ – POZUELO PÉREZ (Coord.), *Política criminal de vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008; HASSEMER, W., “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo”, en AA.VV., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013; RIVERO ORTEGA, R., “La nueva Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana: ¿Estado de prevención o Derecho administrativo del enemigo?–”, en *Ars Iuris Salmanticensis (AIS): Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 3, Nº. 1, 2015; RIVES, E., “¿En qué idioma hablan los penalistas? (Contribución a la educación legal)”, en *Revista Intercambios*, nº 16, noviembre 1993; SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.

CAPÍTULO 2

DESARROLLO HISTÓRICO DE LA POLÍTICA CRIMINAL: EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS DE REACCIÓN SOCIAL

I. INTRODUCCIÓN. LA CONCEPCIÓN PRE-CIENTÍFICA DEL DELITO

Cada sociedad produce su propia criminalidad, por lo que la historia de la política criminal no es sino la historia sobre cómo las diferentes sociedades han comprendido el delito y han reaccionado frente a él. Cada sociedad tiene sus delitos y sus penas, tiene su propio Derecho penal, considerando delito unas conductas (ej, la homosexualidad es aún considerada delito en 79 países, castigándose con pena de muerte en 7), dejando de considerar como tal otras (ej., adulterio) o introduciendo otras nuevas (ej., la manipulación genética). Para intentar comprenderlo, es necesario tener en cuenta las concepciones filosóficas imperantes en cada época, además de las estructuras sociales y económicas vigentes. Porque el Derecho penal, como vimos, no es una realidad ahistórica, sino que depende de los cambios políticos, sociales, económicos y culturales. Y por supuesto también de la ideología, tanto de quien legisla como de quien pretende construir las respuestas.

Ciertamente, el delito ha existido siempre, si bien en sus primeras manifestaciones la concepción del mismo no se corresponde con una concepción científica, racional, pues muchos hechos se explicaban de forma sobrenatural, animista o fatalista. Lo que sí se conocen son las formas primitivas de reacción frente a él: la *venganza privada* (la justicia se llevaba a cabo por la propia víctima o sus familiares), el *sistema talional* (ojo por ojo y diente por diente) y el *sistema compositivo* (el autor debía compensar la ofensa en especie o dinero).

Con la implantación de la religión judeo-cristiana se equipara delito a pecado y el proceso penal se encamina a la obtención de la confesión del reo con la imposición de una pena, entendida como la expiación religiosa necesaria para redimir al delincuente de sus culpas. En este contexto, la tortura y la Inquisición estaban asociadas a lo que hoy denominaríamos *Derecho penal de la monarquía absoluta*. Un Derecho penal en el que el Monarca absoluto, como representante de Dios en la tierra, poseía facultades casi ilimitadas a la hora de castigar a sus súbditos, predominando la responsabilidad objetiva (castigo de la infracción con independencia de la intencionalidad) y el castigo colectivo (condena de toda la familia o grupo). En cualquier caso, los delitos y las penas estaban descritos de forma tan imprecisa que podían ser interpretados por analogía, lo que constituía un arma represiva perfecta para forzar a la obediencia de la ley mediante la intimidación.

II. DERECHO PENAL Y ESTADO LIBERAL DE DERECHO: LA ESCUELA CLÁSICA

Precisamente buscando limitar este poder desmedido, con la Revolución Francesa y el pensamiento filosófico de la Ilustración (en que se sustenta el Liberalismo) se va delineando una corriente de pensamiento destinada a acabar con todos los excesos del Antiguo Régimen. En ella el hombre abandona su condición de súbdito para adquirir la de ciudadano: es el *Estado liberal de Derecho*. Modelo de Estado vinculado al principio de legalidad —la soberanía reside en el pueblo y se expresa a través de las leyes que obligan tanto a los individuos como al Estado—, a la división de poderes y a la creencia de la libertad e igualdad entre todos los ciudadanos.

En esta concepción liberal de Estado, el delito deja de ser necesariamente un pecado y pasa a tutelar los derechos individuales e inalienables de los ciudadanos, por lo que el poder punitivo estatal debe limitar sus potestades bajo el prisma de la legalidad y respetar esos espacios de libertad individuales. Un inicial pensamiento garantista sustentado en la ideología contractualista de ROSSEAU, que servirá de base para legitimar el monopolio del Estado a la hora de determinar cuáles son los delitos y cuáles las correspondientes penas, sustrayendo tal potestad al anterior Monarca Absoluto. Este autor, en su obra “El contrato social” de 1762, fundamenta que no es sino el pacto social que todos realizamos, para convivir pacíficamente en sociedad, la base de la voluntad general que sustenta la soberanía del pueblo, instaurando con ello el modelo de soberanía popular de legitimación del poder. Una concepción de la sociedad como comunidad política en la que todos actúen como iguales y

donde la participación de los sujetos es directa. En definitiva, el origen de la soberanía pasa de la divinidad a la nación, al Estado. Un Estado a su vez articulado en los tres poderes propuestos por MONTESQUIEU: legislativo, ejecutivo y judicial.

Sobre estos principios iluministas se construyen los primeros códigos penales europeos del Siglo XIX, caracterizados por una humanización general del sistema punitivo y la plasmación de una serie de garantías firmes frente al poder del Estado. De hecho, ya en el CP francés de 1791 quedaron plenamente plasmados los principios revolucionarios de *libertad* (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), *igualdad* (tipicidad) y *fraternidad* (dulcificación y benignidad de las penas). Esto es, la Revolución francesa asegura definitivamente este movimiento en pro de la abolición del tormento y los suplicios y todas las legislaciones contemporáneas, a excepción de los Estados autoritarios, consagraron los principios liberales del Derecho penal, siendo el clasicismo el que más enérgicamente los protegió.

El verdadero artífice de todo ello y fundador de la moderna ciencia del Derecho penal es BECCARÍA. Este ilustre representante de la Escuela Clásica, a través de su libro “De los delitos y de las penas” de 1764, asienta muchas de las ideas claves de la política criminal moderna: respeto de las garantías penales y procesales como límites a los fines preventivos de la pena; la proporcionalidad de la pena como criterio de justicia (necesidad); la afirmación de la subsidiariedad de la respuesta penal; la interrelación entre estructura social y delito; y la prontitud y certeza en la imposición de la sanción penal como factores de la eficacia de la prevención. Al respecto de esto último, con razón recordaba MONTESQUIEU “si se examina la causa de toda relajación se verá que procede de la impunidad de los delitos y no de la moderación de las penas”. Esta línea de la prevención general fue desarrollada más tarde, y como veremos, por autores como FEUERBACH.

La otra línea para limitar los excesos punitivos desde la Escuela Clásica, sustentada por algunos de sus miembros, es la formulación de las teorías absolutas, que buscan castigar el mal del delito con el mal de la pena y sin buscar fines ajenos a la mera retribución. Esto es, partiendo de la creencia en la libertad y dignidad del hombre, se concibe la pena como un mal jurídicamente impuesto al delincuente por su nocivo comportamiento antisocial, formulándose así el principio retributivo más conocido: el de la ley del talión “ojo por ojo y diente por diente”. Con él se buscaba tanto limitar la venganza como evitar la arbitrariedad y el abuso de poder, tan característicos de la época previa. En concreto, según la *retribución ética* de KANT, la respuesta penal nunca puede constituir

un medio para conseguir un bien, sino que la pena es un fin en sí mismo. Concebir lo contrario sería tratar al hombre como un instrumento puesto al servicio de determinados fines, menoscabando así su dignidad y acercándolo a la categoría de un animal. Esto es, a su juicio no se trata de obtener “utilidades” de la pena para el autor (o sus conciudadanos), sino que lo decisivo ha de ser la proporcionalidad con el anhelo de la pura y estricta justicia. Al respecto, su ejemplo de la isla es muy significativo: “si una sociedad decidiera disolverse, por mutuo acuerdo, también entonces debería ejecutarse antes al último asesino que se encontrase en prisión; de lo contrario, el pueblo sería cómplice en la vulneración pública de la justicia”. De su parte, según la *retribución jurídica* de HEGEL, la fundamentación de la pena es un proceso dialéctico: la “tesis” es que el delito supone la negación del Derecho y la “antítesis” supone que la pena es la negación del delito; luego la “síntesis” (negación de la negación) indica que la pena es la afirmación del Derecho. En definitiva, son notas comunes a las teorías absolutas: el que se ha de retribuir (compensar) con una pena el mal causado por el delito; con la pena en ningún caso deben perseguirse finalidades útiles de prevención del delito; y la pena siempre ha de ser ejecutada y, además, en su totalidad.

No son pocas, en cualquier caso, las críticas vertidas sobre las teorías absolutas de la pena. Para ROXIN, no es cierto que con la pena se suprima el mal causado con el delito, por muy justa que aquélla sea, sino que al final el mal de la pena se suma al mal del delito. Se objeta también la pretendida equivalencia de males (delito y pena), y aunque ésta fuese posible, un mínimo sentido de humanidad no lo permitiría actualmente. Es más, una estricta concepción retributiva de la pena puede llevar a que ésta siempre resulte exigible, aunque en el caso concreto no resulte necesaria para garantizar la paz social, e incluso cuando su imposición pueda acarrear efectos socialmente dañosos. Y ello por no hablar de que estas teorías no proporcionan a la ejecución penitenciaria ningún criterio que haga posible una vida futura sin delitos para el condenado. Es más, y de acuerdo con MIR PUIG, no es propio del Estado moderno aspirar a la realización de la justicia absoluta sobre la tierra, cuando necesariamente debe diferenciarse entre Moral, Religión y Derecho y donde las sentencias ya no se dictan en nombre de Dios sino del pueblo. Finalmente, BUSTOS RAMÍREZ nos recuerda que las teorías absolutas pretenden legitimar la pena sobre la base de una justicia basada en un libre albedrío (libertad e igualdad natural de todos los hombres) que sigue siendo indemostrable. La igualdad y libertad naturales de todos los hombres es una mera metáfora, no tiene base alguna en la realidad.

Sea como fuere, y si bien son muchas las críticas dirigidas a la Escuela Clásica, especialmente su alejamiento de la ley y la realidad, nadie le

puede negar el mérito de haber sentado las bases del posterior desarrollo de la Dogmática penal.

III. LA EVOLUCIÓN HACIA EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA ESCUELA POSITIVA

1. EL TRÁNSITO HACIA EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y SURGIMIENTO DEL POSITIVISMO

Los movimientos sociales de finales del siglo XIX, unidos al desarrollo del pensamiento comunista de MARX y ENGELS, impusieron un cambio en el sistema económico liberal obligando al Estado a transitar del modelo liberal al modelo social —con la excepción de los Estados totalitarios—, lo que le obligaba a intervenir para regular las desigualdades sociales producidas por el mercado libre. Porque la principal carencia del Estado liberal es que su principio de igualdad ante la ley es meramente formal, pues una vez que la burguesía acabó con los privilegios de la nobleza no se molestó en aplicar el principio revolucionario de la igualdad entre ella y las clases populares, mediante la aplicación de políticas intervencionistas. La ideología que permitía tal intervención era la defensa de lo social, sustentada en las conocimientos aportados por las ciencias naturales, consideradas portadoras de soluciones para todos los problemas del hombre. Esto es, el Estado social va a exigir al Estado una participación activa en la economía y en la vida social.

De su parte, en el plano jurídico se fueron positivizando las garantías penales, institucionalizándose y consolidando el Estado social de Derecho, con la incorporación a la ley de todos los derechos burgueses. Tras ello llega el Positivismo jurídico, y una consideración de la norma como un ente abstracto al que sólo cabe interpretarlo. Un positivismo que en el caso del Derecho penal toma dos direcciones distintas, según el enfoque que se otorgue al delito: bien como hecho empírico en Italia (Positivismo criminológico), o bien como norma positiva en Alemania (Positivismo jurídico).

2. EL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO Y EL SURGIMIENTO DEL “PELIGROSISMO”

El auge de las ciencias naturales lleva a un cambio de orientación también del Derecho penal. LOMBROSO, como creador de la Antropología criminal; FERRI, que le dio a la Escuela positiva la tendencia sociológica; y GARÓFALO, con su delito natural, hicieron que la Escuela Positiva fuera una auténtica conmoción, pues nunca el delito y el delincuente

habían sido estudiados más que como entes jurídicos o realidades abstractas. Ahora el delito se percibe como un complejo problema social que va más allá de lo que al respecto dice la norma, estando el Estado obligado a resolverlo, bien actuando sobre el propio delincuente o bien sobre las causas externas que le llevaron a delinquir.

Pese a que dentro del Positivismo criminológico hubo tres tendencias claras: antropológica —factor endógeno o anormalidad biológica—, sociológica —factores exógenos o anormalidad social— y biológico criminal —esta última como ciencia de síntesis, provocando el nacimiento de la ciencia de la Criminología—, los principios fundamentales del Positivismo son claramente opuestos a los de la Escuela clásica: se rechazan las teorías absolutas y se defienden las teorías relativas de la pena. En un intento de superar el Estado liberal no intervencionista, se exigen políticas activas sobre las causas del delito y una actuación directa sobre el delincuente mirando hacia el futuro y en función de su peligrosidad. La pena, por tanto, sólo se entiende como medio para alcanzar la prevención de futuros delitos, por lo que ya no se fundamenta en la gravedad del delito cometido (Ley del talión), por negarse la libertad como base de la responsabilidad penal (libre albedrío), sino en la “peligrosidad del delincuente”. Es el surgimiento del “peligrosismo”, que conllevó la instauración de la doble vía en el sistema penal (penas y medidas de seguridad) señalando como fin de la pena la *prevención especial*. Ahora bien, al fundar la responsabilidad penal solamente en el hecho de vivir en sociedad y en la peligrosidad futura para el sistema, también prescinde de las garantías en su búsqueda de eficacia, ofreciendo un arma muy utilizada por los totalitarismos. Porque, tal y como veremos un poco más adelante, un Derecho penal asentado sobre la inocuidad o el trato degradante del ciudadano que ha delinquido, tomando como referencia la eliminación del “peligroso” es un instrumento muy querido por las dictaduras (BERDUGO).

3. EL POSITIVISMO CRÍTICO DEL CORRECCIONALISMO ESPAÑOL Y LA TERZA SCUOLA

Con el peligrosismo estaba sin duda el camino preparado para que adquirieran relevancia las ideas de por LISZT y su corrección civil —no moral— de los susceptibles de enmienda. Al mismo tiempo, supuso el impulso del desarrollo del correccionalismo penal en España. GINER DE LOS RÍOS tradujo a ROEDER, creador de la escuela correccionalista del Derecho penal, y creó la doctrina de la “tutela penal” de la que después partiría DORADO MONTERO. Direcciones todas ellas del positivismo crítico, como reacción contra los extremismos del Positivismo ortodoxo que subordinaba totalmente lo jurídico a la esfera de lo bioló-

gico y de lo social. Un positivismo crítico en el que pueden diferenciarse tres tendencias: el correccionalismo español, la *Terza Scuola* italiana y la dirección político criminal alemana.

A) *El correccionalismo español*

Las teorías que buscaban evitar que el sujeto que había delinquido volviera a hacerlo, tuvieron su propia “versión” en España a través del correccionalismo, cuyos principales rasgos cabría resumir en: a) el Derecho no se origina en el Poder sino en la necesidad, por lo que corresponde al Estado ayudar a los delincuentes al ser los más necesitados de auxilio ante su incapacidad de llevar a cabo una vida jurídica libre; b) el delito es consecuencia de la voluntad enferma del delincuente; c) éste como miembro de la sociedad es acreedor de la tutela del Estado por ser incapaz por sí mismo de llevar un vida jurídica libre; y d) la pena debe perseguir la corrección o enmienda moral del infractor intentando su transformación interna. Una corrección que requiere de penas privativas de libertad, absolutamente individualizadas e indeterminadas, y sólo excepcionalmente penas de multa.

Sobre estas bases generales del movimiento correccionalista, DORADO MONTERO edificó su famoso “Derecho protector de los criminales” como una pura pedagogía correccional, desprovista por completo de cualquier sentido represivo y doloroso. Esto es, la justicia penal abandonaría su función retributiva para cumplir una función de tutela o patronato, orientada a modificar la voluntad criminal, con base en el estudio psicológico de las causas de la criminalidad en el caso concreto. Una línea en la que también trabajaron autores como SILVELA y CONCEPCIÓN ARENAL, quienes de igual modo partían de la necesidad de corregir las causas que están detrás de la delincuencia, dando lugar con ello al nacimiento del Derecho penitenciario, pero también a la justificación de penas inocuizadoras (pena de muerte o internamiento indeterminado) según el grado de corrección a infligir al concreto sujeto. Una evidente ausencia de garantías que se convirtió en el talón de Aquiles de esta corriente. De hecho, y como nos recuerda ZÚÑIGA, “la realidad de la utilización de los pensamientos positivistas por los gobiernos totalitarios, con campos de concentración, exterminios y persecución de grupos étnicos o sociales en el siglo XX, confirman que la utilización radical del pensamiento positivista, creyendo en la existencia de «sujetos delincuentes» distintos de los «sujetos normales», es una herramienta de trabajo que lleva a negar los derechos y libertades de dichos sujetos, llegando a ser utilizados como «conejiillos de indias» para la experimentación del hombre en aras de la «cientificidad». Esto es, lleva a la negación del hombre por el hombre”.

B) *La Terza Scuola*

En un intento por calmar la lucha de escuelas, CARNEVALE adopta una posición intermedia entre el clasicismo y el positivismo, en la que mantiene la personalidad del Derecho penal, debiendo hablarse de causalidad y no de fatalidad del delito. En base a ello, y en consecuencia, estima inadmisibles la categoría de “delincuente nato”, debiendo aceptarse la reforma social como primer deber del Estado en la lucha contra la delincuencia. De su parte ALIMENA, si bien rechaza la Escuela clásica, el libre albedrío y los análisis abstractos del delito, también encuentra insuficiente al positivismo por no compartir su teoría de la anormalidad morbosa del delito, la del tipo delincuente y la fusión del Derecho con la Sociología criminal.

Esto es, la *Terza Scuola* acepta el principio de defensa social, pero no en su sentido naturalista ni meramente utilitario, y basa en ella el Derecho penal que tiene como medida la Justicia y como límite el mínimo de sufrimiento individual dentro del máximo de la defensa social. La visión del delito como fenómeno individual y social, así como la negación del libre albedrío aproxima a estos autores a la Escuela Positivista, en cambio la distinción entre imputables e inimputables les emparenta con la Escuela Clásica. En definitiva, un intento de aproximación en un momento de polémica lucha entre la Escuela clásica y la Positiva, en el que también surgieron posiciones reafirmantes de la primera, pudiendo hablarse de *neoclasicismo* o de *direcciones neokantianas*. Una concepción neokantiana que, con la correspondiente evolución, perdura hasta hoy, representando el más trabajado grado de elaboración de la Dogmática en la teoría del delito y el punto más alto de influencia de la ciencia penal alemana (BLANCO).

4. EL POSITIVISMO JURÍDICO

A) *El delito como infracción de la ley: el positivismo normativista de BINDING*

En Alemania la concepción del delito se centraba en el derecho positivo. Allí el desarrollo del Derecho penal ha estado siempre fuertemente vinculado a la Filosofía (los grandes penalistas alemanes han sido ante todo filósofos), lo que deriva en una comprensión del delito centrada en la Dogmática penal y con gran repercusión hasta nuestros días. El destinatario deja de ser el legislador para ser el juez, pues la prioridad pasa a ser la aplicación de las leyes y no tanto su elaboración. En este contexto, la fundamentación iluminista de la pena como coacción psicológica la dio FEUERBACH: “sólo quien conoce la ley puede prevenirse de ella”, lo que conllevó el traslado del mensaje intimidatorio, inherente a

la prevención general, del momento ejecutivo (ejecuciones muy dolorosas y largas) al momento legislativo (fue el autor del primer código penal liberal alemán: el CP Bávaro de 1813). En todo caso, frente al positivismo normativista de BINDING, quien bajo una supuesta neutralidad se limita el estudio de la ley, sin abordar los porqués, fines y logros de la misma, y defendiendo una teoría de la pena asentada sobre la retribución, con el positivismo naturalista de VON LISZT se asientan los primeros pilares de la Política Criminal.

B) Von LISZT y su dirección político criminal: la corrección civil como fin de la pena

A través de su “Programa de Marburgo” de 1882, LISZT advertía que no bastaba con el mero análisis de la norma, sino que para comprender el delito también era necesario observar la realidad social que hay detrás del mismo. A su juicio, el jurista no debe limitarse al estudio de unas leyes situadas en un mundo ahistórico, pretendidamente neutro y aislado de la realidad que pretenden regular. Con este punto de partida, la también conocida como “Escuela de Marburgo”, asentándose en las exigencias de la evolución del Estado liberal hacia posiciones más intervencionistas, defiende un dualismo de métodos jurídicos y experimentales, al concebir el delito tanto como una entidad jurídica que como un fenómeno natural. Como una realidad compleja para cuyo conocimiento ciertamente es necesaria la Dogmática penal, pero también la Criminología y la Política Criminal.

En este sentido, Von LISZT, vinculado con el ideal iluminista de establecer límites a la intervención penal del Estado, concibió el Derecho penal fundamentalmente como un conjunto de principios que garantizan una esfera de libertad del ciudadano frente a la *ius puniendi* estatal. De su parte, la política criminal se consideraba como un conjunto de estrategias del Estado ideadas para hacer frente a la criminalidad. Esto es, y en dos frases célebres de este autor alemán: “el Derecho penal es la Carta Magna del delincuente” y “el Derecho penal constituye la barrera infranqueable de toda política criminal”. En definitiva, se habla por primera vez de una *Ciencia integradora del Derecho penal*, donde el Derecho penal se encontraba guiado por el reconocimiento de una serie de principios (legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, etc.), que constituían un catálogo de derechos del sospechoso, acusado o reo de algún delito, con lo que también se convertía en barrera infranqueable de la política criminal.

El Derecho penal y la Política Criminal se concebían, por tanto, como dos parcelas del conocimiento humano, autónomas y complementarias, en relación con el fenómeno criminal. El Derecho penal como disciplina

encargada de interpretar y sistematizar los preceptos penales y los conceptos y principios derivados. Y la Política Criminal como conjunto de técnicas y estrategias elaboradas y destinadas por los poderes públicos a hacer frente al delito. Para ello, la Política Criminal deberá utilizar todos los medios a su alcance, pero con el límite de las garantías del ciudadano establecidas por el Derecho penal. De esta forma, la Dogmática se presenta como barrera infranqueable frente a la tendencia al abuso del poder del Estado.

Ahora bien, la Escuela de Marburgo no sólo cambia radicalmente los frentes del discurso teórico, sino también los presupuestos y los criterios para el contenido y la extensión de la pena, en coherencia con un Estado intervencionista. A su juicio, el único fin de la pena debe ser la protección de bienes jurídicos; esto es, la única pena correcta es la necesaria para prevenir la comisión de futuros delitos. Se acaba, por tanto, con el predominio de la teoría absoluta, pues la única pretensión ahora es la de desalentar al autor en la comisión de futuros delitos a través de la prevención especial y sus programas de mejora: corrección de los delincuentes susceptibles y necesitados de mejora (prevención especial positiva o resocializadora), abstención para los no necesitados de mejora e inocuización para los incorregibles (prevención especial negativa o inocuizadora). La propuesta político criminal de Von LISZT quedaría por tanto sintetizada en “inocuización de los incorregibles y corrección de los necesitados de corrección. Todo lo demás está de sobra”. O lo que es lo mismo, la idea antiliberal del delito como patología y de la pena como tratamiento se convertirían en los pilares de estas teorías preventivo especiales. Una tendencia con importante repercusión en los procesos de reforma de la legislación penal de finales del XIX.

5. LA DIRECCIÓN POLÍTICO CRIMINAL ESPAÑOLA

En lo que a nuestro país se refiere, a partir de los 70 irrumpen en nuestra ciencia penal una generación de juristas fuertemente influenciados por la moderna dogmática alemana. Esta generación de penalistas, formados en estancias de investigación en las diferentes universidades alemanas bajo la dirección de los más reconocidos autores, que ha venido adoptando el finalismo de la mano de WELZEL y MAURACH, la dirección político criminal de JESCHECK, la teleológica de ROXIN y en la actualidad la orientación funcionalista y sistémica de JAKOBS. Influencias todas ellas que se denotan, tanto en la redacción de nuestro Código penal como en la jurisprudencia y, sobre todo, en la bibliografía científica.

En lo que a la dirección político criminal en concreto se refiere, la ciencia penal española se ha visto muy influenciada por la dirección socioló-

gica o político criminal de Von LISZT, a través de autores como QUINTILIANO SALDAÑA, CUELLO CALÓN o JIMÉNEZ DE ASÚA, y posteriormente por los discípulos de éstos. Sea como fuere, no es fácil hablar de dirección político criminal en España, porque de ser así habría que incluir a todos los penalistas que compartimos las inquietudes de reforma del Derecho penal, su crítica y el convencimiento de su necesaria adecuación a la realidad social.

En todo caso, como retos o desafíos a afrontar de cara al futuro de las investigaciones en la materia, cabría citar, entre otros: la enorme avalancha de publicaciones y profesorado; el difícil perfeccionamiento de la dogmática del delito y su excesiva complejidad; la desmembración en particularismos; el escaso tratamiento que se presta a unas materias y el excesivo y reiterativo que se otorga a otras ya consolidadas; el aún gran distanciamiento entre la teoría y la práctica; la formulación de teorías argumentadas sin bases sólidas o aceptables; la disolución de la Dogmática en la política criminal, con la mezcla de argumentos de *lege data* con argumentos de *lege ferenda*; el debilitamiento de los modelos de imputación; y la forma y el modo de la discusión científica (BLANCO).

IV. EL AUTORITARISMO POLÍTICO CRIMINAL

Antes de seguir analizando la evolución de la Política Criminal y sus contornos actuales (Capítulo 3), es ineludible hacer referencia al “parón” y retroceso que en este sentido supusieron los totalitarismos instalados en Europa a principios del siglo XX, perdurando algunos hasta bien avanzado el siglo (la muerte de Franco en nuestro país se produjo en 1975). Esto es, mientras el movimiento reformista continuaba su evolución en los Estados Unidos, bajo un signo político liberal, Europa sufrió una gran involución política, y por tanto también político criminal, a causa del autoritarismo. El primer ataque contra los principios liberales vino de la mano del positivismo naturalista, que contribuyó a quebrantar y demoler las garantías de la Escuela Clásica, posteriormente los avatares serían claramente políticos.

En el periodo entre las dos guerras, y en gran medida a causa del marco económico postbélico, en Alemania e Italia se establecen regímenes totalitarios, que al igual que en el caso soviético, y desde planteamientos opuestos, pretenden ser antítesis del Estado liberal: mientras el Estado de Derecho gira en torno a los hombres y sus derechos, propugnando una sociedad personalista; el Estado totalitario subordina el hombre a la sociedad, esto es, sólo tiene sentido en cuanto miembro de la misma (Capítulo 1).

1. AUTORITARISMO SOVIÉTICO Y POLÍTICA CRIMINAL

Instalado el bolchevismo y abolidas las leyes del zarismo, las comisiones encargadas de impedir la contrarrevolución y el sabotaje comenzaron a juzgar conforme a la conciencia revolucionaria, iniciándose una particular política criminal. Su institución más típica es la analogía, o lo que es lo mismo, la facultad otorgada al juez para incriminar las acciones que no están definidas ni penadas en la ley siempre que se halle definida y penada una figura delictiva similar. Se desprecia y quebranta, por tanto, el principio de legalidad (principio liberal de libertad). De igual modo, se ataca la tipicidad en que se encarna el principio revolucionario de igualdad, pues el Código penal ruso declara que no basta para ser incriminable que un delito esté definido en la ley, puesto que ha de existir peligrosidad del autor (sólo los no camaradas se consideraban peligrosos). Finalmente, también se desprecia el principio de fraternidad (humanidad de las penas) al aplicar en gran escala la pena de muerte, sin olvidar los internamientos en los temibles *gulags* (campos de trabajo y de castigo).

2. LA POLÍTICA CRIMINAL DEL FASCISMO ITALIANO

En Italia no se llegó a la total destrucción de los principios del Derecho penal liberal como sí ocurrió en Alemania y la Unión Soviética. No se suprimió del Código penal la máxima *del nullum crimen nulla poena sine lege*, pero aún así podemos hablar de un Derecho penal fascista antiliberal con la existencia de delincuencia política y delitos estatales. Cuando Mussolini se alió con Hitler, se copiaron muchas disposiciones del nacionalsocialismo, imprimiéndose un fuerte carácter racista y antisemita al Código penal. El Derecho penal no es considerado sino como fuerza eminentemente política para la defensa del orden, lo que no impide, sino que más bien impulsa, la posible existencia de sujetos inimputables, y por tanto no reeducables o incorregibles, para los cuales se emplearían soluciones exclusivamente inoportunas. En este contexto, son rasgos sobresalientes de la legislación fascista italiana: la reintroducción de la pena de muerte, la eliminación de las atenuantes genéricas, la elevación general de los mínimos de las penas, la proliferación de casos de concurso de delitos y la posible aplicación retroactiva de la persecución penal.

3. LA POLÍTICA CRIMINAL DEL FRANQUISMO ESPAÑOL

La difícil trayectoria histórica española culmina con un golpe de Estado militar que genera en 1936 una guerra civil que duró tres años. Aunque no existen apenas datos sobre qué ocurrió en el sistema penal y en las cárceles españolas durante la misma, sí se puede recordar la milita-

rización de la justicia civil y los juicios sumarísimos —pudiendo actuar como jueces, secretarios y defensores todos los Jefes y Oficiales del Ejército— y donde no era necesario que el reo fuera sorprendido *in fraganti*, ni que la pena a imponer fuera la de muerte o perpetua. En los primeros momentos del alzamiento militar también se produjeron fusilamientos incontrolados y espontáneos (sin expedientes previos), casi siempre en las inmediaciones de las cárceles. Unas cárceles en las que los directores habían sido sustituidos (y detenidos por considerarse sospechosos) por Capitanes del Ejército, pasando así a depender muchas prisiones de la jurisdicción militar, confiándose la vigilancia exterior también al ejército y a las milicias. A partir de ahí, el régimen y la disciplina irán adoptando un marcado tono militar y las cárceles se caracterizan por el hacinamiento, los trabajos forzados, la disciplina estrictamente militar y la necesidad de habilitar castillos, monasterios y otros viejos establecimientos obviamente no preparados para actuar como prisiones. A ello, por supuesto, hay que añadirle la miseria económica y el trato terrible hacia los presos políticos y prisioneros de guerra. Condiciones inhumanas que impulsaron la aprobación, por Orden del Ministerio de Justicia de 7 de octubre de 1938, de la figura de la “redención de penas por el trabajo”, cuyo objetivo no era sino el de vaciar en gran medida las cárceles sin tener que promulgar una amnistía (BUENO ARÚS).

Sea como fuere, con la victoria militar franquista comenzó una labor legislativa que buscaba dar marco a la nueva forma de Estado. Los docentes fueron obligados a adaptar sus enseñanzas al dogma, a la moral y al derecho canónico; los que se negaron fueron castigados o tuvieron que recurrir al exilio. Se aprobaron leyes contra la francmasonería y el comunismo, y se castigaban con pena de muerte los delitos de traición definidos por el Código penal. El 23 de diciembre de 1944 se sanciona el nuevo CP, que mantuvo la pena de muerte y la complicada escala de penas privativas de libertad del CP de 1848 (que determina la gravedad de la pena según la gravedad del hecho cometido valorada desde la perspectiva del legislador). Con las posteriores modificaciones del CP de los años 1963, 1967, 1971 y 1974 se fue endureciendo progresivamente la política criminal del Estado franquista (pluralidad de leyes y jurisdicciones especiales, uso de sanciones administrativas que materialmente eran verdaderas penas, y legitimación en el Derecho natural de su carácter nacional-catolicista), cuyo culmen se encuentra en la *Ley de Peligrosidad y rehabilitación social de 1970* que, por su propia naturaleza y finalidades, acentuaría aún más la vulneración de las garantías procesal-penales de los individuos.

4. LA POLÍTICA CRIMINAL DEL NACIONALSOCIALISMO ALEMÁN

En el III Reich la polémica fue predominantemente doctrinal y la actividad legislativa no llegó a reformar completamente el Código penal. Ahora bien, como nueva dirección político criminal nazi, la libertad consagrada en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* (principio de legalidad) es demolida por la Ley de 1935, al consagrarse como fuente del Derecho penal no sólo la analogía, sino también “el sano sentimiento del pueblo”. De su parte, la igualdad —encarnada, como veíamos, en la tipicidad— desaparece con la pretendida “captación de la voluntad criminal”, de modo que, y por ejemplo, se castigan de igual manera la autoría que la complicidad o se persiguen los actos preparatorios como tentativa. En lo que a la fraternidad respecta —humanidad de las penas—, ésta desaparece, pues de entrada se niega la categoría de semejantes a todos los no nacionalsocialistas. En este sentido, se introduce la pena de muerte (Ley de 4 de abril de 1933) y otras medidas quirúrgico-represivas-eliminativas, ejecutadas con fines selectivos y de eliminación de la disidencia política (Derecho penal de autor). Sírvanos como ejemplo al respecto, por un lado, *el proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de “extraños a la comunidad”*, que imponía medidas policiales, remisión a centros asistenciales comarcales o internamientos en campos de concentración, reclusión por tiempo indeterminado o pena de muerte a “los extraños a la Comunidad”, pudiendo ser definidos como tales, desde quienes, por su personalidad o forma de conducción de vida, fueran “incapaces de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínima de la comunidad del pueblo”, hasta quienes “rechacen el trabajo y lleven una vida inútil” o tengan “inclinación al vagabundaje o mendicidad”. Y, por otro lado, *el Programa de Esterilización de los “asociales” en el nacionalsocialismo*, y cuyo punto de partida es la Ley de Prevención de Descendencia Patológica hereditaria (14 julio de 1933) que posibilitaba la esterilización de personas que padecieran una enfermedad hereditaria (considerada una “herencia indeseable para la comunidad del pueblo”) considerando tales: el retraso mental congénito, la esquizofrenia, la locura maniáco-depresiva, la epilepsia grave, el alcoholismo grave, etc.

En definitiva, las bases del Derecho penal nacionalsocialista se hallan en dos importantes conceptos: la eliminación y liquidación de los “elementos de la población perjudiciales al pueblo o a la raza” como nuevo fin a tener la pena (positivismo criminológico); y la traición y el quebrantamiento del deber de fidelidad del individuo para con la comunidad del pueblo alemán, como fundamento y esencia del concepto material del delito (Derecho penal del enemigo). Cuestiones que estaban en la base de la discusión entre “causalistas” y “finalistas”. Una discusión dogmática, y por ello aparentemente neutra —limitada a mero debate científico y alejada de cuestiones político criminales—, que puede, sin

embargo, tener un origen ideológico en estos momentos de la historia ¿Por qué sino ese repentino interés por discutir los elementos de la estructura del delito a partir de la década de los años 50? ¿Se trató de una polémica propia de la dogmática jurídico-penal o fue una discusión político criminal? ¿Por qué ese paréntesis dogmático?

Para MUÑOZ CONDE se trató de una excusa “para soslayar o no tener que hablar” de las barbaridades perpetradas por el Derecho penal nacionalsocialista y así desvincularse de las directrices político criminales de aquella época. Esto es, era siempre mejor intentar regresar a una dogmática jurídico-penal abstracta —que busca fuentes de legitimación externos al Derecho positivo, como la Ética o el Derecho Natural—, muy confusa en ocasiones y realmente apartada de las necesidades cotidianas de la gente; algo que le imprimía carácter de apolítico, neutro, científico y reservado sólo a los especialistas que los tiempos del olvido reclamaban. Esto es, la polémica entre causalistas y finalistas cumplió un rol ideológico en dos direcciones: echar un manto de olvido sobre el horror del papel que cumplió la ciencia penal en el pasado nazi, y edificar un pretendido derecho apolítico, neutro y científico, en cuyo seno no tengan cabida debates —y verdaderos cuestionamientos— de índole político criminal. Esta posición es la que sin duda ganó la batalla, al menos la de la enseñanza de la disciplina en las universidades europeas y latinoamericanas. Ello hasta el emerger de Claus ROXIN, quien recuperaría la presencia de la Política Criminal en un sentido nuevamente integrador con la dogmática jurídica, y en un intento de construir un modelo penal propio de un Estado no sólo de Derecho, sino también social (Capítulo 3).

Sea como fuere, antes de abordar estos nuevos planteamientos, no debemos dejar de hacer una mención, aunque sea mínima, al movimiento abolicionista.

V. EL ABOLICIONISMO: MÉRITOS Y CRÍTICAS

El abolicionismo es la corriente crítica y práctica que, dada principalmente en Europa occidental, efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal planteando su reemplazo. Los seguidores de esta doctrina buscan la abolición del Derecho penal, junto con las instituciones que le son inherentes —jueces, tribunales, cárceles, etc.—, por considerarlo ilegítimo. Bien porque no admiten moralmente ninguno de los fines que se le atribuyen y que justificarían los sufrimientos que sin duda ocasiona; o bien porque consideran más ventajosa su sustitución por medios o instrumentos de control informal (justicia privada).

En todo caso, lo consideran ilegítimo por estimar que roba el conflicto a su legítima propietaria: la víctima.

Este movimiento surge vinculado a la Criminología crítica, al centrar su análisis en el sistema penal como el principal responsable de la criminalidad, dejando de lado la explicación del fenómeno delictivo como realidad individual propia de la Criminología positivista. Se estima que el sistema penal crea al delincuente y por ello se hace necesaria su desaparición por ineficaz, selectivo y criminógeno, al ser el mismo el que fabrica los culpables. Sea como fuere, las propuestas abolicionistas son de lo más variado, y van, desde el radicalismo de MATHIESEN o MAX STIRNER, y su “individualismo anarquista” —dónde no sólo no se justifican las penas, sino tampoco las prohibiciones y los juicios penales—, hasta las más moderadas donde, a pesar de rechazar frontalmente la existencia del Derecho penal, sí admiten otras formas de control. Son doctrinas moralistas y solidarias que cuentan con autores como CHRISTIE, HULSMAN, GODWIN, BAKUNIN, KROPOTKIN, MOLINARI y MALATESTA. Propuestas todas ellas que, a pesar de la evidente fragilidad científica de alguno de sus argumentos, no por ello deben desecharse sin más, dada su evidente fuerza moral y política.

Para empezar, es de elogiar su esfuerzo en pro de la humanización del sistema penal, con la crítica de sus aspectos negativos. Esto es, para variar, se colocan de parte del que sufre el coste de las penas, y no del lado del poder punitivo, con lo que favorece la autonomía de la Criminología crítica. Además, al tiempo que deslegitiman el Derecho penal están arrojando la carga de la prueba a quienes sí justifican su existencia (sea cual sea la finalidad a perseguir con él). Es decir, están obligando al propio Ordenamiento penal a que ofrezca las réplicas correspondientes si desea legitimarse. Un golpe certero, puesto que se basa en la indemostrabilidad empírica de la utilidad preventiva de la pena, y en la instrumentalización del individuo al servicio de la sociedad. Esto es, se puede demostrar cuando el Derecho penal falla (niveles de delincuencia), pero difícilmente se puede demostrar cuando sí funciona (cuántas personas dejan de cometer delitos por miedo a las consecuencias penales).

Ahora bien, son muchas también las debilidades de que hacen gala las teorías abolicionistas y que, hoy por hoy, hacen imposible su aplicación. Para empezar, se trata de soluciones utópicas que pretenden sustituir el sistema penal por la solución privada de conflictos, lo que sin duda es incompatible con el actual grado de complejidad y desarrollo de las sociedades modernas. Un elenco de buenas intenciones que, en lugar de aportar soluciones efectivas, y contrariamente a lo que predicaban, pueden conllevar una injerencia más profunda e intolerable en la esfera individual. Porque de acuerdo con HASSEMER, “quien preten-

da abolir el Derecho penal lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú”. Esto es, se corre el peligro de que sea sustituido por cualquier otro sistema que sea incluso peor, entre otras cosas, por significar menos garantías al carecer de la formalización que hoy informa todo el Derecho penal.

Estas teorías evitan, en cualquier caso, todas las cuestiones más importantes de la justificación o deslegitimación del Derecho penal. Menosprecian cualquier enfoque garantista, rechazando tanto los modelos autoritarios como los liberales, pero sin predicar propuesta alguna que contribuya a solucionar los problemas de delimitación y control del poder punitivo. Si bien pueden llegar a aportar soluciones a problemas marginales, no entran sin embargo en el fondo de los problemas centrales. Finalmente, en lo que a su propuesta de desaparición de la cárcel se refiere, no es más que otra utopía. La existencia de la cárcel no se debe, desde luego, al convencimiento sobre su eficacia resocializadora (todos tenemos claro que no es así), sino a la ausencia de alternativas claras, debidas tanto a la falta de recursos económicos adecuados como, y sobre todo, de voluntad política.

BIBLIOGRAFÍA

- APPLEBAUM, A., *Gulag: A History*, 2003 — *Gulag. Historia de los campos de concentración soviéticos*, trad.: Magdalena Chocano, Penguin Random House, 2012; BUENO ARÚS, F., “Las prisiones desde la guerra civil hasta nuestros días: evolución, situación actual y reformas necesarias”, en *Historia 16K*, Extra VII (octubre), Madrid, 1978; BARATTA, A., “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”, en *Poder y Control, Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, nº 0, PPU, Barcelona, 1986; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012; BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Política criminal. Tomo I. Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*, Bosch editor, Barcelona, 2007; BUSTOS RAMIREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987; BULFERETTI, L., *Lombroso. La vita sociale Della nuova Italia*, Turín, 1975; CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología (represión del delito, tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas: su ejecución)*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1958; D’AMBROSIO, L., “¿De la incapacitación a la exclusión? Peligrosidad y Derecho penal en Italia”, en ARROYO, DELMAS-MARTY, DANET, ACALE (ed.), *Securitarismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*, ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2014; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995; FERRÉ OLIVÉ,

J.C., (Dir.), *El Derecho penal de la postguerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1995; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*, Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1976; JIMENEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, vol. I. Buenos Aires, 1965; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1982; MORRIS, N., *El futuro de las prisiones*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1978; MUÑOZ CONDE, F., *Edmung Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, 2ª Edic, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981; PORTILLA CONTRERAS, G., *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo. El Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Comares, Granada, 2009; RIVERA BEIRAS, I., (Coord.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas realidades punitivas*, 2º edic, Anthropos, Barcelona, 2011; ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)* PPU, Barcelona, 1992; ROXÍN, C., “Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo”, en *Problemas básicos de Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976; SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Colex, Madrid, 2000; VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho penal: Programa de la Universidad de Marburgo de 1882* (trad. de C. Pérez del Valle), Comares, Granada, 1995; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.

CAPÍTULO 3

LA POLÍTICA CRIMINAL ACTUAL: DEL WELFARISMO PENAL A LA POLÍTICA DE LA EXCLUSIÓN

“La Justicia es como las serpientes, sólo muerde a los que están descalzos”

EDUARDO GALEANO

I. EL ESTADO DE BIENESTAR Y SU POLÍTICA CRIMINAL

1. ORÍGENES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO (*WELFARE STATE*)

Tras la II Guerra Mundial se consolida el Estado social de Derecho. Un híbrido entre el pensamiento liberal y el pensamiento socialista, que supone una especie de “retoque” del Estado liberal de Derecho —caracterizado por la no intervención en la económica y ser garante de unos Derechos que sin embargo no propugna mediante acciones que ayuden a lograrlos—, al que se le añade el complemento “social”. Un nuevo parámetro social que obliga al Estado a asumir un carácter asistencial, a intervenir en los procesos económicos tratando de reducir en lo posible las disfunciones del capitalismo liberal. Y la vía utilizada para ello es la redistribución social, acumulando capital (vía impuestos) por un lado, y ejecutando prestaciones sociales (a cargo de esos impuestos) por el otro.

Los desastres bélicos sufridos, la terrible experiencia del Holocausto judío y la tarea de reconstrucción europea iniciada en 1945, marcaron el inicio de una nueva forma de Estado con un modelo constitucional heredero de la *Resistenza* italiana: el “constitucionalismo social”, que acogería la tradición propia del *welfare*, pero adaptada a la cultura jurídica

continental europea. Se inicia, por tanto, la recuperación “modernizada” del Estado de Bienestar, tomándose también conciencia de que el consenso de las masas, en el que también se habían fundado las dictaduras fascistas, no bastaba para garantizar la calidad de un sistema político. Esto es, se redescubre el significado y valor de la Constitución, como límite y vínculo de cualquier poder, incluso mayoritario, lo que obviamente tuvo enorme repercusión en las formas de legitimar la intervención jurídico-penal.

2. CRISIS DEL POSITIVISMO Y CONCEPCIÓN FUNCIONAL DEL DELITO

En este contexto, y como es lógico, el positivismo sufre su crisis más profunda. La actividad de los juristas está claramente condicionada por los crímenes contra la humanidad, cometidos durante la II Guerra Mundial, ante la pasividad, cuando no colaboración, de muchos de los encargados de estudiar o aplicar el Derecho penal. Esto es, se tomó profunda conciencia de que la sola vinculación a la Ley no era suficiente, pues ésta podía suponer un desconocimiento de la realidad que pretendía regular. Y qué mejor prueba al respecto que la propia existencia de los campos de concentración nazis y el aniquilamiento “legal” de millones de personas. Si a esto le añadimos que la ocupación norteamericana de Alemania supone cierta asimilación en Europa del sistema de la *Common Law* orientado al caso (al pensamiento problema), con el objetivo de encontrar una respuesta justa para casos concretos y no de elaborar una norma técnicamente perfecta, las consecuencias son evidentes: con la vuelta del jurista a la realidad, llega el declive del positivismo puro y la crisis del formalismo jurídico, obligando a indagar sobre la realidad que se pretende regular. Esto es, la intervención jurídica se orienta hacia fines sociales (funcionalismo), con lo que el Derecho penal no se considera sino uno de los tantos instrumentos de control social del Estado, obligado por ello a trabajar estrechamente con otras ciencias sociales (interdisciplinariedad).

Una nueva orientación del Derecho penal, que en ese espacio de tiempo de igual modo coexiste con las posturas abolicionistas y con nuevas corrientes de la Criminología, vinculadas a la nueva “criminalidad de cuello blanco”. Entre ellas, la Criminología crítica (con BARATTA, BRICOLA y PAVARINI), que apoyándose sobre todo en la teoría del *Labeling approach* (o teoría del etiquetamiento), amplía el objeto de estudio también al control social, pues considera como primera causa del delito la propia decisión del legislador penal de criminalizar dicha conducta (Capítulo 2). En definitiva, se revisan las relaciones entre la Dogmática y la Política Criminal, sobre todo una vez tomada conciencia de la falsa neutralidad de la primera (BERDUGO).

A) El funcionalismo moderado de ROXIN: la Política Criminal como límite del Derecho penal

ROXÍN, a principios de la década de los setenta del pasado siglo, en su conferencia “Política criminal y Sistema del Derecho penal”, dio un giro radical a la forma de concebir la Dogmática penal y la Política criminal. Para ello, criticó abiertamente la abstracción alcanzada por la Dogmática penal, al desarrollarse bajo exclusivos parámetros jurídicos y sin tener en cuenta ni la realidad social ni las necesidades político criminales de las instituciones penales. Con el objetivo de evitarlo, propuso construir el modelo teórico tomando siempre en consideración las consecuencias políticas criminales y las repercusiones en el ámbito de la realidad social en las que podría incidir. Se trata, por tanto, de una vuelta a Von LISZT y su ciencia integradora del Derecho penal, si bien buscando superar su dualismo metódico entre Dogmática y Política criminal, haciendo que la primera se enriquezca con las aportaciones de la segunda.

Concretamente, ROXIN considera que la interpretación y sistematización de los preceptos penales debería estar vinculada por los fundamentos político-criminales de la teoría de los fines de la pena. De esta forma, Dogmática penal y Política Criminal se encuentran íntimamente relacionadas, pues la segunda orientaría toda la elaboración y construcción teórica del Derecho penal, actuando así como límite interno de la Dogmática. Una Dogmática, de su parte, abierta a los problemas que debe resolver y para lo cual tiene necesariamente que recibir las valoraciones político criminales. Se impone, por tanto, el fin preventivo del Derecho penal (y de la pena): prevenir conductas que lesionan bienes jurídicos.

B) El funcionalismo radical de JAKOBS: la prevención general positiva como fin de la pena

De su parte, el modelo funcionalista defendido por JAKOBS —anunciado ya en su *Tratado* de 1983— concibe la sociedad como un organismo armónico, donde cada uno de nosotros desarrollamos una función específica que permite la coherencia del sistema y contribuye al desarrollo social, manteniendo así su estructura básica. De este modo, la finalidad de la pena (y por tanto del Derecho penal) no puede ser la de influir en el comportamiento de los ciudadanos (prevención general negativa o intimidatoria), sino la de evitar que surjan intereses contrarios a la estabilidad del sistema. Esto es, se rige por la eficacia (o capacidad de conseguir el objetivo), funcionalizando todos los conceptos del Derecho penal a la consecución de un único fin: la prevención general positiva, o lo que es lo mismo, la estabilización de la norma penal violada por el delito. En este contexto, el Derecho penal debe dirigir su actividad al establecimiento y protección de las condiciones necesarias para

que la coexistencia social sea posible; luego ya no tiene que limitarse a la protección de bienes jurídicos, sino a asegurar la estructura del sistema social garantizando así su funcionalidad. Para JAKOBS, en definitiva, el delito no se caracteriza por el daño social, sino por la infidelidad que supone al Derecho, por lo que sólo la pena está legitimada cuando confirma el mandato jurídico.

Se trata, por tanto, de un planteamiento donde la razón científica sustituye a la razón práctica, perdiendo así todo contenido garantista de límites a la intervención penal de las categorías del delito. Un neo-positivismo que otorga legitimidad a un Derecho penal que intenta proyectarse en el fuero interno de los ciudadanos, buscando la fidelidad acrítica a sus dictados. El Derecho penal de las garantías es, por tanto, sustituido por el Derecho penal del sistema. De su parte, la funcionalización del sistema penal hacia el fin de la prevención general positiva, supone una vuelta a los planteamientos retribucionistas (neo-retribucionismo), al auspiciar como fin último la fidelidad al Derecho como sanción “justa”. En concreto, se asemeja al planteamiento de HEGEL del delito como negación del Derecho y de la pena como negación del delito, reafirmando con ello el Derecho (ZÚÑIGA).

En conclusión, con esta funcionalización sistemática del Derecho penal, la Dogmática penal regresa a etapas que considerábamos superadas. A la vieja época naturalística (peligrosidad), con el evidente riesgo de manipulación política en perjuicio de las garantías del Estado de Derecho. Una manipulación política antigarantista materializada desde hace tiempo en muchos Ordenamientos penales —entre ellos por supuesto el nuestro (Capítulo 4)— a través de lo que conocemos como “Derecho penal del enemigo”.

3. LA COOPERACIÓN Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Sea como fuere, tras la II Guerra mundial Europa quedó devastada y tuvo que comenzar su reconstrucción, abriéndose el periodo conocido como “Guerra Fría”, con un mundo dividido en dos grandes polos en torno a las dos grandes potencias (Estados Unidos y el bloque comunista) y su distinto modelo de concebir y ordenar la sociedad, lo que por supuesto se refleja en sus respectivas políticas criminales (Estado de derecho vs totalitarismo). Un periodo que se cierra con la caída del Muro de Berlín en 1989 y la creación de corporaciones internacionales que eviten que la historia se repita, buscando la coordinación política y/o la creación de organismos de carácter regional en defensa de los derechos humanos.

A) *Cooperación internacional: la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.*

Como es de imaginar, la internacionalización de la protección de los derechos humanos se produce como efecto de las masivas violaciones de derechos y libertades fundamentales llevadas a cabo por el nazismo. En este contexto, las potencias aliadas se reunieron en la Conferencia de San Francisco en 1945 y elaboraron la Carta de las Naciones Unidas (firmada el 26 de junio de 1945) por la que se establece la *Organización de las Naciones Unidas* (ONU) para asegurar la paz internacional. Con esa finalidad, el 10 de Diciembre de 1948 se proclamó la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Documento inédito, que sin embargo tuvo diversos obstáculos en su efectividad. Para empezar, no era de cumplimiento obligatorio por los Estados y además no contaba con un sistema de protección internacional que garantizase su cumplimiento, ante la fuerte resistencia de los Estados a aceptar una forma de control supranacional de sus asuntos internos. Es más, el progresivo empeoramiento de las relaciones entre los antiguos aliados y la división del mundo en bloques, junto a las profundas desigualdades sociales, económicas y culturales, hacían realmente difícil su aplicación.

Sea como fuere, la Declaración supuso la plasmación de toda una serie de derechos fundamentales y de garantías que, posteriormente, y a través de distintos procesos, se han ido incorporando en textos los normativos nacionales e internacionales. Un extenso catálogo de derechos fundamentales de la persona, con unas garantías que tienden a su protección, pero con una limitación importante: el art. 29.2 contempla la posible restricción de los derechos fundamentales en aras a “satisfacer las justas exigencias del orden público”. Un precedente, desarrollado posteriormente en otras disposiciones y decisiones judiciales, que vendría a configurar la “devaluación” de toda una serie de derechos fundamentales para las personas. En cualquier caso, y pese a ello, lo cierto es que los principios de un nuevo orden planetario —en el terreno político, social, laboral y cultural— comenzaban a asentarse.

B) *Surgimiento de un Derecho internacional de los derechos humanos*

Buscando precisamente paliar las carencias y dificultades en la aplicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la ONU promulgó dos Pactos Internacionales el 19 de diciembre de 1966: el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966* (en vigor desde 1976 y parte de nuestro derecho interno desde 1977). Este último, desde una perspectiva penal, y entre otras cuestiones, reconoce el derecho a la vida (si bien admite la pena de muerte para casos graves) y a la libertad (salvo

por las causas legalmente establecidas); prohíbe las torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y también la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados; aboga por la legalidad en el cumplimiento de las penas privativas de libertad; y reconoce los principios de legalidad penal y de igualdad ante la ley .

C) *El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950*

El desarrollo “regional” de ese incipiente Derecho internacional de los derechos humanos en Europa —el art. 52.1 de la Carta de las Naciones Unidas así lo permitía con el fin de lograr los fines y principios en ella establecidos—, se llevó a cabo mediante el *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950).

La trágica experiencia vivida con los totalitarismos que llevaron a la guerra, junto a los devastadores efectos de ésta, motivaron que nuestro Continente también reconociera como elemento esencial de la reconstrucción la defensa de los derechos y libertades fundamentales. Además, no debemos olvidar que Europa había conocido las tradiciones liberales de la Ilustración. Una tradición liberal que, junto a los terribles recuerdos y la imperiosa necesidad de llevar a cabo una reconstrucción acelerada de la Región (con la ayuda de Estados Unidos), para poder participar en la economía de mercado, trazaron las pautas que darían inicio a la idea de la construcción de una “unidad europea”. En este contexto, surgió el Estatuto por el que se creó el Consejo de Europa en 1949 —primera vez que surgía en nuestro Continente una organización que agrupaba a los países democráticos— y años más tarde surgiría la Comunidad del Carbón y el Acero (1951), la Comunidad Europea de Energía Atómica y la Comunidad Económica Europea (1957). Una perspectiva, en todo caso, no de simple cooperación, como en las Naciones Unidas, sino de integración institucional.

El *Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (CEDH) fue firmado por quince democracias europeas el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 (España lo ratificó en 1979), limitándose a la tutela de aquellos derechos que encontraban menores dificultades para una eficaz protección internacional. La gran novedad, en cualquier caso, es que permitía que los particulares que se considerasen víctimas de una violación de los derechos reconocidos, quedaban legitimados para acudir a la Comisión que el documento establecía (no ante el Tribunal Europeo). En este sentido, son derechos fundamentales reconocidos en el CEDH, entre otros: el derecho a la vida (si bien permite la pena de muerte por ac-

tos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra), a la libertad, a ser informado de las causas de la detención o acusación, a ser juzgado en un plazo razonable, a recurrir, a la presunción de inocencia, etc.. De igual modo, se prohíben las torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes, los trabajos forzados u obligatorios y la discriminación ante la ley. Finalmente, también aquí, se posibilita la derogación y/o restricción de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el propio convenio.

En definitiva, el Derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el ámbito de las ONU como en el del Consejo de Europa, supone —al menos en el plano normativo— el asentamiento de un nuevo orden internacional que sin duda tiene grandes repercusiones en el Derecho penal de nuestro tiempo. Un Derecho penal cada vez más internacionalizado (Capítulo 5) y llamado a dar respuesta a unas sociedades con rasgos muy específicos.

II. RASGOS DE LA SOCIEDAD ACTUAL

Si cada sociedad produce su propia criminalidad, obviamente necesitamos conocer las características de la sociedad en que vivimos a efectos de plantear la política criminal más adecuada.

1. CRISIS DEL *WELFARE STATE* Y NEOLIBERALISMO

En los años 70 el Estado del Bienestar empieza a resquebrajarse, pues la base presupuestaria, que había sido uno de sus presupuestos fundamentales, se tambalea y el dinero no alcanza. Esto es, se comienza a manifestar el carácter dual y contradictorio del Estado capitalista: por un lado, está el interés privado en la acumulación de capital y, por otro, el interés público en la integración social luchando contra la desigualdad. Demandas contradictorias que ponen en entredicho la propia legitimidad del Estado de Bienestar y que genera crisis económicas, sociales y políticas: desempleo masivo, crisis fiscal, gasto público desorbitado para hacer frente a una descomunal burocracia y crisis de solidaridad. Situación que se agrava cuando la actividad privada pretende apropiarse de poder estatal para la defensa de sus propios intereses económicos, demostrando los límites del Estado social a la hora de afrontar la recesión económica, la inflación y el desempleo.

En pocos años, la recesión golpearía con fuerza a los países industrializados y, junto a la formulación de nuevas estrategias para hacer frente a la crisis, también comienza a difundirse la idea de que cuánto más democrático es un sistema político, más expuesto está a las ame-

nazas internas, por lo que se aboga por poner límites a la democracia sin mesura del Estado social. Es la crisis del Estado social provocada por la ingobernable situación a la que llevó el exceso de demandas (sociales, salariales, etc.), que mostraban los límites fiscales del Estado. Y la realidad es que el Estado de Bienestar no sólo no logra su propósito igualitario, acabando con las desigualdades sociales mediante su política redistributiva, sino que los ricos se enriquecen aún más y los pobres dependen cada vez más de los mecanismos de asistencia pública. Es más, los diferentes estudios demuestran que el gasto social en sanidad, educación, vivienda y transporte, en lugar de favorecer a los más necesitados, contribuye a la persistencia de las desigualdades; esto es, también a los servicios sociales se accede de forma desigual (MONTAGUT). Un caldo de cultivo perfecto para que el neoliberalismo empezara a ganar terreno en los años 90, produciéndose el debate más importante de los últimos tiempos en el mundo occidental: neoliberalismo o socialdemocracia. Debate en cierto modo favorecido por la desaparición del “contrapeso” que de alguna manera suponían los países del denominado socialismo real.

El *neoliberalismo* es la adaptación de los principios básicos del liberalismo a las necesidades de los años setenta y ochenta. Ante la crisis económica del capitalismo mundial, con sus desastrosas consecuencias sobre el empleo, con un incremento desmesurado del gasto público y evidentes desequilibrios fiscales, los neoliberales proponen recortar (y hasta desaparecer) el gasto social propio del Estado de Bienestar, mediante la privatización de los servicios públicos, la liberación del mercado y una mínima asistencia social para los más desfavorecidos. De su parte, la *socialdemocracia*, cuyo origen debe situarse en la aceptación de la democracia parlamentaria como medio para llegar al socialismo, constituye la base ideológica de los Estados de Bienestar europeos. Una socialdemocracia cuyos postulados se replantean ante la realidad de fenómenos como la creciente (o cada vez más visible) corrupción pública y política, el paulatino incremento de la burocracia, la ineficacia de los servicios públicos, la crisis fiscal o la falta de responsabilidad de la ciudadanía.

Ambas opciones parecen sin embargo acercarse, pues mientras los socialdemócratas aceptan la opción de menos Estado y servicios más competitivos, los neoliberales se encuentran con la imposibilidad de acabar con el Estado de Bienestar. Sea como fuere, entre estas opciones se mueven las políticas de los Estados occidentales y, en consecuencia, también sus políticas criminales (ZÚÑIGA).

2. GLOBALIZACIÓN Y SOCIEDAD DEL RIESGO

En cualquier caso, desde hace ya más de dos décadas se oye hablar también de globalización de la economía (y también de la política y de las comunicaciones). A partir de 1989, con la caída del Bloque soviético, el escenario mundial cambió bruscamente y la economía planetaria ya no encontró obstáculos que dificultasen el movimiento de capitales y mercancías. Una nueva perspectiva de la economía mundial a la que las economías nacionales deben necesariamente “replegarse”, y que a grandes rasgos viene a significar la autonomía (o incluso superioridad) de la Economía en relación a la Política; el surgimiento de nuevas estructuras de decisión en el ámbito planetario; la “descentralización” de las estructuras políticas del capitalismo; la estandarización de las prácticas comerciales en el ámbito mundial; la desregulación de los mercados de capitales; la interconexión de los sistemas financieros y de seguridad a escala global; la reasignación geográfica de las inversiones productivas y la volatilidad de las transacciones especulativas.

Un nuevo cuadro de la economía mundial que tiene consecuencias muy dispares según la parte del planeta de que se trate. Porque si bien el comercio, la publicidad de artículos de consumo y el movimiento mercantil llegan a todos los lugares, la capacidad adquisitiva y el nivel de ingresos no. Esto es, la polarización entre pobres y ricos nunca había sido tan evidente. La globalización sólo ha beneficiado a unos pocos, dividiéndose el mundo entre ganadores (los países desarrollados que cada vez acumulan más riqueza y capital) y perdedores (países en vías de desarrollo que cada vez están más hundidos en la pobreza, sumisión y explotación). En el mercado de bienes y servicios, por tanto, se ha pasado de un sistema de comercio internacional controlado por los Estados a un comercio interempresarial controlado por las grandes multinacionales: es la crisis del modelo fordista (propio del Estado social) y el tránsito al modelo postfordista.

Mientras el *modelo fordista* se asentaba en el trabajo en serie, donde el aumento de salarios estaba en relación directa con el aumento de la productividad, con una distribución de los recursos económicos y un sistema generalizado de seguridad social, con lo que el Estado de Bienestar alcanzaba a la mayoría de la población —políticas de *inclusión*—. Con el *postfordismo*, sin embargo, el Estado modifica sus funciones tradicionales de protección asistencial a los desfavorecidos y se acomoda a un modelo de intervención mínima en lo socio-económico. Esto es, el puesto de trabajo se hace precario y el Estado empieza a retirarse de su función de garante y protector. Ahora la prioridad en las políticas del Estado la tienen los hombres de negocio, que son los que dictan a los gobernantes las medidas a adoptar y en las que por supuesto importan más las

cifras que las personas. Una política de dependencia absoluta del Estado respecto del mercado financiero mundial y de los poderes privados constituidos a su amparo, que limita significativamente su capacidad de gobierno sobre importantes variables de la economía mundial. En definitiva, en este nuevo contexto se trastoca el orden de las cosas, amenazando con el derrumbamiento del Estado-nación, pues parece imponerse un “Gobierno global sin Estado global”, en el cual un puñado de instituciones (el Banco Mundial, el FMI, el G7 y la Organización Mundial del Comercio) y unos pocos participantes (los Ministros de finanzas, económica y comercio) son los que controlan el escenario mundial. Es la politización de la economía de mercado global.

Una economía, en consecuencia, y como es fácil intuir, de clara *exclusión* y, por ello, con evidentes repercusiones en el sistema punitivo, pues el aumento de la distancia entre incluidos (consumidores por tener medios) y excluidos (precarios, desempleados, disidentes, inmigrantes, etc.) determina los estereotipos de diverso y peligroso, lo que contribuye a crear un claro sentimiento de inseguridad y una política encargada exclusivamente de proveerla controlando a la clase desposeída con respuestas violentas y reacciones proteccionistas exacerbadas. La delincuencia deja de ser considerada la consecuencia de desajustes sociales (desigualdad, miseria, marginalidad, etc.), para pasar a ser vista como la expresión de la actividad de un sujeto delincuente (Derecho penal de autor). Esto es, se ha pasado de la políticas de inclusión propias del Estado social, a considerar normal la exclusión social de aquellos que presentan elevados perfiles de riesgo y se entienden como irrecuperables. Es más, incluso se culpa de ello a las políticas sociales previas tachadas de demasiado generosas e indulgentes, acusándolas incluso de generar una sociedad pasiva y ciertos grupos sociales “parásitos” que, aprovechándose de las condiciones ofrecidas por el sistema, se niegan a contribuir al desarrollo colectivo. Es el debate anglosajón sobre la *underclass*, o aceptación colectiva de una exclusión de carácter estructural en sociedades que en otrora se pensaban incluyentes, sentando las bases para el renacimiento del populismo punitivo contra esos grupos de riesgo potencialmente irrecuperables (BRANDARIZ). Nuevas clases peligrosas —representadas no sólo por los no consumidores sino también por los consumidores fallidos, esto es, el sujeto (sobre) endeudado— de las que ahora hay que defenderse.

En definitiva, la sociedad industrial clásica, con sus nociones de Estado nacional soberano, de confianza en el progreso, de clases, de conocimiento científico y de bienestar se transforma en *sociedad del riesgo*. Un modelo de sociedad que para BECK representa la agonía de una civilización que se ha puesto en peligro a sí misma, pues son sus propios

progresos los que desencadenan la producción de nuevos riesgos: catástrofes ecológicas, desmoronamiento del sistema intra-social y otros grandes peligros o inseguridades creadas como consecuencia de las crisis económicas y las erosiones del Estado de Bienestar, de la legitimidad del sistema político y del Estado de Derecho. La sociedad pasa a vivir obsesionada por la seguridad frente a unos riesgos que tampoco afectan por igual a todos. Aparte de que los más ricos siempre podrán comprar la tan ansiada seguridad que les proteja de los mismos (ej, cambiarse de casa o comprar alimentos de mejor calidad), es obvio que los países del tercer mundo sufren en mayor grado los peligros y catástrofes ecológicas, al ser las víctimas de la cara más oscura del progreso tecnológico e industrial (ej. deforestación y corrimiento de tierras e inundaciones). La progresiva degradación medioambiental degrada también la calidad de vida, afectando a los recursos naturales, a la biodiversidad y a la propia salud humana, mediante la proliferación de enfermedades y la amenaza permanente de riesgos, a veces inabordables. Y ello por no hablar de los riesgos de carácter sanitario-alimentario, manifestados no solo en los efectos de la contaminación ambiental, sino también en la aparición de infecciones desconocidas, en la adulteración de alimentos o en las consecuencias del empleo de innovaciones genéticas en los productos de consumo humano. Todo ello unido a las nuevas patologías —físicas y psíquicas— vinculadas al actual modo de vida (estrés, ictus, infartos), que se suman a pandemias no superadas (ej., Ébola).

En definitiva, todos estos son factores que han cambiado de forma notable la sociedad, el Estado y también la criminalidad, variando su extensión, estructura y forma de aparición. Muchos de los tradicionales delitos se han transformado y también han surgido otros nuevos. Una nueva realidad a la que los sistemas penales deben adaptarse para hacerle frente.

III. POLÍTICA CRIMINAL EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

Siendo evidente la metamorfosis de la sociedad en que vivimos, la siguiente pregunta a hacernos es si son o no válidas las respuestas político criminales y dogmáticas esgrimidas hasta ahora para hacer frente a la criminalidad del nuevo escenario postfordista y de globalización neoliberal. Y ello porque no debemos olvidar que la dogmática está construida sobre los contenidos de los Códigos penales del siglo XIX, y concretamente sobre los problemas que plantean los delitos contra bienes jurídicos individuales, sobre todo los que protegen el bien jurídico vida. El punto de partida, en todo caso, debe ser el modelo de Estado y la irrenunciabilidad de los derechos humanos en sociedades multiculturales

(Capítulo 14). Porque ciertamente se requieren nuevas leyes que regulen estas nuevas realidades, pero su contenido no debe renunciar nunca a las garantías que constituyen la base de un Estado social y democrático de Derecho (BERDUGO).

El Derecho penal actual, sin embargo, ante la necesidad de gestionar mayores niveles de exclusión y de conflictividad social, lo hace, precisamente, concentrando los recursos en el control de los sectores más perjudicados por el nuevo modelo socioeconómico. La gran recesión sufrida a partir del 2008 nos ha recordado una vieja lección: “el sistema penal también está sometido a la ley económica”. La gran disminución del gasto público derivada de la crisis, ha supuesto un gran giro en la finalidad a perseguir por las penas y, en consecuencia, por el Derecho penal. Un giro desde la prevención especial positiva o resocialización (puesta en entredicho por los niveles de reincidencia y el incremento de la criminalidad) hacia la prevención especial negativa o neutralización de los nuevos sujetos infractores.

Esto es, como consecuencia de la globalización, los estados nacionales ya no gobiernan, sino que se limitan a gestionar las consecuencias negativas del proceso globalizador. Su finalidad es la pacificación interior, el control de los sectores no productivos (desempleados) y productivos en movimiento (inmigrantes) mediante las políticas de seguridad y orden público (Derecho penal de marginados). En definitiva, la globalización de la economía de mercado está provocando una reducción del Estado social y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario. El sistema penal ha adquirido un gran protagonismo en la gestión de la exclusión, lo que ha supuesto un drástico cambio en la política criminal, que ahora presenta las siguientes características:

1. DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Una de los principales rasgos del Derecho penal de la globalización es que es altamente simbólico, esto es, se acude a él con una finalidad instrumental que no es la de prevenir delitos. Para el Derecho penal simbólico, lo importante no es lograr que efectivamente se eviten determinadas conductas, sino conseguir una sensación de seguridad, de confianza, muchas veces gracias a los medios de comunicación, limitándose a construir mensajes de tutela y garantía frente a una realidad que realmente le desborda (violencia de género) o que no le compete (ej. delito de dopaje en el deporte, art. 361 bis). El sistema penal es utilizado como un mero instrumento, coyuntural y político, destinado a tranquilizar inquietudes, inseguridades, e incluso a dirigir la conciencia de los ciudadanos, asumiendo con ello un papel que antes le correspondía a

la Ética o a la Moral. Esto es, ante comportamientos lesivos contra bienes jurídicos ampliamente valorados (vida, salud, libertad sexual, etc.), el Derecho penal muchas veces se utiliza como medio pedagógico para tranquilizar a los ciudadanos, inspirando su confianza y demostrando así que los políticos se preocupan por el problema de la inseguridad ciudadana y de la violencia social. Un claro avance, en cualquier caso, de las teorías penales neoconservadoras por suponer un recorte de garantías y donde la política basada en el utilitarismo del mensaje de la respuesta penal, gana terreno ante una política criminal que busque la justicia social. O lo que es lo mismo, el Derecho penal funcionalista gana terreno al Derecho penal orientado a las consecuencias del que hablaba HASSEMER.

Son evidentes, en definitiva, los componentes políticos o demagógicos que hay detrás de la creación de ciertas normas penales, incluso cuando éstas tienen pocas posibilidades de ser aplicadas (ej., castigo al proxeneta) o de ser eficaces preventivamente (ej., aborto, eutanasia). En muchas ocasiones se trata de asuntos sociales sobre los que, si bien existe un gran debate social, no hay un acuerdo en la forma de solucionarlo, por lo que se recurre al Derecho penal con la pretensión social y política de hacer ver que se “toman cartas en el asunto” y pese a no esperarse ninguna eficacia real de ello (ej., prostitución). La reforma penal, por tanto, es frecuentemente utilizada con una perspectiva casi únicamente electoralista, pues resulta un medio barato, inmediato, efectista y con gran potencial simbólico. Esto es, los costes son bajos y los beneficios altos, sobre todo desde el punto de vista electoral.

Se trata por todo ello de un Derecho penal ineficaz, pues además de no aportar muchas veces nada a lo ya existente, ser otras tantas incorrecto técnicamente o no existir los instrumentos necesarios para su efectiva aplicación, el instrumento penal no es en muchas ocasiones y materias el mejor instrumento para solucionar el grave conflicto social que pueda estar detrás. El mecanismo más idóneo generalmente es la educación de la población en los principios básicos de la convivencia y el respeto de los derechos humanos. El Derecho penal, por tanto, debe seguir siendo el último recurso. Porque aunque su utilización simbólica pueda ser beneficiosa para tutelar bienes jurídicos especialmente sensibles ante los nuevos peligros que acechan a ciertos ámbitos de la sociedad del Siglo XXI (derechos de la mujer, medio ambiente, minorías marginales, comunidad internacional, etc.), lo cierto es que las puntuales reformas punitivas llevadas a cabo en muchos países responden a problemas concretos que desde luego no serán resueltos por una simple reforma penal (ej. violencia de género y educación machista).

2. DERECHO PENAL DEL RIESGO

De su parte, y como adelantábamos, en nuestra actual sociedad del riesgo se exige la protección de los derechos frente a los peligros para los bienes jurídicos que ella misma produce. Una búsqueda de la seguridad a toda costa, que ha conllevado un evidente giro hacia la prevención general positiva, apostando, no ya por la represión de conductas lesivas, sino por la generalización de un sentimiento de protección o incluso de promoción de aquellos valores (Derecho penal simbólico). Es la funcionalización del Derecho penal, que se pone al servicio del control político de los grandes problemas de origen social, contribuyendo a su expansión y desdibujando las fronteras entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

Esto es, con la pretensión de salvaguardar a cualquier precio la seguridad frente a los nuevos peligros, el Derecho penal abandona el objetivo de ir superando paulatinamente la criminalidad —se asume que la sociedad actual produce niveles insuperables de exclusión social— y se concentra en gestionar los riesgos, por lo que asistimos a la prevalencia del afán criminalizador sobre el despenalizador, vulnerando en muchos casos el principio de proporcionalidad. Es más, la decadencia progresiva del Estado social, da paso a la represión de la pobreza en nombre de la seguridad interior. Esto es, ante el evidente aumento de la delincuencia y el correspondiente sentimiento de inseguridad, se exige efectividad y protección, lo que supone la penalización de los sectores más perjudicados por la crisis del Estado social (desempleados, personas sin hogar, inmigrantes, mendigos o prostitutas) simbolizada en la estrategia de la “tolerancia cero” —eufemísticamente, de la Ley y el Orden—.

A) La estrategia de la “tolerancia cero”

Esta estrategia de política criminal, también denominada *modelo Nueva York* o *modelo Giuliani*, y que por su contundencia y capacidad mediática se ha expandido por todo el planeta, surge en Nueva York con la publicación en 1982 de un breve artículo titulado “Broken Windows”, en el que los criminólogos conservadores WILSON y KELLING formulan su “teoría de las ventanas rotas”. Según esta teoría, la forma más eficaz de acabar con el delito, es la severa persecución de los pequeños comportamientos asociales, incluso no constitutivos de delito (*graffiti*, petición agresiva de limosna, embriaguez en lugares públicos, prostitución callejera, insistencia en limpiarlos los limpiaparabrisas en los semáforos, los homeless, orinar en la calle o subir al autobús sin pagar el billete). Comportamientos que, a su juicio, deben castigarse severa y rápidamente, antes incluso de que sucedan, porque cuanto más degradado y abandonado parezca un lugar, más probable es que se acabe convir-

tiendo en el escenario de graves delitos (si una ventana rota no se repara rápidamente, es señal de que nadie cuida y vigila el lugar por lo que tarde o temprano alguien entrará con intenciones delictivas en el edificio).

La difusión de esta nueva ideología se lleva a cabo por el alcalde de la ciudad, R. Giuliani, quien a partir de 1994 inicia una agresiva política de “limpieza”, con la persecución de los pequeños delincuentes, mendigos, borrachos, toxicómanos, prostitutas, grafiteros, etc. Obviamente, la estrategia no funcionó, pues en lugar de acabar con la criminalidad, no hizo sino desplazarla a otras ciudades y lugares con menor presión policial, zonas que de este modo se convertirían en verdaderos *ghettos* en los que ni la policía se atrevía a entrar. Sea como fuere, esta criminalización de la pobreza (desempleados, marginados), tan alejada de los pensamientos idealistas y humanistas, que cuestiona la resocialización y justifica la severidad y eficacia del castigo, ante la imagen de una justicia llena de tecnicismos legalistas, jueces demasiado benévolo y leyes permisivas, más atentas a los derechos de los criminales que de las víctimas, acabó alcanzado Europa a través de Gran Bretaña expandiéndose posteriormente al resto de países a finales de los años noventa. El resultado de todo ello es bien conocido, y se traduce en la proliferación de tipos penales omnicomprendidos de un sinfín de conductas, con penas cada vez más elevadas y relajación de los criterios de imputación (sobre todo en el ámbito de la criminalidad organizada), desdibujándose las diferencias entre autoría y participación, entre formas consumadas y formas intentadas y entre éstas y los meros actos preparatorios (ej. art. 368 CP para el tráfico de drogas).

B) La administrativización del Derecho penal

En la misma dirección expansiva, impulsada por esta prevención general asegurativa (o frente a los riesgos), se enmarca la creciente protección de bienes jurídicos colectivos, sociales, estatales, con figuras abiertas en las que caben múltiples conductas. Protección de bienes jurídicos difusos, con proliferación de los delitos de peligro abstracto y en detrimento del principio de lesividad, lo que también supone la progresiva administrativización del Derecho penal o derivación de funciones propias del derecho administrativo hacia el Derecho penal —pues el contenido material no es más que una desobediencia a la regulación administrativa—, por lo que cada vez se difuminan más las relaciones entre ambas ramas del Derecho. Una política criminal dirigida a la prevención y orientada hacia las posibles víctimas (ej., delitos contra la seguridad vial).

3. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y ANTIGARANTISMO PENAL Y PROCESAL

Como también veíamos, la globalización ha supuesto la creación de bolsas de pobreza cada vez mayores. De sectores de marginados y excluidos que en nada se benefician de la mundialización de la economía, lo que provoca un fuerte sentimiento de rechazo hacia los valores occidentales en grupos étnicos distintos o con culturas y de civilizaciones diferentes a las occidentales. Este fenómeno está íntimamente relacionado con la extensión también global del terrorismo en el mundo. Ahora bien, esta vinculación entre globalización y formas delictivas no sólo se limita al terrorismo, sino que también se puede encontrar en la criminalidad organizada o la inmigración ilegal, a las que también se aplica la doctrina del Derecho penal del enemigo (Capítulos 9 y 10). Un Derecho penal para “enemigos” en el que se “relativizan” de forma escandalosa las garantías tanto penales como procesales.

C) Dimensión teórica: el Derecho penal del enemigo de JAKOBS

En su dimensión teórica, este modelo de Derecho penal fue desarrollado en el año 2000 por JAKOBS. Este profesor alemán lleva a cabo una distinción entre el Derecho penal común y el Derecho penal del enemigo. En el primero, el reo se concibe como un ciudadano que responde con una pena la comisión del delito cometido, pero que pese a ello se sigue considerando un ciudadano y no se sitúa fuera del sistema institucional del Estado. Las razones de su actuar delictivo pueden ser múltiples (obtener un beneficio económico, satisfacer su deseo sexual, vengarse, etc.), pero en ningún caso pretende acabar con la estructura política del poder legalmente establecido. Por ello no se considera enemigo y gozará de ciertas garantías inviolables propias del Estado democrático, de los derechos y garantías propias de éste.

Se consideran enemigos, sin embargo, los sujetos que con su actuar delictivo pretenden destruir el sistema político, jurídico e institucional del Estado o acabar con toda la civilización. Y ello lo hacen por voluntad propia, lo que les desmerece de la condición de ciudadanos, llegando incluso a afirmar que no tendrían la consideración de personas. Dada su peligrosidad para el propio sistema, no gozarían de los mismos derechos fundamentales que cualquier sospechoso, acusado, reo o condenado. Para ellos se articularía un Derecho penal diferente: un Derecho penal del enemigo con el recorte de muchos de sus derechos y garantías jurídico penales y procesales (adelantamiento de la intervención del Derecho penal, penas draconianas, ampliación de los tiempos de detención y prisión provisional, etc.). Esto es, para JAKOBS, y como consecuencia de su tesis funcionalista, el diferente (que hoy por hoy no sólo es el terrorista, sino también el desempleado, el gitano o el extranjero,

etc.) no tiene cabida porque no resulta funcional al sistema, por lo que frente a él se buscan políticas de efectividad donde el Derecho penal actúe como mero disciplinamiento.

Dimensión práctica: los atentados del 11-S

Lo que en principio no era más que una formulación teórica, empezó a adoptar una triste dimensión práctica a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 a las Torres Gemelas de Nueva York. Tras aquellos terribles acontecimientos, es más que evidente la fuerte tendencia mundial al endurecimiento de las medidas de intervención punitiva en materia de terrorismo y con gran restricción de los derechos de sospechosos, acusados o reos. A ello contribuyó la retransmisión en directo de la tragedia, acrecentando, a partir de entonces, la sensación de que nadie está seguro en ninguna parte. Un global sentimiento de inseguridad y vulnerabilidad, que justifica que el terrorista sea considerado como enemigo y respecto de él desaparezcan las garantías básicas que se le conceden a cualquier ciudadano (presunción de inocencia, derecho a la defensa, principios de legalidad, proporcionalidad o culpabilidad, etc.). De hecho, no se le quiere castigar por el daño causado, sino combatirle para acabar con él. La estrategia punitiva tradicional es, por tanto, sustituida por una legislación excepcional más parecida al Derecho penal militar propio de los conflictos bélicos (Capítulo 13).

Pero el problema no acaba aquí, pues el Derecho penal del enemigo también tiene un carácter simbólico siendo muchas veces utilizado ante los problemas internos que los gobernantes no saben, no pueden o no quieren resolver (ej., inmigración ilegal). Porque si bien el concepto de Derecho penal del enemigo parece diseñado a medida para el terrorismo islámico (autor con el que es imposible el diálogo, no susceptible de aceptar el Estado de Derecho y los derechos fundamentales como base de la convivencia), lo cierto es que los ejemplos en la práctica no se parecen en nada al tipo de autor que inspiró el concepto (inmigrantes, peones del crimen organizado, etc.). Esto es, el Derecho penal del enemigo refleja la respuesta propia de la ideología de la globalización: una respuesta tecnocrática, funcional, limitada a perseguir el beneficio rápido, materializado en la aparente y eficaz solución al problema planteado. Una visión del Derecho penal, sea como fuere, imposible de conciliar con los principios del Estado de Derecho. Porque el sistema democrático no admite ningún tránsito de la persona, desde su posición de titular de derechos y deberes, a la de ser considerada no-persona; del Derecho de las garantías, al Derecho de combate; del Derecho penal al Derecho bélico (MUÑOZ CONDE).

En definitiva, en nuestro actual momento, políticas como las de la de tolerancia cero y de Derecho penal del enemigo, invocan la emergencia para legitimar el poder punitivo ilimitado, reciclándose elementos del autoritarismo pasado y poniendo en verdadero peligro el propio Estado de Derecho y los espacios de libertad de los ciudadanos. Y ello porque estas políticas guardan un gran paralelismo con la doctrina de la seguridad nacional, ampliamente acogida por los regímenes autoritarios latinoamericanos de los años 70 y 80, ejemplos paradigmáticos de la más cruenta violación de los derechos humanos. Modelos autoritarios absolutamente incompatibles con un Estado de Derecho, en el que ni el más reprochable de los comportamientos justifica que se renuncie o apliquen de forma discriminatoria las garantías constitucionales reconocidas a todos los ciudadanos, sin excepción. Porque si un Estado de Derecho utiliza para defenderse métodos impropios de un Estado de Derecho, ello supone la renuncia al mismo (LANDROVE).

BIBLIOGRAFÍA

BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012; BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Política criminal. Tomo I. Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*, Bosch editor, Barcelona, 2007; BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de política criminal*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Barcelona, 2011; BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2014; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema pena*, Dykinson, Madrid, 2016; CANCIO MELIA – POZUELO PÉREZ (Coord.), *Política criminal de vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson- Civitas, Navarra, 2008; HASSEMER, W., “Rasgos y crisis del Derecho penal Moderno”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLV, Fascículo I, enero-abril 1992. HERREIRO HERRERO, C., *Hacia un Derecho penal equilibrado. Plataforma razonable de política criminal*, Dykinson, Madrid, 2015; LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; LOSANO, M.G. – MUÑOZ CONDE, F., (Coord.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; MORENILLA RODRÍGUEZ, J., *El convenio Europeo de Derechos Humanos: textos internacionales de aplicación*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988; MUÑOZ CONDE, F., *El Derecho penal del enemigo*, México, 2003; O’COONOR, J., *La crisis fiscal del Estado*,

Ediciones Península, Barcelona, 1981; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004; PÉREZ CEPEDA, A.I., “La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004; PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía – Akal, Madrid, 2005; RIVERA BEIRAS, I., (Coord.), *Política criminal y Sistema penal*, 2ª edic., Anthropos, Barcelona, 2011; SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, 2012; SANZ MULAS, N., “El Derecho penal ante los retos del Siglo XXI. La urgencia e un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites”, *CPC*, nº 106, Época II, mayo 2012; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edic., Edisofer S.L., Madrid, 2011; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.

CAPÍTULO 4

LA POLÍTICA CRIMINAL EN ESPAÑA

I. SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES

1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA CRIMINAL: SEGURIDAD, LEGALIDAD Y DIGNIDAD DEL SER HUMANO.

La selección de los mecanismos para hacer frente a la delincuencia, es una cuestión valorativa que, como vimos, se inscribe en la política general de un Estado determinado, en nuestro caso la del Estado social y democrático de Derecho proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución. En consecuencia, la política criminal a seguir en nuestro país debe necesariamente recoger las ideas propias del carácter liberal, democrático y social del Estado y por tanto no transgredir los límites y principios derivados de tal concepto. Principios que de este modo, y aunque no estén plasmados en una norma concreta, se convierten en criterios de confrontación de las decisiones adoptadas por el Estado en materia de política criminal. Y ello porque, tanto dan sentido y contenido a las leyes y sentencias, como también, y sobre todo, las limitan. Ahora bien, tampoco debemos nunca olvidar que los cambios producidos por las políticas sociales y económicas tienen repercusiones criminógenas que difícilmente se pueden atajar sólo a través del recurso al Derecho penal. La creencia de que basta con la ley para prevenir la delincuencia está superada, siendo cada vez más evidente la necesidad de delinear políticas sociales preventivas frente a la criminalidad. Es más, el Estado no debería nunca castigar —cosa diferente es que sí lo haga— conductas que son resultado de su propia política. Penalizar conductas alentadas por las políticas del propio Estado es cuanto menos contradictorio.

Sea como fuere, cabría definir como principios rectores de la política criminal de un Estado social y democrático de Derecho, los principios

de socialidad (*seguridad* en la vida social), *legalidad* y *respeto de la dignidad*, que no son sino el desarrollo de los principios liberales de la revolución francesa (libertad, igualdad y fraternidad, respectivamente), pues parten del mismo concepto de persona como un ser social, libre y digno. Principios que se interrelacionan y limitan mutuamente, pues si alguno de ellos se toma como punto de referencia absoluto, llevándose al extremo, derivaría en una política criminal completamente rechazable. Esto es, si se parte de la necesidad de asegurar la vida social a cualquier precio, se desembocaría en un Derecho penal totalitario. Si se trata de un sistema penal basado sobre todo en la legalidad, se derivaría en un modelo legalista o formalista (positivismo como ideología), en el que el respeto a la ley estaría por encima del respeto al Derecho. Por último, un desenfoque en cuanto a la dignidad, conllevaría un modelo de individualismo anárquico que prescindiría de lo social y de la libertad de los destinatarios de las normas.

Por tanto, la política criminal a adoptar debe necesariamente partir del carácter social del ser humano, su libertad y su dignidad. La sociabilidad es la necesidad de asegurar la vida social, la seguridad de la misma, pero esto puede entrar en conflicto con la propia libertad y la ajena, por lo que se requieren unas normas que dirijan las conductas individuales (principio de legalidad) asegurando con ello la libertad de los ciudadanos. Normas que, a su vez, tienen como límite la dignidad del ser humano, esto es, la protección de la vida social se debe llevar a cabo con medida y respeto de la dignidad de la persona humana. En definitiva, la idea de que la vida social (principio de *seguridad*) se tutela mediante normas (principio de *legalidad*) que guarden una relación de adecuación con la dignidad de la persona (principio de respeto de la *dignidad*) son los criterios de los que deben partir las decisiones a adoptar en materia político criminal. Ponderación de criterios y principios de los que a su vez derivan una serie de directrices y límites en la actuación de legisladores, jueces y policías en su función de prevenir delitos: son los principios rectores (limitadores) del *ius puniendi* (SÁNCHEZ-OSTIZ).

2. PRINCIPIOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI

Dentro del proceso de criminalización (tanto primaria como secundaria y terciaria) los legisladores y jueces, a la hora de decidir qué es delito, a quiénes y cómo se sanciona penalmente, y la Administración a la hora de ejecutar dichas condenas, están sometidos, entre otros, a los siguientes límites:

A) *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como fuente legitimadora del Derecho penal*

La política criminal limitadora de la violencia estatal es la que dio origen al Derecho penal liberal. Para impedir la criminalización por motivos morales o religiosos, se estipula, primero dogmáticamente y luego en las constituciones liberales, que no se puede crear un delito si la conducta perseguida no produce una lesión a un bien jurídico, apareciendo con ello el límite material quizás más importante de la política criminal de la Constitución: el principio de lesividad, expresado en el aforismo *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenali sine iniuria*. Esto es, para hablar de Derecho penal es necesario primero, e ineludiblemente, que la conducta provoque un daño (directo o indirecto) al derecho de un individuo, pues de lo contrario se permitiría nuevamente penar conductas contrarias a valores morales pero no dañinas (ej., prostitución). Sea como fuere, se trata de un principio con escasa virtualidad en la práctica, mostrándose incapaz, como veremos, de hacer frente a la tendencia expansiva de los últimos tiempos, hasta el punto de que se considera bien jurídico todo lo que decide el legislador que lo sea cuando lo tipifica con un nuevo delito.

B) *Principio de legalidad y garantías procesales, penales y penitenciarias*

El principio de legalidad, señalado con el aforismo *nulla poena, nullum crimen sine lege*, rige en todas las etapas de la política criminal: la legislativa o de creación del delito y la pena (*garantía criminal*), la judicial o de aplicación al caso concreto por jueces y tribunales (*garantía judicial*) y la de ejecución de la pena (*garantía de ejecución*). Si bien nuestra Constitución no nos ofrece una definición del principio de legalidad en materia penal, éste se contempla en los arts. 9.3 CE (“la Constitución garantiza el principio de legalidad”); 24.2 en materia jurisdiccional (“todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”); 25.1 (“nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”); 25.2 (“las penas y medidas privativas de libertad deben estar orientadas a la resocialización”) y 81.1 (“son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”). En cualquier caso, según la interpretación que el Tribunal Constitucional hizo de estas normas en su STC nº 133, de 21 de julio de 1987, son tres los aspectos que dan contenido a este prin-

cipio político criminal: debe tratarse de una ley escrita y con rango de ley orgánica por afectar a derechos fundamentales y libertades públicas (*principio de reserva absoluta de Ley*); una ley cierta, esto es concreta y clara (*principio de determinación, certeza o taxatividad y con prohibición de la analogía*) y una ley previa (*principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable o in malam partem*). A esto cabría añadir el principio *ne bis in idem*, o prohibición de sancionar dos veces el mismo hecho o tener en cuenta el mismo fundamento.

C) *Principio de la acción material o Derecho penal del hecho*

Según este principio, presupuesto ineludible para que se pueda imponer un castigo es la existencia de un hecho o acción previa (*nullum crimen sine conducta*), lo que significa que ningún daño, por grave que sea, puede estar previsto en la ley penal si no es el efecto de una acción. Esto es, los delitos no pueden nunca consistir en actitudes o estados de ánimo, sino que deben consistir en acciones humanas como tales. Se trata, por tanto, de un límite que supedita al legislador en su actuación político criminal, pues la experiencia nos demuestra que el poder punitivo siempre ha seleccionado a las personas por sus características personales violando el principio de acción (Derecho penal de autor). En consecuencia, no basta con señalar que son los tipos penales los que exigen la necesidad de una acción como presupuesto de un delito, sino que su fundamento se halla en la Constitución y en los pactos internacionales de derechos humanos, impidiendo que el legislador tipifique algo distinto a una conducta.

D) *Principio de intervención mínima*

Desde que empieza a desarrollarse el Estado de Derecho se señala que el Derecho penal debe ser la *ultima ratio*, esto es, el último recurso. De esta forma, el Derecho penal liberal, desde sus orígenes, reconoce la tendencia minimizadora del mismo. Ahora bien, cuidado con los procesos de despenalización que a veces pueden resultar un “fraude de etiquetas” (ej., políticas de extranjería o de orden público), pues pueden afectar a las garantías individuales si facultan al poder sancionador (policial) a continuar haciendo lo mismo (encerrar en un CIE o poner una multa), pero ahora sin los límites del Derecho penal (SILVA).

Sea como fuere, el principio de intervención mínima se manifiesta de dos formas. La primera, es la imposibilidad de poner sanciones penales cuando sea suficiente con la intervención de otros medios menos lesivos, lo que se traduce en la necesidad de extraer del Derecho penal conductas que ya pueden recibir suficiente prevención a través, por ejemplo, del Derecho administrativo sancionador. Y la segunda, la preferen-

cia por la solución menos gravosa siempre que sea suficiente para cumplir los fines de la intervención penal. Es más, este principio, del que se derivan los principios de *subsidiariedad* y *fragmentariedad*, aboga por ni tan siquiera imponer penas para todas las conductas que lesionen bienes jurídicos, sino sólo frente a las más graves o peligrosas.

En nuestra Constitución este principio se formula en toda la regulación de los derechos fundamentales, pero se hace referencia específica en el art. 9.3 (“la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”). En el art. 25.3, de su parte, se deja claro que la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad (cosa que sin embargo sí hace, mediante el ingreso inmediato en los CIEs de muchos de los inmigrantes llegados a nuestro territorio)

E) *Principio de culpabilidad*

No sólo en los regímenes antiguos sino también en los actuales, se observa el castigo por hechos ajenos —castigo por pertenencia a un determinado partido político, etc.—, por el modo de ser —penalización de ideas o búsqueda de “tipos” por parte de la policía— o por actos fortuitos —responsabilidad o cualificación por el resultado, sobre todo si se produce tras un acto inicial ilícito—: son todas ellas medidas penales, no sólo autoritarias, sino también irracionales, pues el Derecho aquí no es una respuesta penal a una conducta. Es por todo ello, que en un Estado liberal ninguna persona puede ser castigada por una acción prohibida si no ha tenido al menos la posibilidad de prever el resultado de su conducta, o si no le fuera posible conocer su prohibición legal o adecuar tal conducta a su prohibición en ese momento. Se requiere, por tanto, que ese hecho haya sido querido por el autor o le sea reprochable por negligencia: es el *principio de exigencia de dolo o culpa*. O lo que es lo mismo, la pena no puede ser impuesta a quien no sea responsable o culpable de haber cometido una acción típica y antijurídica.

Este principio tampoco está expresamente reflejado en nuestra Constitución, pero se puede sonsacar de la especial consideración de la dignidad humana y de los derechos fundamentales como pilares de la convivencia social y política. Así, el art. 10.1 establece que 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.

F) Principio de proporcionalidad

La proporción de la pena con respecto al delito cometido, es un límite que nunca pueden superar las diversas justificaciones dadas al castigo penal, pues de otro modo se convertirían en arbitrarias lesionando con ello la dignidad del ser humano. Este principio aparece, por tanto, unido a cualquier Derecho penal liberal y más allá de la teoría de la pena que lo fundamente (aunque ciertamente la idea de proporcionalidad aparece mejor expuesta por las teorías retributivas que por las utilitarias). El principio de proporcionalidad mínima entre delito y pena aparece, en consecuencia, como un límite que impide la imposición de penas frente a hechos de poca relevancia (principio de insignificancia) y también imposibilita la aplicación de penas desmesuradas amparadas en necesidades de prevención general o especial. Esto es, este principio no legitima al poder punitivo sino que es un límite a la irracionalidad y arbitrariedad del Derecho penal.

G) Principio de humanidad de las penas

Este principio, que debería ser el primero en un Estado democrático, aparece como una doble condición: como principio rector del programa político-criminal constitucional a las posibles demandas punitivas de los ciudadanos, aunque sean mayoría (principio de respeto a la dignidad humana), y como límite a la legislación represiva desde la sensibilidad de los propios seres humanos. Su plasmación constitucional se produce en el art. 15 CE (“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes... Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”). Ciertamente toda pena lleva consigo cierto grado de limitación y restricción de derechos personales, pero esta intromisión sólo puede llegar hasta ciertos límites, quedando injustificadas las penas inútiles (derecho penal simbólico), las excesivas (pena de muerte, cadena perpetua, etc.) y las claramente desocializadoras.

H) Principio de resocialización de las penas y medidas privativas de libertad.

En un Estado social como el reconocido en nuestra Constitución, la intervención punitiva no puede consistir en una mera retribución del hecho por el mal causado o en una simple prevención general a través de la intimidación. El Estado social debe intentar, además, reintegrar al individuo a la sociedad, evitando así que cometa delitos en el futuro. Es por ello que en el art. 25.2 CE se hace énfasis en la prevención especial positiva o resocializadora, como mecanismo que justifica la propia existencia de la pena y a su vez la limita en relación con su función. Así,

este artículo establece que las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad deben estar orientadas a la resocialización y no podrán consistir en trabajos forzados. Un discurso que para ser efectivo necesariamente debe ir acompañado de la correspondiente asistencia post-penitenciaria del excarcelado.

I) Principio de reconocimiento de las víctimas

Los esfuerzos de la Criminología crítica y del abolicionismo por devolverle el protagonismo robado a la víctima, y por tanto tener también en cuenta sus intereses, ha supuesto un gran cambio de perspectiva en la política criminal. Esto es, paulatinamente se van teniendo más en cuenta los intereses no sólo del delincuente, sino también de la víctima que sufrió el daño, sus familiares, los del autor, las otras víctimas potenciales y la Sociedad. Estas transformaciones se van viendo, además de en el Derecho penal (delitos perseguidos a instancia de parte, el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad, la atenuante de reparación del daño, etc.), en el ámbito procesal (con la aprobación por *Ley 4/15, de 27 de abril, del Estatuto Jurídico de la víctima*) y en el criminológico (con el desarrollo de la Victimología).

J) Principio de cooperación internacional

Como todos sabemos, cada vez es más habitual que el delito se presente como un fenómeno internacional (criminalidad organizada, delito transnacional), lo que obliga a la cooperación entre los diferentes países implicados si se quieren prevenir estas conductas (Capítulo 9). En este sentido, el deseo de organismos internacionales como la ONU choca con la realidad de la política de los Estados que se muestran reticentes a ceder potestades en su soberanía penal. De ahí, que la pretendida cooperación venga finalmente de la mano de la unión de países, como es el caso de la Unión Europea y su política armonizadora en materia penal (Capítulo 5). De igual modo, cabe hacer aquí referencia a la creación del Tribunal Penal Internacional con la firma del Tratado de Roma de 1998. Con él, el principio de territorialidad de la ley penal, concebido bajo el prisma de la soberanía nacional de los Estados, cede ante el principio de derecho universal de persecución penal de crímenes contra los Derechos humanos. El problema es que aún no lo han ratificado países tan importantes en aras a cumplir su objetivo, como son, entre otros, Estados Unidos, China o Israel.

3. CONCLUSIONES VALORATIVAS

En definitiva, el Derecho penal en su protección de la sociedad frente al delito, no puede dejar de respetar los principios de seguridad (el

mínimo de pena vendría determinado por la necesidad de tutelar la sociedad), respeto de la dignidad (el máximo de pena estará limitado por la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor) y legalidad (mediante normas y con sometimiento el proceso establecido). Porque si no se respeta el principio de seguridad, castigándose sin necesidad, el efecto inmediato será la tutela de la sociedad por otras vías (reacciones informales). Si se sanciona sin respeto a la dignidad, el daño inmediato (la pena) será mayor que el producido por el delito. Y si se sanciona sin tener en cuenta la legalidad, se menoscabarán tanto la dignidad (porque se castigará más o de forma distinta) como la seguridad (al quedar desprotegidos algunos bienes jurídicos). Por tanto, la lógica de los principios de seguridad, legalidad y dignidad es que: “el fin del Derecho penal es la re-estabilización del orden social a costa del culpable, en razón de la infracción cometida (gravedad del hecho y culpabilidad del agente) y a través de instrumentos jurídicos” (SÁNCHEZ-OSTIZ).

Esto es, toda realidad protegida penalmente debe cumplir tres exigencias. La primera, es que sea necesaria para la tutela de la vida social (seguridad), pues es legítimo acudir al Derecho penal para tutelar realidades que fomenten la coexistencia. Ahora bien, esa finalidad sólo se debe llevar a cabo a través de las leyes (legalidad), asegurando de este modo la libertad de los individuos (solo está prohibido lo que así viene en las leyes) y siempre que preserve unos ámbitos de dignidad, que serían las exigencias segunda y tercera. En cualquier caso, ésta es sólo la teoría, pues la realidad, como veremos a continuación, es desgraciadamente otra.

II. LAS REFORMAS PENALES Y SU POLÍTICA CRIMINAL: EL NUEVO AUTORITARISMO POLÍTICO CRIMINAL EN ESPAÑA

Desde que la Constitución española de 1978 sentó las bases de un nuevo sistema político democrático, se sintió la necesidad de sustituir el Código penal que rigió durante la dictadura por un nuevo Código penal que necesariamente se había de ajustar a los principios constitucionales del nuevo modelo de Estado social y democrático de Derecho. Este Código penal vio la luz en el año 95 a través de la *LO 10/95, de 23 de noviembre, del Código penal*. Este nuevo Texto penal, conocido en sus orígenes como “Código Penal de la Democracia”, ha sido sin embargo reformado innumerables veces adquiriendo un marcado carácter autoritario que invierte la tendencia político-criminal liberalizadora dominante en el Derecho penal español desde la transición a la democracia.

Y es que casi alcanzan la treintena el número de reformas llevadas a cabo hasta el momento. Una “incontinencia legislativa” insólita en la historia de nuestro Derecho penal y ajena a cualquier pretensión de estabilidad, seguridad y previsibilidad. Un gran indicativo de que nuestro legislador no tiene una concepción político-criminal clara, reformando continuamente el Código penal por razones ajenas a las necesidades propias de un sistema jurídico. En cualquier caso, aquí nos limitaremos a hacer referencia a las que, a nuestro juicio, son más representativas de esa, cada vez menos disimulada, impronta autoritaria.

1. EL AÑO 2000 Y EL COMIENZO DE LA “PERSECUCIÓN” PENAL DE LOS INMIGRANTES ILEGALES

En el año 2000 se modificó el Código penal en cinco ocasiones, si bien la que mayor alcance tuvo es la llevada a cabo por *L.O de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (Ley de extranjería). Con ella, además de agravarse notablemente la pena prevista para el delito de tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1), se introdujo un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” integrado por un único artículo, el 318 bis, y que no es más que una norma penal en blanco creada con la única pretensión de evitar el tráfico ilegal de personas, tanto desde España como en tránsito o con destino a España. Un artículo que, como veremos detalladamente, ha sido modificado al mismo ritmo que se ha recrudecido la lucha contra la inmigración clandestina en Europa (Capítulo 10).

2. LAS REFORMAS PENALES DE 2003 Y EL TRÁNSITO HACIA UN CÓDIGO PENAL DE LA SEGURIDAD

En el año 2003, el gobierno del PP aprovechó su mayoría absoluta para introducir reformas en el Código penal, que fueron el inicio de un evidente “cambio de rumbo” en la política criminal española, y que entronca con la tendencia a la mano dura observada a nivel internacional a raíz de los atentados del 11-S en Estados Unidos. Porque no fue sino bajo el paraguas del “Pacto de Justicia” y del “Pacto Antiterrorista” que se gestaron la mayoría de ellas. O al menos ese fue el argumento empleado por los distintos grupos parlamentarios para votar las reformas a pesar de sus discrepancias políticas. En cualquier caso, los cambios introducidos fueron de tal calibre, que se puede hablar de un antes y un después, hasta el punto de que el actual CP cabe ser denominado como “el Código de 2003”.

A) LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas

Todo comenzó con la LO 7/2003. Como de su propio nombre se puede deducir —reiterativo, en todo caso, porque todas las penas se cumplen íntegramente ya que los beneficios penitenciarios son formas de cumplimiento—, con ella se produce un endurecimiento general del ejercicio del *ius puniendi* y un desbordamiento de la represión punitiva frente a las garantías emanadas del principio de resocialización consagrado en el art. 25.2 CE. Y ello porque, entre otras medidas: aumenta el límite máximo de la pena de prisión de 30 a 40 años en caso de concurso de delitos (art. 76); agrava los supuestos de reincidencia (art. 22); instaura la figura del cumplimiento íntegro de la condena (art. 78); introduce restricciones en la concesión de la libertad condicional, no computándose en cualquier caso el tiempo efectivamente cumplido si se revocaba el beneficio (arts. 90 y 93); y establece un periodo de seguridad para condenas de 5 años de prisión, dificultando con ello el acceso al tercer grado penitenciario (art. 35).

B) LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros

No habían pasado ni tres meses cuando se aprueba la LO 11/2003. Con ella la que la tendencia represiva continúa pues: introduce la agravante cualificada de multirreincidencia (art. 66); establece la medida de expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España como sustituta de la prisión y de la libertad condicional (art. 89); castiga como delito la comisión de 4 faltas cometidas en el plazo de un año (lesiones, art. 147; hurto art. 244; y hurto y uso de vehículos a motor, art. 244); convierte en delito algunas faltas cometidas en el ámbito de la violencia doméstica (art. 153); reintroduce la figura del proxeneta (art. 188); y endurece el delito de la ayuda a la inmigración clandestina (art. 318 bis).

En consecuencia, mientras la reforma anterior se centraba en la delincuencia grave, ésta se dirige predominantemente a la delincuencia leve y a los hechos constitutivos de falta. Esto es, siguiendo la fórmula estadounidense de “*three strikes and you are out*” (regla disciplinaria del béisbol que conlleva la expulsión del terreno de juego al autor de tres faltas), se imponen penas de prisión a los responsables de una tercera falta, aunque ésta no tenga especial gravedad. Se evidencia, en consecuencia, la tendencia hacia un Derecho penal de autor sobre los sectores marginados, buscando con ello “una rentabilidad política vinculada a la manipulación de la sensación de inseguridad ciudadana y la autojustificación del poder mediante la represión” (LANDROVE).

C) LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del CP

Finalmente, y tan sólo pasado un mes, se aprueba la LO 15/2003, la cual, además de no hacer ninguna falta por supuesto tampoco vino a mejorar las cosas, ya que: recupera la prisión de tres a seis meses, posibilitando por tanto el ingreso en prisión para penas de corta duración (art. 36); aumenta la pena del delito continuado (art. 74); castiga la mera tenencia de pornografía para uso personal (art. 189); convierte en delito la falta de maltrato a animales; agrave los desórdenes públicos en los eventos y espectáculos masivos; modifica la ley penal del menor, introduciendo la acusación popular; y criminaliza la convocatoria de referéndum (arts. 506 y 521) buscando solventar problemas políticos mediante el Derecho penal (preceptos posteriormente derogados por LO 2/2005, de reforma del CP, por suponer una clara extralimitación del Derecho penal).

3. LA LO 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: VIOLENCIA DOMÉSTICA VS VIOLENCIA DE GÉNERO

Con la finalidad confesada de dar una respuesta “firme y contundente” en materia de violencia de género, se da un evidente giro a la política criminal al respecto. En este sentido, además de incluirse dos agravaciones en razón al género de la víctima y del agresor en el art. 148 CP, eleva a delito conductas que antes eran meras faltas y además lo hace diferenciando la punibilidad según se trate de *violencia de género* (hombre como sujeto activo y mujer como sujeto activo, siempre que exista o haya existido una relación de afectividad entre ellos”) y *violencia doméstica* (los demás casos de violencia producidos en el entorno familiar), castigando con mayores penas los primeros supuestos. Ciertamente la diferencia punitiva no es mucha, pero supone una evidente discriminación en razón del sexo vulnerando gravemente el principio de igualdad ante la ley, por no hablar del aberrante adelantamiento de la intervención del Derecho penal que supone el elevar a la categoría de delito meras faltas, posibilitando con ello la detención policial, la prisión preventiva y la imposición de una orden de alejamiento por conductas que, al fin y al cabo, no gozan de la lesividad necesaria para ello (Capítulo 7).

4. LA LO 15/2007 Y LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL: LA SATURACIÓN DE LOS JUZGADOS

Por LO 15/2007, de 30 de noviembre, se reforman los delitos contra la seguridad vial ampliando de forma grave la intervención del Derecho penal en esta materia, hasta el punto de contribuir de forma decisiva a la saturación de los juzgados, que ahora dedican gran parte de su tiempo a celebrar juicios rápidos y ordinarios por ello. En cualquier caso,

además de un claro incremento represivo, supone un abuso de las penas cortas privativas de libertad, la consolidación de delitos de peligro a través de peligrosas presunciones *iuris et de iure* (determinados niveles de alcohol siempre se consideran afectantes a la conducción, con independencia del hábito o la corpulencia de la persona en concreto) y la invasión clara del Derecho administrativo sancionador (*Reglamento General de Circulación: R.D. 1428/2003, de 21 de noviembre*). En definitiva, otro ejemplo más de Derecho penal simbólico, pues olvida que el factor de la conducción no es el único que genera la alta siniestralidad viaria, resultando más eficaz una política preventiva que la imparable criminalización: mejora del estado de las carreteras y su señalización, eliminación de los pasos a nivel, control del estado del parque nacional de vehículos, implantación de limitadores de velocidad en los propios coches, etc. (LANDROVE).

5. LA LO 5/10, DE 22 DE JUNIO DE REFORMA DEL CP Y LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA

Si bien se llevaron a cabo numerosas modificaciones menores en el periodo habido entre 2003 y 2010, es en este año cuando se produce una de esas grandes reformas que suponen un evidente cambio en la política criminal española. Y ello porque: se introduce la medida de libertad vigilada (art. 105), con evidente origen en supuestos concretos morbosamente expuestos al público (casos del terrorista Juana Chaos y la niña Mari Luz); además de señalarse la imprescriptibilidad de los delitos terroristas, se incluyen nuevas conductas (la captación, adoctrinamiento, adiestramiento y cualquier forma de financiación del terrorismo) y se agravan las penas para el terrorismo, pudiendo imponerse la nueva medida de libertad vigilada, hasta de 10 años, una vez cumplida su condena (art. 571 y ss); respecto a los delitos contra la libertad sexual, además también de incluirse algunas conductas (ej., *childgrooming*), se endurecen las penas por abusos de menores, que podrán llegar hasta 15 años de prisión, además de la posible medida de libertad vigilada por otros 10 años (art. 183 y ss); se endurece la micro-criminalidad: hurtos reiterados, okupas, graffitis, etc. (*Zero tolerance*); y también se toman medidas respecto a la macro-criminalidad al preverse, por vez primera en nuestro ordenamiento penal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis), incrementándose también las penas de delitos como el alzamiento de bienes, contra la Hacienda Pública y la Seguridad social, la corrupción, el urbanismo, el traslado ilegal de residuos, etc.

6. LA LEY ORGÁNICA 1/15, DE 30 DE MARZO, DE REFORMA DEL CP Y LA REINTRODUCCIÓN DE LA CADENA PERPETUA

La última reforma hasta el momento —y remitiendo el análisis de las modificaciones específicas en materia de terrorismo, desarrolladas por la LO 2/15, de 30 de marzo, de reforma del CP en materia de delitos terrorismo, al capítulo correspondiente (Capítulo 13) —, es la llevada a cabo por LO 1/15, de 30 de marzo. Una ley que, aprobada en contra del criterio de toda la oposición política, supone el penúltimo paso —todo es susceptible de empeorar— de una política criminal con tintes cada más autoritarios y menos democráticos. Una política criminal, fiel reflejo, en definitiva, de ese Derecho penal del enemigo, selectivo, simbólico y de tolerancia cero tan característico del Derecho penal de la globalización y del que hablábamos en el capítulo anterior.

Y ello porque esta ley, entre otras cosas: reintroduce la cadena perpetua a través del eufemístico nombre de “prisión permanente revisable” (art. 35); amplía la medida de expulsión prevista en el art. 89 a todos los extranjeros, sean o no residentes legales y sólo por penas de prisión superiores a 1 año; reestructura la libertad condicional de modo que el tiempo cumplido no se descuenta en caso de revocación del beneficio (art. 90); suprime el anterior Libro III (De las faltas) elevándolas a delito menos leve o convirtiéndolas en infracciones administrativas castigadas con sanciones aún superiores en la también reformada Ley de Seguridad Ciudadana; eleva la edad de consentimiento sexual a los 16 años (art. 183). De su parte, sin embargo, y en relación con la responsabilidad de los “poderosos” (Capítulo 12), además de introducir un simbólico e inútil delito de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis), atenúa, hasta casi hacerla desaparecer, la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis) y mitiga hasta extremos casi vergonzosos la responsabilidad penal de los “arrepentidos” por el delito de malversación de caudales (Capítulo 12).

7. HACIA UN DERECHO PENAL DE ENEMIGUITOS: LAS REFORMAS A LA LEY PENAL DEL MENOR

A) LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma del CP,

Esta ley, además de un endurecimiento drástico de los delitos de terrorismo (Capítulo 13), supuso la vía para introducir también la excepcionalidad en el Derecho penal de menores. La presión mediática y social generada tras graves pero también aislados supuestos, conllevó que se reformará la Ley penal del menor antes incluso de que entrara en vigor (entraba en vigor el 13 de enero de 2001). De este modo, se endurecen las penas para los delitos de homicidio, asesinato, violación y terroris-

mo, hasta el punto de que la medida de internamiento en régimen cerrado llega hasta los 8 años para los mayores de 16 y cuatro para los menores de esa edad; es más, en determinados supuestos se puede llegar a los 10 y 5 años respectivamente. De otra parte, se atribuye la competencia de los delitos de terrorismo a la Audiencia Nacional, al igual que en el caso de los mayores de edad, dándose así más relevancia a la condición de terrorista que a la de menores. Y por si esta fuera poco, se les impone además la pena de inhabilitación absoluta, lo que supone una especie de “muerte pública”. Y ello porque les priva definitivamente de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre los que recaiga la inhabilitación, incapacitándoles para obtenerlos durante un periodo de hasta 15 años, a contar una vez cumplida la correspondiente medida (arts. 7.1.ñ) y 10.3 LPM).

B) LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del CP

Con la LO 15/2003, y con la coartada de alcanzar una mejor protección de las víctimas, se incorpora al procedimiento de menores la acusación particular y, sobre todo, la posibilidad de que ésta inste la imposición de medidas sancionadora-educativas. Esto es, a raíz del mediático caso de Sandra Palo y la posterior recogida de las firmas necesarias por parte de sus padres, se incluye en el art. 25 de la Ley penal del menor, la posibilidad de que se personen en el procedimiento como acusadores particulares las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales sin son menores o incapaces. Una posibilidad de entrada, y como nos podemos imaginar, contraria al “superior interés del menor” sobre el que supuestamente gira la Ley penal del menor.

C) LO 8/2006, de 4 de diciembre, de reforma de la Ley Penal del Menor

Sea como fuere, a los 3 años, mediante la LO 8/2006, se reforma nuevamente la Ley, lo que supone: la eliminación definitiva de la posibilidad de que ésta se aplique a mayores de 18 y menores de 21; el incremento de la medida cautelar de internamiento (la prisión provisional), que pasa de 3 meses prorrogables por otros 3, a 6 meses prorrogables por otros 3; la ampliación del ámbito de aplicación de la medida de internamiento a régimen cerrado (delitos graves, delitos menos graves cometidos con violencia o intimidación o generando grave riesgo para la vida o la salud; y los delitos cometidos en grupo); y la posibilidad de que las medidas de internamiento en régimen cerrado puedan seguirse cumpliendo en la cárcel cuando el menor alcance los 18 años y en todo caso cuando cumpla los 21 años.

En definitiva, la clara tendencia expansionista, como vemos, no es exclusiva del Derecho penal de adultos, sino que alcanza también a la legislación de menores, quebrantando claramente los principios en los que ésta se inspira y que son los que justifican un tratamiento diferente respecto a los adultos.

8. CONCLUSIONES VALORATIVAS: EL FANTASMA DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

El Derecho penal del enemigo se constata no sólo en nuestra legislación penal y procesal, sino que también ha contaminado el Derecho penal de menores. Sea como fuere, donde con más fuerza se materializa todo este discurso es, sin duda, en los delitos relacionados con las drogas; en las agresiones y abusos sexuales sobre menores; en las reacciones penales frente al fenómeno de la inmigración; los hechos graves cometidos por menores; los maltratadores domésticos; los conductores temerarios; y, en general, en el Derecho penal de la criminalidad organizada, sobre todo el terrorismo.

Precisamente, la existencia en nuestro país de la organización terrorista ETA, ha sido la perenne “excusa” para utilizar simbólicamente el Derecho penal, de modo que, al hilo de las constantes reformas llevadas a cabo en materia de terrorismo (siempre recibidas con entusiasmo por la mayoría de la población y de los partidos políticos), se ha aprovechado también para ir metiendo “en el mismo saco” otros fenómenos delictivos, ampliando así la legislación de excepción en aras de la seguridad. Una política criminal de la seguridad que se caracteriza por la evidente disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de figuras delictivas de márgenes imprecisos y, en general, la sanción desproporcionada de cada vez más conductas.

Esto es, desde el año 2003, en nuestro país se ha venido desarrollando una legislación penal y procesal que ha ido convirtiendo en general lo que en principio sólo era excepcional, favoreciendo así el ejercicio de la violencia estatal. Un nuevo punitivismo, inédito en nuestra historia penal, porque además se ha convertido en una nueva forma de gobernar a la sociedad civil a través del Derecho penal. Y ello porque en nuestra individualista sociedad de riesgos, el que cumple el perfil de inmigrante (sobre todo, musulmán o africano), de maltratador doméstico, de delincuente sexual o de conductor temerario, es considerado peligroso. Un delincuente potencial frente al que hay que reaccionar también (y sobre todo) a través del Derecho penal.

Hemos pasado en definitiva, de un *Código penal de la democracia* a un *Código penal de la seguridad*, sacrificándose lo que parecía insacrificable:

el modelo político criminal subyacente en nuestra Constitución, basado en los principios de socialidad, legalidad y humanidad de las penas. Ahora poco o nada queda de ese programa político criminal democrático y garantista, que ha sido sustituido por uno guiado por una fe inquebrantable en la capacidad de intimidación de las penas, el deslizamiento hacia un Derecho penal de autor y el recorte del arbitrio judicial. Y ello por no hablar del contenido claramente moralizante, y por ello más simbólico que otra cosa, de algunas de las reformas (también de las que afortunadamente no se llegaron a producir, como la reforma de la ley del aborto del año 2014 proyectada y defendida con tanta vehemencia por el entonces Ministro de Justicia Alberto Ruiz-Gallardón). Porque no se pueden calificar sino de moralistas, algunas de las modificaciones llevadas a cabo en materia de delitos contra la libertad sexual, como la elevación de la edad de consentimiento sexual a los 16 años (art. 183 CP) o el castigo de quien se lucre de la prostitución ajena con el consentimiento de quien la practica (Capítulo 8). Previsiones nada coherentes con la política criminal a desarrollar en un Estado aconfesional y regido por la pluralidad y la libertad (también la sexual).

III. REALIDAD CRIMINAL EN ESPAÑA Y SU COMPARACIÓN CON OTROS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA

1. CRIMINALIDAD REAL VS CRIMINALIDAD PERCIBIDA: LA TENDENCIA MUNDIAL HACIA UN DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Pese a lo que la opinión pública pueda percibir, la realidad es que no se ha constatado en los últimos años un cambio significativo en la evolución de la tasa de delitos cometidos en España, que justifique estas continuas y siempre endurecedoras reformas. De hecho, el índice de la criminalidad española se sitúa muy por debajo de la media europea. Las modificaciones llevadas a cabo no se pueden considerar, en consecuencia, una respuesta necesaria para frenar un crecimiento hasta ahora desconocido de la delincuencia en nuestro país. Sí es evidente, sin embargo, la influencia que ha tenido en todo ello el contexto internacional de endurecimiento punitivo, liderado por Estados Unidos tras los ataques del 11-S. La adhesión de Aznar a la política internacional de la administración Bush y a sus principios neoconservadores, se correspondió con la voluntad de reorientar también la política criminal española (MIR PUIG). Un modelo de política criminal, que pese a identificarse como liberal, abandona sin embargo, y como veíamos, su originaria característica de limitar el poder punitivo del Estado.

En la versión neoliberal/neoconservadora, el Estado ha de ser mínimo en su intervención económica, pero máximo en la lucha contra la

delincuencia, al tiempo que se acentúan sus competencias militares. Es la defensa armada cada vez más contundente de un sistema económico, que sin embargo ya no pertenece al Estado, sino a las grandes multinacionales, a los grandes empresarios. El Derecho penal, en definitiva, se ha convertido en una especie de instrumento de guerra frente a los civiles, admitiéndose la guerra militar frente al enemigo. Un Derecho penal del enemigo que ha influido en todos los países europeos, pues se trata de una tendencia neoconservadora en la política criminal que no es exclusiva de los gobiernos de derechas. Y qué mejor ejemplo al respecto que España, pues cuando ha gobernado la izquierda, no sólo no se derogaron las reformas llevadas a cabo previamente, sino que incluso se introdujeron otras que supusieron un aumento de la punición. Esto es, la renovada confianza en la prisión como la solución a todos los problemas, es un mensaje muy “manido” por todos los grupos políticos, quienes pese a disentir en infinidad de materias (hubo que celebrar nuevas elecciones en junio de 2016 porque no eran capaces de ponerse de acuerdo), desgraciadamente coinciden en convencer al electorado de que cada uno de ellos será aún más duro e implacable en la persecución de la delincuencia y su castigo con penas carcelarias ejemplares.

2. REALIDAD DELINCUENCIAL EN ESPAÑA Y SU COMPARACIÓN CON OTROS PAÍSES EUROPEOS: LOS COSTES SOCIALES DEL POPULISMO PUNITIVO

Partiendo de la dificultad de comparar países, que no sólo tienen sistemas penales y legales distintos, sino también diferentes instrumentos de medición y cómputo de la delincuencia —por no mencionar que no todos los delitos son registrados por la policía—, según datos del *European Source-book of crime and Criminal Justice Statistic* (2014), la tasa de criminalidad española, comparada con casi la totalidad de los países europeos, está por debajo de la media. Y si el delito que se establece como comparación es el homicidio (y asesinato), como uno de los que, obviamente, mayor inseguridad y alarma social provocan, nos situamos entre los cuatro países con menor tasa en toda Europa, con una ratio de 0'6 homicidios por cada 100.000 habitantes frente a la media europea de 3,5. Pero eso no es todo, según los informes del Observatorio de la Delincuencia (ODA), ésta va descendiendo de forma perceptible en España en las últimas décadas.

Ahora bien, y sin embargo, la población penitenciaria está sufriendo un aumento desproporcionado, siendo uno de los países con más tasa de encarcelamiento, pues rondamos los 136 reclusos por cada 100.000 habitantes (llegando a los 165 en el 2010), cuando la media europea no alcanza los 100. En todo el continente, sólo nos superan algunos países ex-soviéticos o de Europa del Este como Bielorrusia, Estonia, Letonia, Lituania o Montenegro (200-300), que son los que tienen las co-

tas más altas de tasa penitenciaria (*World Prison Population List - 11th edition*). En el otro extremo se sitúan los países escandinavos, con su tradicional tasa penitenciaria baja (entre 57-71) y en los que de hecho se están cerrando algunas prisiones. Nuestro país, en consecuencia, es el que posee la tasa más alta de población penitenciaria entre aquellos países que histórica, económica y políticamente se asocian a él, los países de Europa occidental. Un “dudoso” mérito, que lleva a construir continuamente nuevos centros que también se van hacinando, por lo que la cárcel no deja de ser una forma cara de lograr que los malos se hagan todavía peores, por la pérdida de calidad de vida que todo esto supone para los internos, hasta el punto de convertirse en “verdaderos pudrieros de hombres” (LANDROVE).

En cualquier caso, la razón fundamental del incremento de población penitenciaria, desde luego no está en el aumento de la inmigración, como algunos nos quieren hacer creer —aquí cabría recordar lo de “los políticos usan las estadísticas como los borrachos usan las farolas: no para iluminarse, sino para apoyarse en ellas”—, sino en un sistema penal que hace fácil la entrada en prisión pero cada vez más difícil la salida de ella, sobre todo para los inmigrantes (incremento de las penas, desaparición de la redención de penas por el trabajo, establecimiento de periodos de seguridad, dificultades para acceder al tercer grado y a la libertad condicional, etc.). Esto es, no solo hay más presos, sino que los que hay se han convertido en presos de larga duración. Y ello por no hablar de la reforma de los delitos de tráfico de drogas (Capítulo 11) y contra la propiedad, que son los que llenan las prisiones (un 141% de ocupación, 37 puntos por encima de la media europea), y de la nueva pena de prisión permanente “revisable”.

En definitiva, poniendo en relación esta realidad penitenciaria con una tasa de criminalidad, no sólo moderada en comparación con el resto de países europeos, sino que incluso presenta un leve descenso, es evidente el fracaso de la política criminal adoptada en nuestro país en los últimos tiempos. Una política criminal que recurre a la prisión, como la única solución a todos los males del sistema, y que además resulta costosa, y no sólo para el propio condenado sino para toda la sociedad. Porque, y para empezar, no debemos olvidar que los presos algún día saldrán de la cárcel. Sin embargo, en lugar de aprovechar su ingreso para reeducarlos, la actual política penitenciaria realmente les discapacita y desestructura, sobre todo si no tienen la posibilidad de acceder al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional, de modo que puedan ir adaptándose paulatinamente a la vida en libertad. Todo ello, unido a la no reducción de los índices de reincidencia, es la factura a pagar por el actual populismo punitivo (POZUELO).

Un fenómeno similar al sufrido por Estados Unidos, que ha vivido un formidable incremento de la población penitenciaria en las últimas tres décadas. Este país ha llegado a recluir a más del 20% de la población penitenciaria mundial, siendo el primero a nivel planetario en cifras tanto absolutas como relativas, después de las Seychelles, con una ratio de 698 personas por cada 100.000 habitantes. Un incremento, sin embargo, no debido ni al aumento de la población ni a la evolución de la criminalidad, siendo por tanto otra muestra de que, como fenómeno construido (no natural), el incremento de la población penitenciaria se deriva de la adaptación de estrategias político criminales concretas que aumentan la punitividad del sistema penal. Esto es, “ni los territorios en los que más se emplea la prisión son los que presentan menor tasa de criminalidad, ni las etapas en las que el nivel de encarcelamiento crece de forma más acusada son las que se ven seguidas por mayores descensos de la delincuencia” (BRANDARIZ). Luego, desechada la vinculación entre tasas de delincuencia e índices de encarcelamiento, los factores a tener en cuenta son dos: el número de sujetos en prisión y la duración media del encarcelamiento. Y ello por no hablar de la obsesión colectiva por la persecución del tráfico y consumo de drogas, plasmada en la denominada “guerra contra las drogas” (*War on Drugs*). Un fenómeno, en cualquier caso, claramente expansionista pues alcanza a la mayoría de los países (salvo raras excepciones), duplicando e incluso triplicando en algunos de ellos la tasa penitenciaria (ej. Brasil, Indonesia y Turquía).

La única posible solución a todo esto, por tanto, proviene del nivel de resistencia intelectual que pongamos los penalistas y criminólogos comprometidos con la prevención de la delincuencia dentro de las coordenadas del Estado social y democrático de Derecho. También de la capacidad de respuesta política que sean capaces de dar los sectores más perjudicados por la globalización y políticas como la tolerancia cero (MUÑOZ CONDE). De su parte, la judicatura debe adoptar una permanente actitud de denuncia ante una política criminal que genera desproporcionadas reacciones ante la delincuencia, criminaliza la pobreza y generaliza la legislación penal y procesal de la emergencia como recurso electoralista. Ciertamente que jueces y magistrados no legislan, pero una actitud pasiva frente a todo lo que está ocurriendo, bajo la excusa de que su trabajo se limita a aplicar la legislación vigente, es una actitud dócil que recuerda a la adoptada por los jueces españoles ante los excesos represivos durante el franquismo o por sus colegas en la Alemania Nazi (LANDROVE).

Ahora bien, tampoco debemos obviar que la presión en sentido contrario es realmente fuerte, mientras la opinión pública siga siendo ampliamente favorable a un tratamiento más contundente de la delincuen-

cia. Una opinión que va unida a la sensación —errónea como hemos visto— de que la criminalidad está aumentando de forma significativa en los últimos años por factores como: el rápido y significativo aumento de la inmigración y la presencia de inmigrantes entre los autores de delitos (22%), sobre todo en lo relacionado con las organizaciones criminales procedentes de Europa del Este (rumanos, ucranianos, etc.); el creciente y desafortunado número de muertes de mujeres y/o sus hijos a manos de sus parejas o ex parejas; algunos asesinatos —aislados— cometidos por menores; o el terrorismo islamista, sobre todo tras los atentados del 11-M en la Estación de tren de Atocha en Madrid, y la más reciente aparición del autoproclamado Estado islámico (conocido como DAESH o ISIS) y sus aleatorios y siempre impactantes ataques, como los sufridos últimamente en París, Bruselas, Munich, Manchester. Ahora bien, y sobre todo, es absolutamente evidente la (mala) influencia de los medios de comunicación en tal percepción, tal y como veremos en el siguiente capítulo.

BIBLIOGRAFÍA

BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política criminal*, 2ª edic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid, 2016; CERÉZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I, Introducción*, 6ª edic., Tecnos, Madrid, 2005; DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 11-08, 2009; DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004; FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995; DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del Siglo XXI”, *Revista Española de Investigación criminológica*, 4, 2006, pp. 11 y ss; GARCÍA-ESPAÑA – BECERRA MUÑOZ – AGUILAR, “Población presa en Europa: especial referencia a la realidad penitenciaria española”, en *Revista Criminalidad*, Vol. 54, N.º 2, Julio-Diciembre 2012; LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; MIR PUIG – CORCOY BIDASOLO, (Directs.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Buenos Aires, 2007; MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, en *El Derecho penal ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»”, PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007; MUÑOZ CONDE –LORENZO SAL-

GADO -FERRÉ OLIVÉ -CORTES BECHIARELLI -NÚÑEZ PAZ, (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; REDONDO ILLESCAS, S.-GARRIDO GENOVÉS, V., *Principios de criminología*, 4ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; RIVERA BEIRAS, I., (Coord.,), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, 2ª edic, Anthropos, Barcelona, 2011; SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012; SANZ MULAS, N., “De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, en *RE-CPC*, 14-10 (2012); SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992; ZAFFARONI, R., *et. alt.*, *Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2000; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.

CAPÍTULO 5

LOS ACTORES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

1. CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL E INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Antes de analizar la indudable influencia de los medios de comunicación en la formación de la opinión pública, sustrato a su vez de la orientación político-criminal del Estado, es ineludible hacer también una reflexión sobre el gran nivel de internacionalización sufrido por la legislación penal. Se estima que en Europa aproximadamente 2/3 de la legislación penal nacional de las últimas décadas está basada en instrumentos internacionales y europeos, por lo que cabría afirmar que la legislación penal más reciente está internacionalizada. Esto es, las normas, en lugar de ser adoptadas por los correspondientes poderes legislativos nacionales (en nuestro caso, el Congreso y el Senado), son consensuadas por una fuente supranacional (ONU, Consejo de Europa, etc.) por tratarse de cuestiones comunes importantes para varios países.

Por regla general, la jurisdicción competente se determina por el lugar donde se realiza el hecho delictivo (principio de territorialidad). El problema surge cuando los comportamientos se llevan a cabo en lugares no sujetos a soberanía (piratería marítima, ruptura de cables submarinos), se realizan en varios territorios (criminalidad transnacional como la trata de seres humanos) o lesionan intereses de varios Estados (delitos internacionales como el genocidio). En concreto, la criminalidad transnacional, que muchas veces puede encuadrarse dentro de la criminalidad organizada, constituye una criminalidad de particular importancia y especialmente difícil de perseguir y sancionar (Capítulo 9).

Obviamente, la delincuencia que va más allá de las fronteras del Estado requiere una política criminal de cooperación y coordinación de todas las legislaciones implicadas, de lo que suele derivarse el compromiso de utilizar el Derecho penal y una estrecha cooperación judicial. Ahora bien, tanto desde la ONU como desde cada vez más agencias y asociaciones de carácter internacional y regional, tanto públicas como privadas, se está empezando a construir un Derecho penal que se sitúa incluso por encima del de los Estados. Un modo de legislar especialmente peligroso cuando entra en contraposición, e incluso pone en riesgo, las correspondientes Constituciones nacionales. El ejemplo más evidente para nosotros es la Unión Europea.

2. LA INFLUENCIA DE LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA

Partiendo del proceso de integración político y jurídico, en la Unión Europea se ha desarrollado un trascendental proceso de armonización legislativa en materia penal, a través de la aprobación de multitud de Directivas y Decisiones-Marco. Instrumentos jurídicos internacionales que muchas veces dejan escaso margen al legislador nacional, por lo que cabría hablar de un proceso que oscila entre la armonización y la afirmación de una competencia legislativa autónoma de la Unión. Porque supone la novedad de que sea la UE quien disponga la obligación de tipificar determinadas conductas, señalando también los márgenes de la pena a imponer.

En sentido estricto, lo cierto es que la Unión no tiene competencia legislativa autónoma, pues ni se ha transferido la potestad legislativa penal a los órganos de la Unión, ni se ha limitado, por tanto, la soberanía de los Estados miembros en este ámbito. De hecho, ninguna de las previsiones normativas europeas establece tipos penales con descripción de conductas que conlleven responsabilidad “penal”, aunque sí puedan definir lo que debe considerarse “delito” y describan las “sanciones penales” que deben preverse por los Estados para cada uno de ellos. Ahora bien, aunque los órganos comunitarios carecen de competencias para crear un Derecho penal uniforme para todos los Estados miembros, el Derecho penal de la Unión Europea sí incide en la legislación penal estatal por dos razones. La *primera*, porque las normas comunitarias prevalecen sobre las normas estatales, cualquiera que sea su rango y tanto si son posteriores como anteriores a éstas. Una primacía que también se da en el ámbito penal, aunque la Unión no tenga competencia en este espacio, siempre que la norma europea afecte a una materia sobre la que sí tenga capacidades. Y *segunda*, porque no es posible crear leyes internas contrarias a la normativa comunitaria. De ser así, deberán ar-

ticularse los mecanismos jurídicos necesarios para su derogación total o parcial (DE LA MATA).

En definitiva, si bien el Derecho penal sigue siendo competencia de los Estados miembros de la Unión, lo cierto es que ésta le impone ciertos límites, sobre todo en relación con la criminalidad transnacional y los propios intereses de la Unión (intereses económicos, moneda única, medio ambiente, propiedad intelectual, dignidad humana, derechos de las minorías, etc.). En este sentido, al principio se adoptaban fórmulas tímidas y neutrales como “*todas las medidas legislativas y administrativas procedentes*”. Sin embargo, en los últimos años se utilizan fórmulas más contundentes, que exigen la incorporación a los ordenamientos internos de determinados “delitos” descritos minuciosamente, llegándose incluso a concretar tanto el máximo como el mínimo de la pena de prisión a imponer. Esto es, respecto de cada vez más figuras delictivas, nuestro legislador se ve obligado a adaptar la normativa nacional a los mandatos que nos llegan desde Europa. Una perfecta excusa frente a la que no suele oponer la menor resistencia, participando voluntariamente de la política penal expansiva y punitiva que llega de la Unión, para lo que no duda en trasladarla, incluso literalmente, a la legislación penal interna. O peor aún, aprovecha la oportunidad para incrementar aún más la punibilidad superando los mínimos exigidos por Europa (ej. consideración de organización criminal). Porque armonizar significa crear unos estándares mínimos que se tienen que transponer rigurosamente, pero que el legislador nacional puede sin embargo traspasar aumentando aún más la rigurosidad de la norma (armonización positiva o extensiva). Y eso es, precisamente, lo que nuestro legislador suele hacer.

La armonización europea, por tanto, no sólo afecta a la armonización de normas o a la cooperación judicial o policial, sino también a la política criminal. Porque la internacionalización del Derecho penal no es una interacción equilibrada entre todos los actores, sino que su influencia depende de su poder político. Y ello por no hablar de los posibles contactos internacionales informales entre políticos, autoridades y policías; las condiciones penales exigidas por las apertura de los mercados económicos y las condiciones impuestas por las empresas para afincarse en un determinado territorio (ej., leyes fiscales, responsabilidad penal de las personas jurídicas, leyes laborales). Precisamente por ello, no nos debe sorprender la “americanización” sufrida en materia penal, dada la influencia de los Estados Unidos en los instrumentos internacionales (OEA, ONU) y en otros nacionales. De hecho, los más importantes desarrollos del Derecho penal en las últimas décadas han comenzado allí. De la parte general, cabe mencionar el Derecho penal de la empresa (*corporate liability*) y las consecuencias jurídicas del delito, donde se aprecia

la vuelta a la retribución (*just desert*), a penas privativas de libertad duras y esquematizadas (*sentencing schemes*); una severa agravación de la reincidencia (*three strikes-and you are out*) y una restricción de las medidas especiales para menores (*“you do adult crime- you do adult time”*). En la parte especial, de su lado, cabe referirse al Derecho penal económico y al informático; al Derecho penal contra la criminalidad organizada y contra el blanqueo de capitales; a las guerras penales contra las drogas y el terrorismo y al nuevamente moralizado Derecho penal sexual (*sexual harrassment*). Áreas todas ellas conceptualizadas por los Estados Unidos y que han ido posteriormente extendiéndose a otros países, entre ellos el nuestro (VOGE).

Ciertamente, el Derecho penal supera cada vez más las fronteras políticas y culturales, convirtiéndose en algunos ámbitos en un instrumento transnacional e intercultural. Ahora bien, la realidad es que la política criminal internacional, en la línea de un Derecho penal del enemigo y de la sociedad del riesgo, mantiene un discurso cada vez más punitivista y vive obsesionada por la prevención como única teoría de la pena. Cabría, por tanto, citar como rasgos definitorios de la actual política criminal europea: su progresiva expansión a cada vez más ámbitos; las decisiones penales no meditadas, consecuencia de presiones sociales o políticas; la importación de rasgos del modelo político criminal de la seguridad ciudadana y del Derecho penal del enemigo; el escaso respeto de los principios penales garantistas; la tecnocratización del Derecho penal (gobierno de los técnicos); la armonización de tercera generación y la petrificación del Derecho y el incremento constante de la represión.

Una triste realidad, frente a la que debemos seguir argumentando que la internacionalización de la materia penal sólo es legítima y funcional cuando es apropiada, necesaria y útil, buscando siempre el necesario equilibrio con los derechos humanos. Además, ¿cabe realmente hablar de un Derecho penal válido para todos? ¿Es posible un Derecho penal que tenga en cuenta todos los matices de sociedades cada vez más diversas y multiculturales? Lo cierto es que el Derecho penal armonizado no puede estar al comienzo de una integración política, sino más bien al final de la misma. De momento, no poco avanzaríamos si nos esforzáramos en el cuidado de una cultura europea, cada vez más puesta en entredicho. Comencemos por implementar un sistema para la integración de las diferentes culturas, fomentando los valores del entorno europeo, a través de políticas proactivas y un sistema educativo basado en el respeto y la convivencia pacífica (Capítulo 14).

II. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y PUNITIVISMO

Para conocer, analizar y criticar la política criminal, es ineludible identificar a los verdaderos actores de la misma. Esto es, desvelar quienes están realmente detrás, valorando los roles que efectivamente desempeñan en su definición. Actores que en el nuevo escenario global ya no son sólo nacionales, pues el crimen también ha dejado de serlo, ocupando los medios de comunicación un lugar especialmente relevante, por su enorme capacidad de generar opinión pública.

I. MEDIOS DE COMUNICACIÓN, OPINIÓN PÚBLICA Y POLÍTICA CRIMINAL.

Los medios de comunicación son los encargados de informar sobre lo que sucede a nuestro alrededor, por lo que nuestro conocimiento de la realidad depende de su conversión en noticia. Un acontecimiento es noticia sólo cuando algo lo diferencia del resto de sucesos sociales y esa diferencia se la otorgan los medios de comunicación. Los medios tienen, por tanto, el poder de situar en el debate público una determinada cuestión, convirtiéndola así en asunto de interés nacional y con independencia de la importancia que realmente tenga. Luego los medios no son sólo un mero reflejo de la realidad, pues a la hora de seleccionar las noticias ya está implícito su poder para destacar determinados sucesos, dejando por tanto en el olvido otros (una de las principales críticas que se hacen en las cartas al Director de algunos periódicos).

Los medios de comunicación de masas, en consecuencia, actúan como auténticos agentes de control social, que reconocen y delimitan cuales son los problemas sociales, al tiempo que generalizan enfoques, perspectivas y actitudes ante ellos. Pensamientos “dirigidos” que resultan preocupantes cuando se refieren al fenómeno criminal, creando una opinión pública que en nuestro tiempo tiene la fuerza que tenía la ideología en siglos pasados: rige la sociedad influyendo en las políticas públicas, entre ellas, por supuesto, la política criminal (ZÚÑIGA). Los medios de comunicación social, casi nunca de forma inocente, orientan a la opinión pública reelaborando la realidad. Bien dramatizando morbosamente la información sobre crímenes tan aberrantes como infrecuentes (ej. asesinato de un menor por su propios padres), o bien manipulando las estadísticas criminales. Y como nos recuerda LANDROVE, “los números pueden ser torturados hasta el punto de hacerles decir lo que nos venga en gana; incluso, denunciando la pretendida suavidad de las penas impuestas en alguna oportunidad o la actuación de jueces en excesivo permisivos; pero, sobre todo, subrayando la condición de inmigrante o de gitano del delincuente o que el delito ha sido cometido

por un interno durante el disfrute de un permiso de salida del establecimiento penitenciario”.

En definitiva, la percepción ciudadana sobre la delincuencia no proviene generalmente de la propia experiencia, sino de la información recibida sobre el tema. La alarma social se produce cuando los medios dicen que se ha producido. Los *mass media* se han convertido, por tanto, en protagonistas de los análisis de la política criminal en nuestro país, siendo ya considerados uno de los actores básicos del giro punitivista adoptado por nuestro sistema penal en las últimas décadas. Una influencia trascendental en la política adoptada en materia criminal, que se ha conseguido básicamente a través de dos mecanismos: el fenómeno de la “agenda setting” (tematización de la agenda) y la técnica del “framing” (encuadre de la noticia).

2. AGENDA- SETTING Y RELEVANCIA DE LO CRIMINAL

Por *agenda-setting* se debe entender “el proceso en que los medios, por la selección, presentación e incidencia de sus noticias, determinan los temas acerca de los cuales el público va a hablar” (GARCÍA ARÁN-PERES NETO). Esto es, en relación a la delincuencia (y/o su percepción), cabe estudiar la correlación entre la atención mediática de la delincuencia y la preocupación de los ciudadanos por la inseguridad ciudadana. Y para ello nada mejor que comprobar la evolución del número de noticias sobre la criminalidad en las dos últimas décadas, pudiendo verificarse una clara relación entre la preocupación de los españoles y el contenido de las noticias aparecidas en los medios, además de una cierta vinculación con las decisiones políticas.

Ciertamente, lo criminal es mediático por naturaleza, pero en los últimos tiempos los medios de comunicación le prestan cada vez más atención, con lo que los poderes públicos están recibiendo una mayor presión en este sentido. Una atención creciente, que sin embargo no se debe a un incremento de la criminalidad, sino a factores como la mercantilización y privatización de los medios de comunicación. Un fenómeno que ha traído consigo el que el objetivo principal, ya no sea formar una opinión pública, sino, ante todo y como cualquier otra empresa, el beneficio económico. Una búsqueda a toda costa de beneficios, que ha convertido la información en un espectáculo, en un producto más entretenido, reduciendo los costes.

Proliferan así los programas de infoentretenimiento (Espejo Público, el Programa de Ana Rosa, etc.), que han encontrado en las noticias sobre criminalidad un verdadero negocio, compitiendo por la cuota de *share*. En ellos a veces se cuenta con el soporte de un “reportaje de investi-

gación” o con algún invitado especial (forenses, criminológicos, psicólogos e incluso las propias víctimas o sus familiares) y siempre con uno o varios “especialistas en sucesos”. Personas estas últimas, que sin tener ningún nivel real de especialización para opinar en materia de penas o reformas penales, sin embargo desacreditan con sus manifestaciones a las voces sí especializadas (juristas, criminólogos, jueces o fiscales).

Sea como fuere, en este contexto la información sobre la delincuencia es muy barata, fácilmente accesible (fuentes oficiales, la propia víctima, etc.) y muy versátil, por lo que se tiene público asegurado. De hecho, la propia evolución social, con una ciudadanía cada vez más insegura en sus perspectivas de vida (trabajo, vivienda, oportunidades), encuentra en los medios y en el tratamiento dramático, emotivo y en clave de entretenimiento de la delincuencia, el vehículo perfecto para expresar sus propios miedos o inseguridades. De su parte, la propia revolución tecnológica y el aumento claro de la disponibilidad de la imagen, dotan a la delincuencia de una mayor visibilidad. Todos disponemos de un teléfono con el que podemos captar imágenes en cualquier momento, además de que cada vez hay más cámaras de vigilancia en calles y establecimientos de todo tipo.

3. LA TÉCNICA DEL *FRAMING* Y SU INFLUENCIA EN LA POLÍTICA CRIMINAL

Este creciente interés por la delincuencia debe, además, ponerse en relación con la propia lógica de funcionamiento de los medios de comunicación. Lógica que tiende a la problematización y sobredimensión de la delincuencia (*framing*), repercutiendo de forma decisiva en la política criminal a adoptar.

Framing es la importancia decisiva, que a la hora de interpretar un hecho, tiene el contexto o marco de referencia en que el mismo es encuadrado. En el ámbito de la comunicación, la teoría del *framing* hace referencia a que los medios determinan no sólo que es lo “noticiable”, sino también cómo pensar sobre ello. Esto es, a través del uso de determinados marcos de referencia e interpretación (*frames*), los medios construyen una determinada imagen de la delincuencia, del delincuente y de la justicia penal. Imagen que es caldo de cultivo de una política criminal punitiva, pese a que no se corresponda con la realidad criminal.

Una imagen distorsionada de la realidad, que se caracteriza por la obsesión con la delincuencia más truculenta (homicidios, asesinatos, violaciones, etc.), que además se trata de forma dramática y sensacionalista (titulares alarmistas, en primera plana, con apoyo gráfico). Una realidad acentuada cuando se trata de la televisión, pues además de poder

recurrir a la fuerza narrativa del relato, tiene la nota de actualidad de la que no disponen los medios impresos, que salvo en las ediciones digitales, deben esperar al día siguiente para dar la información. Noticias que, en cualquier caso, se centran en los aspectos individuales y episódicos del suceso, obviando el contexto social o las causas estructurales de la delincuencia. En definitiva, un encuadre de la noticia caracterizado por:

A) El protagonismo absoluto de la víctima

La víctima del delito es siempre la protagonista de la crónica (con imágenes ilustrando su sufrimiento), a la que se otorga el monopolio de la descripción del caso, relegando el punto de vista del autor, al papel de verdugo, villano o mero contrapunto discursivo. Se utiliza el sufrimiento de las víctimas como mecanismo de persuasión y captación de los espectadores, quienes perciben la situación como injusta, mostrando solidaridad y compasión con el que sufre.

B) Deshumanización del delincuente

La construcción de la imagen del delincuente, sin embargo, se hace a partir de la peligrosidad. Se le deshumaniza, utilizando muchas veces “alias” —ej., el violador del Ensanche—, siendo presentado como un monstruo o un loco. Se le trata en todo caso como culpable, aunque aún sea sólo sospechoso o acusado y pese al socorrido recurso del término “presunto”. Se parte de un supuesto determinismo causal, concluyendo con que actuó como sólo podría actuar, pues proliferan los adjetivos de monstruo, loco, pervertido, criminal, bestia, etc., alejándolo así de la posible empatía del telespectador. En cualquier caso, tampoco se duda en recurrir a su origen extranjero, siendo habitual que siempre que esté implicado algún no nacional se haga alusión a su nacionalidad, lo que refuerza el discurso que asocia inmigración con inseguridad. Discurso que alimenta valoraciones xenófobas e incrementa respuestas marginadoras y reacciones discriminatorias, incluso desde las propias instancias de control (Capítulo 10).

En definitiva, la imagen del delincuente es relegada a un segundo plano, salvo que se trate de un delincuente socioeconómico. Respecto a éstos el enfoque es muy distinto, valorándose con mayor levedad y en el apartado de “crónicas de sociedad”. Aquí el discurso cambia radicalmente: el protagonismo de la víctima, ahora difusa, desaparece; se desdibuja su perfil como delincuente peligroso; el acusado muchas veces genera empatía con el periodista, pudiendo exponer su propia versión de los hechos; y se pide que el Derecho penal muestre su cara más humanitaria, reivindicándose las garantías penales y constitucionales.

C) *Pena como retribución*

En cuanto a la finalidad a perseguir por la pena que se desea imponer al delincuente, ésta es la retribución, el castigo “justo” como anclaje ideológico en clave de venganza. Si se propone un derecho de las víctimas al castigo y un perfil del delincuente como sujeto peligroso, es porque se considera que la única finalidad de la pena es el mayor castigo posible por el hecho cometido. La resocialización, en consecuencia, es vista como otra de esas “trabas” legales que no permiten hablar de verdadera justicia frente al dolor sufrido por la víctima.

D) *Desprecio de las garantías penales y procesales e imagen distorsionada de la Justicia.*

Y es que las garantías penales y procesales son presentadas como un lastre para la eficacia en la lucha contra el delito, como concesiones excesivas para los delincuentes. Esto es, también se distorsiona la imagen mediática de la Justicia, pues el buen funcionamiento del sistema penal no es noticia, sólo lo es cuando se producen presuntos “fallos” de la justicia penal por lenta, ineficaz o excesivamente benévola. Una visión simplificada y reduccionista de la actualidad criminal, que tiende a identificar como causa de la criminalidad los fallos y el exceso de benignidad del sistema penal, la escasa severidad de los jueces o el abuso de las garantías sustantivas y procesales. Son ejemplos en este sentido: “Vente a España, esto es el paraíso, la policía ni te toca” (El País, 28 de mayo de 2006); “50 personas acumulan 7.000 detenciones” (El País, 23 julio 2007); “Rebajada la pena a dos violadores por no causar otras lesiones” (El País, 2 febrero 2010) —si se lee atentamente la noticia, se refiere a la que las lesiones no fueron más allá de las consustanciales a la propia violación, por lo que no cabría condenar también por un delito de lesiones—.

En este tipo de noticias, por tanto, siempre impera lo negativo y predomina la violencia y el dramatismo, inflándose con ello artificialmente la magnitud del problema real de la delincuencia. Una forma de presentar los hechos, que induce a la audiencia a responsabilizar del problema al individuo sobre el que recae la noticia, sin preguntarse por las causas profundas de los mismos. Una presentación del delincuente como alguien extraño, incapaz de despertar empatía entre los ciudadanos, que ha conducido a la peligrosa identificación de inmigración con delincuencia, lo que supone uno de los *frames* más potentes y recurrentes de la última década (Capítulo 10).

En definitiva, el fenómeno de la *agenda-setting* y el uso de la técnica del *framing*, contribuyen a la construcción y dispersión de una serie de mitos que favorecen una política criminal claramente punitivista. En

concreto, ante el mito de un aumento constante de la delincuencia violenta, obra de delincuentes extremadamente peligrosos y frente a la que contamos con la única ayuda de una justicia excesivamente benévola, la dirección político criminal sólo podía ser punitivista, siendo muy frecuente que todo acabe con una solemne declaración política sobre la voluntad de modificación de la ley penal. Una reforma que generalmente es para endurecer aún más el CP, mediante la creación de nuevos delitos y/o un endurecimiento de los ya existentes, tal y como demuestran las últimas reformas llevadas a cabo (años 2003, 2010 y 2015). Reformas que en sus exposiciones de motivos se legitiman aduciendo, precisamente, la “alarma social” generada por las informaciones publicadas sobre determinados hechos criminales.

Pero, ¿a quien le puede interesar que esto sea así? ¿El poder para elegir los temas que serán objeto de debate público es un poder autónomo de los medios (para ganar espectadores, incrementar la audiencia, etc.) o es el reflejo de otras luchas de poder e intereses que se sirven de ellos para influir en los ciudadanos?

III. LOS PODERES DEFINIDORES DE LA AGENDA MEDIÁTICA

1. PARTIDOS POLÍTICOS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Al convertirse los medios de comunicación en un poder configurador de la sociedad, obviamente el poder político también está interesado en controlarlos aprovechando los espacios de influencia que le otorgan. Mientras los periodistas necesitan acudir a las fuentes políticas para informar sobre la actualidad política, elemento nuclear de los informativos y periódicos, los políticos necesitan de los medios para difundir y proponer sus programas, sus opiniones, sus críticas, que dirigen a los ciudadanos. Esto es, no se puede obviar las alianzas claras entre los medios de comunicación y los grupos de poder para sus particulares intereses. De hecho, y como cualquiera puede comprobar, tanto las diferentes cadenas de televisión como los periódicos más influyentes de nuestro país, no realizan una cobertura homogénea de la realidad, pues depende de la ideología en que se sustentan. Los medios no son un bloque homogéneo de poder, sino que tienen relaciones estrechas con otros sectores de poder, en particular político. De hecho, los ciudadanos buscamos información que sea acorde con nuestras actitudes, con nuestra forma de ver las cosas o incluso con nuestra ideología, algo especialmente relevante en el ámbito del sistema penal y del problema de la delincuencia.

En concreto, a través de la política criminal, debidamente difundida mediante los medios “más afines”, los diferentes gobiernos buscan mitigar la indignación y el miedo colectivos. De este modo, se restaura la credibilidad en la capacidad institucional de control del delito, algo especialmente necesario en una etapa de desconfianza en los representantes públicos. Ahora bien, también se puede usar para disipar de la agenda mediática un tema que les sea desfavorable, produciendo un nuevo asunto que desplace el debate, eliminando o al menos restando importancia al anterior (ej, imputación de Rita Barberá y titiriteros acusados de apología al terrorismo). Y ello por no hablar de la indudable transcendencia que la materia criminal está teniendo en los debates preelectorales. Es obvia la progresiva conversión de las estrategias y prácticas de protección ante la criminalidad en materia de debate político-electoral, marginando con ello a los verdaderos expertos en las políticas punitivas. Una utilización populista del Derecho penal, que sólo busca generar en la opinión pública la imagen positiva de preocupación ante la delincuencia (Derecho penal simbólico). Una utilización torticera del CP, cuyo cambio se asocia con un inmediato rédito electoral, menospreciando la vulneración que ello pueda suponer para los derechos fundamentales de los ciudadanos.

2. ASOCIACIONES DE VÍCTIMAS Y OTROS GRUPOS DE INTERÉS (LOBBIES)

En cualquier caso, al tradicional trinomio *opinión pública* (ciudadanía) — *poder político* — *medios de comunicación*, podría añadirse un sector difuso compuesto por varios “grupos de interés” o *lobbies* (asociaciones de diverso tipo), que también luchan por elevar al debate público los asuntos de su interés. Un entramado de fuerzas (económica, política, mediática, civil), cada una de las cuales tiene interés en fijar la agenda y con ello el elenco de prioridades (y por exclusión, invisibilidades) públicas. Una relación de poder, donde lógicamente las estructuras más poderosas son las que tienen acceso privilegiado a los medios, y así mayor capacidad para determinar la agenda pública, resultando más difícil que lo hagan los movimientos sociales o determinados grupos, a no ser que sus intereses coincidan con los de los más poderosos.

Convertir la delincuencia en primera noticia, como un grave problema social, es algo que interesa a muchos grupos de poder por diferentes motivos (políticos, asociaciones de víctimas, sectores económicos, sectores profesionales, etc.). Grupos que por ello van a tratar de acceder a los medios de comunicación para lanzar el mensaje de que hay un problema y urge hacer algo. Una presión mediática difícil de resistir por parte del poder político, encargado de asegurar la paz pública y que de-

pende cada vez más de la imagen transmitida por los medios. Además, el tiempo de respuesta es un factor clave en política, no admitiéndose respuestas diferidas. Esto sin duda dificulta una respuesta reflexionada y racional, favoreciendo así la reacción más inmediata y fácil: la reforma de la ley penal.

Concretamente, es apreciable el papel de los *lobbies* de víctimas (terrorismo, violencia machista, seguridad vial, etc.,) en muchas de las últimas reformas llevadas a cabo: LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género; LO 5/10 y caso de la niña Mari Luz Cortes; LO 1/15 y caso Marta del Castillo; reforma de la Ley penal del menor y caso de Sandra Palo, crimen de la Vila Olímpica, crimen de la catana y crimen de San Fernando, etc. Víctimas que, declarando sentirse desprotegidas ante un Derecho penal excesivamente blando y tolerante, reivindican su “derecho a la dureza del castigo” y penas más graves, rechazando toda previsión legal que permita reducir de algún modo la pena. Un fenómeno en gran expansión, que en ocasiones se acompaña de la recogida de firmas reivindicativas de medidas como la reclusión perpetua (ya introducida en el CP por LO 1/15) o la publicación de infamantes listas de violadores o maltratadores (que ya veremos cuanto tarda en ser una realidad). Pero no sólo eso, las víctimas anteriormente reducidas al olvido, hoy son exhibidas públicamente por políticos y medios de comunicación social, que con frecuencia explotan y manipulan su trágica experiencia en función de intereses muy concretos. Esto es, la voz que en ocasiones se concede a las víctimas en los medios de comunicación, para que relaten con el mayor lujo posible de detalles sus traumáticas experiencias, es frecuentemente manipulada para asegurar que se ajusta a un determinado mensaje político del que desde ese momento ya forman parte.

Ahora bien, y sin embargo, un Derecho penal democrático nunca debe basarse en meras encuestas de opinión, a ciudadanos generalmente carentes de información esencial o construida a partir de un discurso que consideran el único existente. Y con ello no se critica el discurso de la víctima, sino que las instancias mediáticas y políticas lo consagren como el único, ignorando que su posición es lógicamente parcial (subjetiva), mientras que la del Estado debe ser mediadora y racional (objetiva).

3. CONTROL DE LOS MEDIOS Y RESPONSABILIDAD DEONTOLÓGICA

En definitiva, la responsabilidad de los medios de comunicación es de tal magnitud, que puede afirmarse que de su uso adecuado depende el futuro de una sociedad que, queramos o no, es esencialmente mediática. Se les debe, por tanto, exigir el cumplimiento de los deberes pro-

fesionales establecidos, entre otras normas, en el Código Europeo de Deontología del Periodismo (Consejo de Europa, 1 julio 1993). Deberes que se infringen continuamente a la hora de informar sobre hechos criminales, sobre todo cuando de los programas de infoentretenimiento se trata. Estos espacios televisivos, no verifican y comprueban oportunamente las noticias, además de mostrarse parciales en su exposición, descripción y narración (apt. 4). De igual modo, confunden lo conflictivo o espectacular con lo importante desde el punto de vista informativo (apt. 30); no respetan la presunción de inocencia, contribuyendo a la existencia de juicios paralelos (apt. 22); y no defienden la democracia y la tolerancia, contribuyendo al lenguaje del odio y a la discriminación por razón de la cultura (apt. 33).

En resumen, los principios y garantías político-criminales señaladas en la Constitución son menospreciados para el bien del relato y la cuota de pantalla. Una situación que urge cambiar, pero sin confundir las advertencias de control con censura periodística. De hecho, este tipo de programas están muy lejos de la información y no pasan de ser meros espectáculos. En cualquier caso, el conflicto entre valores constitucionales como la presunción de inocencia, la humanidad de las penas o la no discriminación, por una parte, y la libertad de información, por otra, justificarían el control de sus contenidos. Un control que no tiene porqué ser judicial o sancionador, bastando con la intervención de alguna institución independiente que valore, advierta y en su caso denuncie públicamente, a quienes afecten a valores democráticos esenciales.

4. EL PAPEL NEURÁLGICO DE LA ACADEMIA

La Academia, finalmente, debe contribuir a la formación de la opinión pública a través de una comunicación clara y comprensible. Debe desempeñar el papel que le corresponde a la hora de denunciar y rebatir la manipulación, sobre todo a la hora de aportar soluciones. Los académicos debemos aportar información a los ciudadanos, de modo que puedan formar una opinión pública contrastada e informada. Para ello debemos comunicarnos de forma apropiada, relevante e interesante, contando bien las historias que sean complejas y subversivas, de modo que puedan ser correctamente entendidas. En definitiva, y como ya adelantábamos, los académicos debemos recuperar el papel de divulgadores científicos dentro del debate político (POZUELO). Papel que nos ha sido injustamente arrebatado por charlatanes y supuestos “periodistas”, que no sólo no han pasado jamás por una Facultad de Derecho, sino tampoco de Periodismo, lo que es si cabe más lamentable.

BIBLIOGRAFÍA

BORJA JIMÉNEZ, E., *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; BORJA JIMÉNEZ, E., “Globalización y concepciones del Derecho penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009), pp. 141 a 206; CANCIO MELIÁ, M., “Internacionalización del Derecho penal y de la Política criminal: algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo”, *Revista Cinepec*, 29, 2010, Enero-Diciembre; DE LA CUESTA ARZAMENDI – PÉREZ MACHÍO – UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, (Dir.), *Armonización penal en Europa*, IVAP, European Inklings (Eui), Nº 2, 2013; DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Derecho penal europeo y legislación española. Las reformas del Código penal*, Tirant lo Blanch, 112-colección delitos, Valencia, 2015; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., “Normativa europea de relevancia penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 17, 2012; FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El Derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2014; FUENTES OSORIO, J.L., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, en *RECPC*, 07-16 (2005); GARCÍA ARÁN, M. – BOTELLA CORRAL, J., (Dir.), *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; IGARTÚA-MUÑIZ-OTERO-CHENG-GÓMEZ ISLA “Recepción e impacto socio-cognitivo de las noticias sobre inmigración”, *Revista de Psicología Social*, 2008, 23 (1); KUBICIEL, M., “Ciencia del Derecho penal y política criminal europea”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXXIV, julio-diciembre de 2013; MENDEZ RODRÍGUEZ, C., “Hacia la internacionalización del Derecho penal”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE – SANZ MULAS, (Coord.) *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, pp. 33 a 64; PÉREZ OLIVA, “Quejas por acción u omisión”, Sección El Defensor del Lector, diario *El País* de 7 de noviembre de 2010; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013; RECHEA ALBEROLA-FERNÁNDEZ MOLINA-BENÍTEZ JIMÉNEZ, *Tendencias sociales y delincuencia*, Centro de investigación en Criminología” (Universidad de Castilla-La Mancha), nº 11, 2004; SOTO NIETO, S., “La influencia de los medios en la percepción de la delincuencia”, en *RECPC*, 07-09 (2005); TAMARIT SUMALLA, J., “Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio comparado europeo”, en *RECPC*, 09-06 (2007); VARONA GÓMEZ, D., *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, Marcial Pons, Madrid, 2016; VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, *InDret* 1/2011, Barcelona, enero de 2011; VOGÉ, J.R., “La internacionalización del Derecho penal y del proceso penal”, en *Revista Penal*, nº 22, Julio 2008.

CAPÍTULO 6

POLÍTICA CRIMINAL EN LA TUTELA DE LA VIDA

I. LA PROTECCIÓN DE LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO FUNDAMENTAL

La vida humana, como bien jurídico fundamental y presupuesto de todos los demás, se tutela desde todas las ramas del Ordenamiento jurídico, entre ellas el Derecho penal. Para empezar, nuestra Constitución en su art. 15 manifiesta que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...”. Se trata, por tanto, de un derecho protegido de forma absoluta. Ahora bien, en la actualidad y como ya sabemos, no se le da el mismo valor a la vida humana dependiente (el feto) que a la vida humana independiente, de modo que al atentado sobre la vida del primero se calificaría como delito de aborto, mientras que en el segundo supuesto ya hablaríamos de homicidio. De igual modo, el Ordenamiento jurídico en supuestos muy concretos de conflicto de intereses (legítima defensa, estado de necesidad) puede llegar a permitir, o mejor dicho justificar, el atentado contra la vida de otra persona.

En cualquier caso, es el Derecho penal el encargado de proteger la vida frente a los atentados más graves, a través de delitos como el homicidio, asesinato, aborto, auxilio y cooperación necesaria al suicidio, eutanasia, asesinato terrorista, delitos contra la Corona, etc. El modo en que estas figuras se regulan depende del sistema político, las condiciones de tiempo y lugar y, por supuesto, también la moral dominante. Porque todavía hoy permanecen abiertos algunos de los viejos conflictos de derechos de relevancia constitucional y penal, cuyas posiciones dependen del enfoque que uno tenga sobre las relaciones entre la Ética y el Derecho. Sin ir más lejos, este es el caso de la eutanasia y el aborto.

A esto cabría añadirle la pretensión de limitar jurídicamente determinadas líneas de investigación, sobre todo en el campo biomédico, donde vuelven también a aparecer los prejuicios éticos de legisladores e intérpretes (técnicas de reproducción asistida, clonación, investigación con células madre, etc.).

Pensemos sino en el diferente valor real de la vida de un país a otro. En países como Siria, Irak, Afganistán o México, la muerte se produce de forma sencilla y casi inevitable por el Estado. Una impunidad frente a las continuas agresiones a la vida de sus ciudadanos, que al final sólo refleja una desprotección real de la misma, que en comparación disfruta de una mayor tutela en otras áreas geográficas, como por ejemplo Europa Occidental. Porque el valor dado a la vida también depende del poder que realmente tienen los Estados para otorgar ese amparo a la vida de sus ciudadanos. Tras los atentados del 11-S, Estados Unidos inició una ofensiva mundial basada en la “guerra contra el terrorismo mundial”, que se cuantifica en varios cientos de miles de víctimas catalogadas como “daños colaterales”. Tampoco parecen importar a nadie los miles de muertos en las guerras abiertas a lo largo y ancho del Planeta y la vida de los millones de desplazados derivados de ellas (ej. Siria). Se trata, en cualquier caso, de temas aún más complejos en sociedades cada vez más multiculturales. En especial cuando esta condición se refleja en órdenes éticos que no siempre coinciden en sus valoraciones o que incluso pueden llegar a contradecirse. Pensemos, por ejemplo, en los “crímenes de honor” propios de algunas culturas minoritarias, en los que se antepone el valor del honor familiar al de la propia vida de uno de sus miembros.

II. HOMICIDIO vs ASESINATO

¿Por qué la distinción entre ambas figuras en la mayoría de los códigos penales? El asesinato, pese a consistir también en matar a otro como el homicidio, revela con su conducta una especial perversidad por los móviles que inducen al autor a hacerlo (ej. cobrar una recompensa) o por el modo de llevarlo a cabo (a traición, provocando más daño del necesario, sobre una persona indefensa, etc.). Ante estas diferentes modalidades homicidas, se puede optar por calificar el hecho como un homicidio genérico, al que se le aplican después una o varias agravantes (por tanto el asesinato no sería más que un homicidio agravado); o configurar un delito propio de asesinato diferenciado ya normativamente del homicidio. Esta segunda opción es la elegida por nuestro legislador. Pero, ¿por qué esta diferencia?, ¿por qué es más grave el asesinato que el homicidio?

Históricamente, la distinción se podría explicar basándose en los criterios propios de la culpabilidad del autor (el instinto perverso, ruin, bajo y pérfido en la forma y los motivos de su acción). Sin embargo, en el moderno Derecho penal, caracterizado por ser un Derecho penal del hecho y no del autor, esto ya no tiene ninguna lógica. Ese fue, precisamente, el motivo por el que desaparecieron los delitos de parricidio e infanticidio, que actualmente se consideran homicidios agravados por la circunstancia mixta de parentesco. En definitiva, la existencia actual del delito de asesinato no puede entenderse desde el marco de los principios básicos del Derecho penal, sino desde un punto de vista exclusivamente político criminal.

La tradición histórica de esta figura de la Edad Media, con la existencia de una secta de fanáticos musulmanes, los “asesinos” (que perpetraban muertes silenciosas con arma blanca contra sus enemigos políticos y religiosos), justifica ya el mantenimiento de esta figura en todos los códigos penales occidentales. También se justificaba en regímenes punitivos en los que perduraba la pena de muerte o la cadena perpetua para explicar el “salto punitivo” que permitiese la imposición de estas sanciones. Otros argumentos apuntan a la especial peligrosidad del autor, que justifican una respuesta más contundente del sistema penal (Derecho penal de autor). Explicaciones, sobre todo las dos últimas, con perfecta aplicación a la realidad legislativa española.

Y es que la *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reforma el CP*, introduce novedades importantes en los que hasta ahora parecían “intocables”: los delitos de homicidio y asesinato. Se trata de una reforma que adopta como referencia el modelo alemán y que, buscando justificar la introducción de la pena de prisión permanente revisable, aboga por un campo de actuación en el que por sus implicaciones emotivas o sentimentales pudiera parecer aceptable (muertes de niños, adolescentes, ancianos, las muertes subsiguientes a delitos sexuales, etc.). Un modelo ya de entrada obsoleto y censurable, por anacrónico, pues proviene de los tiempos del nacionalsocialismo alemán y, por ello, ajustado al llamado “Derecho penal de autor”. Un claro Derecho penal simbólico que, buscando demostrar la dureza ante este tipo de delitos, deja en manos de las víctimas la selección de la política criminal. Porque no fueron sino las reclamaciones de justicia de los padres de Marta de Castillo y la niña Mariluz, asesinadas ambas en trágicas circunstancias, lo que llevó al gobierno a introducir la prisión permanente revisable para estos delitos.

En este sentido, en el delito de homicidio, si bien deja intacta la redacción anterior, ahora convertida en el tipo básico, incorpora un tipo agravado siempre que concurran alguna de las siguientes circunstancias:

que la víctima sea menor de 16 años; que el homicidio sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual; que se cometa en el seno de una organización criminal o que sea reiterado. De igual modo, se despliega una especial protección cuando se trate del homicidio de autoridades, funcionarios y agentes de la autoridad en el en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. De su parte, en lo que al asesinato se refiere, se incluye un tipo hiperagravado castigado con pena de prisión permanente revisable (art. 140) si concurre cualquiera de las siguientes circunstancias: que la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad; que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

La característica más llamativa de la reforma, por tanto, es la de pretender resolver en la parte especial del CP, problemas que deberían resolverse en la parte general a través de la reglas concursales, y abandonar el sistema de agravantes generales para incluir numerosos tipos agravados en delitos correspondientes. Se prescinde, en consecuencia, de la diferenciación entre parte general y parte especial, perfilando una legislación casuística que sólo puede dar lugar a soluciones diferentes ante casos similares. Por no hablar de que se trata de una puerta abierta, por la que entrarán nuevos supuestos según las reivindicaciones de los diferentes grupos de víctimas, a través de la correspondiente presión mediática (Capítulo 5).

En cualquier caso, y por si esto fuera poco, se incluye como circunstancia calificadora de asesinato, junto a las tradicionales alevosía, ensañamiento, precio, promesa o recompensa, que el hecho se cometa “*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*” (art. 139.1.4^a). Al respecto, no se entiende el porqué tener una determinada motivación para llevar a cabo el homicidio, debe conllevar una mayor sanción. Sobre todo si tenemos en cuenta que, salvo casos verdaderamente patológicos, los actos contra la vida siempre van más allá de la mera intención de matar. Nos encontramos, por tanto, ante una actualización de la vieja polémica sobre los “*motivos reprochables*”, que no deberían llevar a mayores consideraciones ni de injusto ni de culpabilidad, sino queremos desembocar en un Derecho penal de autor (ÁLVAREZ GARCÍA-VENTURA PÜSCHEL).

En definitiva, se trata de una reforma rechazable y arbitraria, además de sumamente incoherente a la hora de elegir las circunstancias agravatorias. Y es que, por ejemplo, ¿por qué se considera relevante en

el homicidio que la edad de la víctima sea inferior a dieciséis años, que la muerte sea “subsiguiente” (y no por ejemplo antecedente o acompañante) a un delito contra la libertad sexual o que el delito lo cometa un miembro de una organización criminal, cuando se trata de circunstancias que ni siquiera convierten el homicidio en asesinato?

III. EL DEBATE FRENTE AL SUICIDIO Y LA EUTANASIA

1. DELINEAMIENTOS DEL PROBLEMA: ¿EXISTE EL DERECHO A DISPONER DE LA PROPIA VIDA?

El suicidio es un ataque contra la propia vida del que lo realiza y es impune. Sin duda, existen múltiples razones para explicar tal impunidad. La más importante es que carece de sentido castigar al suicida por razones, sobre todo, de ineficacia político-criminal de la pena. Ahora bien, esta impunidad no significa, sin embargo, que el Ordenamiento jurídico se manifieste indiferente frente a tal acto. La vida es objeto de protección en el ámbito penal, incluso frente a la voluntad de su titular, que no tiene derecho a disponer sobre ella libremente, y que en consecuencia no está legitimado para autorizar a los demás que lo maten.

En el primer caso, el legislador ha considerado, con razón, que no puede castigar a quien atente contra su propia vida. Porque si el suicidio se consuma no puede castigar a un muerto. Y si no se consuma, porque carece de sentido, desde el punto de vista preventivo-general y especial, imponer una sanción a quien ha demostrado con su intento el escaso interés que tiene en los asuntos terrenales, esto es, su falta de interés por estar vivo. En estos casos, aunque el Derecho penal realmente *quiere* proteger su vida, *no puede* sin embargo intervenir. Luego, no significa que el Estado respete de forma absoluta la decisión de la persona que desea poner fin a su vida, porque si fuese así no se tomarían medidas ante quien, por ejemplo, amenaza con suicidarse lanzándose al vacío desde una azotea. En estos casos las fuerzas públicas deben intervenir y, si no pueden hacerlo, los obligados somos los ciudadanos, o de lo contrario cometeríamos un delito de omisión del deber de socorro.

En el segundo caso, cuando en la toma de decisión del suicidio o en la ejecución del mismo intervienen terceras personas, el legislador no ha querido que la impunidad del suicido se extienda a personas distintas al suicida. Porque la disponibilidad de la vida, en el caso de que ésta cupiera ser reconocida, se refiere a la vida propia, no aceptándose la intervención de ningún extraño. Esto es, al tratarse de una situación sumamente delicada psicológicamente hablando, debe cerrarse la eventual

intervención de terceras personas, a efectos de proteger la vida ante posibles abusos (ej., el abuelete rico que en un momento de depresión es animado por sus herederos a terminar con su vida “y así dejar de sufrir”).

En definitiva, el Código penal lo que hace no es castigar el suicidio en sí mismo, como decisión y acto ejecutivo absolutamente personal, sino las conductas de inducción o auxilio a éste por terceras personas. Conductas de participación en el suicidio, que de otra manera probablemente hubieran quedado impunes, en base al principio de accesoriedad de la participación o al de unidad del título de la imputación. Porque el suicidio es, ciertamente, la consecuencia de una situación psíquica conflictiva, pero también una forma racional de respuesta a los problemas de la vida, un acto supremo de libertad. Si en el ejercicio de esa libertad una persona adulta decide acabar con su propia vida, las formas de participación y favorecimiento doloso por parte de terceros en esa decisión, sólo pueden castigarse en la medida en que exista un precepto específico que disponga expresamente. Y así lo hace el CP, si bien con una pena obviamente inferior a la del homicidio, por tratarse de una muerte finalmente consentida.

Para el Ordenamiento jurídico la vida del suicida tiene, por tanto, más valor que su libertad para disponer de su propia existencia. Pero ¿es legítimo que el Estado quiera mantener a ultranza la vida de quien no quiere vivir más? Es más, si esta persona no puede acabar con su vida por sí misma y necesita de la ayuda de otras personas para ello, ¿existe fundamento ético que justifique la incriminación de estas terceras personas?

Si entendemos el derecho a la vida, como derecho a la vida deseada por su titular, el Estado no está obligado a castigar el comportamiento de quien contribuya a la muerte deseada de otra persona, quien ha tomado tal decisión con libertad y plena capacidad de obrar. La dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad están en la base de todos los derechos fundamentales, incluido el derecho a la vida. Es más, si los poderes públicos impiden penalmente que una o varias personas auxilien a quien desea acabar con su vida, estarían atacando directamente el libre desarrollo de su personalidad e incluso su dignidad humana. Una obligación tortuosa a seguir viviendo, que sin duda se empeora en aquellos casos en que quien pide morir sufre una enfermedad dolorosa (física y/o psíquicamente) e incurable.

En definitiva, la gran cuestión no es sino otra que: ¿es la vida un bien jurídico disponible? Como bien sabemos, con la tecnología de que disponemos actualmente, la vida se puede prolongar, o al menos parar el desenlace natural de la muerte, dependiendo de la decisión de un médico o de un familiar el que sea o no así ¿Qué ocurre después si esa si-

tuación se prolonga y la familia o el propio enfermo no están de acuerdo en mantener la vida de ese modo? ¿La persona enferma puede disponer de su propia vida, pidiendo, si así lo desea, ayuda para morir?

Una de las novedades más relevantes del CP de 1995, es la regulación por primera vez de la eutanasia (art. 143.4 CP). La eutanasia se contempla como cooperación o ejecución de la muerte de un suicida, cuando éste lo solicita por padecer una enfermedad grave incurable o que produzca graves padecimientos difíciles de soportar. En estos casos, se rebaja la pena en uno o dos grados respecto de las modalidades de cooperación necesaria o de ejecución de la muerte del suicida, por las especiales características de la situación. El legislador, por tanto, también considera el derecho a la muerte digna, aunque con menor relevancia que el derecho a la vida. Una cierta consideración de la dignidad humana del enfermo, que lleva a la distinción entre *eutanasia activa* y *eutanasia pasiva*, castigándose únicamente la primera modalidad. Esto es, quedan fuera de la tipificación: los supuestos en que no se alarga de forma artificial la vida (ej. desconexión respirador artificial o retirada de la alimentación asistida); aquellos en los que ni siquiera se llega a tomar medidas para prolongar la vida del sujeto; o aquéllos en que se administra medicamentos paliativos dirigidos a mitigar el dolor, aunque ello suponga un acortamiento de la vida (conocida también como eutanasia indirecta).

En todos estos casos, por supuesto, se requiere la petición previa del paciente, su consentimiento serio, expreso e inequívoco, pues de otro modo estaríamos hablando de homicidio. Pero, ¿qué ocurre cuando el enfermo no se puede expresar (ej. un accidente que deja a la persona en estado vegetativo)? En principio, si no existe ese consentimiento del enfermo, aún cuando su muerte se produzca para evitarle un sufrimiento insoportable, deberíamos hablar de homicidio doloso. Al respecto, ¿sirve de algo el testamento vital, voluntades anticipadas o documento de instrucciones previas? Para BORJA no, porque la petición de muerte asistida debe perpetrarse tras la situación de enfermedad y no mucho antes. Ahora bien, a mi juicio esta voluntad adoptada por escrito permite a los familiares y al personal médico conocer cuál era la percepción del enfermo, frente a la situación que ahora está viviendo, lo que debería estar siempre por encima del criterio médico.

Se trata, sea como fuere, de un tema no exento de polémica. Un asunto que crea enorme inseguridad jurídica, tanto para el propio paciente como para su familia y el personal sanitario que debe atenderlo, que en muchas ocasiones no sabe a qué atenerse. De hecho, aún siguen produciéndose lamentables supuestos de muertes dolorosas, porque el personal médico encargado no les administra la mediación paliativo-sedan-

te por considerarlo un supuesto eutanásico. Algo que debe quedar claro no es así, pues con los medicamentos paliativos se busca mitigar el dolor, no se persigue directamente la muerte del enfermo, que es lo que el art. 143.4 considera eutanasia.

2. PROPUESTA ALTERNATIVA

En cualquier caso, el llamativo contraste entre la mayoría de la opinión pública y la legislación penal en este tema, no es una particularidad española, pues en todo el mundo se penaliza la eutanasia, concretamente la eutanasia activa. Las excepciones son pocas y conocidas, como es el caso de Holanda, donde desde octubre de 2001 está despenalizada cuando se cumplen determinados requisitos, y algo similar ocurre en Bélgica, Luxemburgo, Suiza y en algunos Estados norteamericanos como Vermont, Washington, Oregón y Montana. En todos países, frente a lo que se pudiera temer, la experiencia muestra un uso absolutamente racional de este derecho y la ausencia de posibles abusos.

Y es que la realidad lleva una dirección opuesta a lo que ley se empeña en prohibir. En una encuesta del CIS del año 2011, el 77,5% de los entrevistados se manifestaban de acuerdo con la aprobación de una ley que regule el derecho a la muerte digna; de su parte, cerca del 60% de los médicos están a favor de que se despenalice la eutanasia. Y esa es también la opinión creciente entre los jóvenes, que cada vez se muestran más de acuerdo en que se ayude a morir a un enfermo incurable que lo solicite (en 2006, opinaban así el 76%). Y ello por no hablar de la frecuente práctica hospitalaria de “programar” las muertes de enfermos terminales, limitando o cesando el tratamiento terapéutico en momentos en los que éste resulta inútil para su curación o sólo contribuye a incrementar y prolongar el sufrimiento de los pacientes. Por tanto, la negación del problema, o la negativa a tratarlo explícitamente, sólo contribuye a que todas estas prácticas se impongan por la fuerza de los hechos, ante la necesidad de dar respuesta a problemas reales y acuciantes. Situaciones donde los profesionales se ven muchas veces obligados a tomar decisiones sin poder contar para ello con el respaldo y la legitimidad de las leyes.

Es ineludible, por todo ello, la regulación a nivel nacional, o al menos a nivel autonómico, de una Ley similar a las ya existentes en algunas Comunidades Autónomas como Andalucía, Aragón o Navarra. Además, suscribiendo la propuesta alternativa del Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC), se deben hacer las necesarias reformas en la *Ley de Autonomía del Paciente* (Ley 41/2002, de 14 de noviembre), de modo que el derecho a la información asistencial incluya expresamen-

te el derecho a ser informado sobre la posibilidad de redactar un documento de instrucciones previas (testamento vital o voluntades anticipadas), sobre todo si el diagnóstico es de una enfermedad que puede llevar al paciente a una situación en la que ya no se encuentre en condiciones de poder tomar decisiones sobre su vida. De igual modo, el hecho de no aceptar el tratamiento no debe llevar consigo el alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque sólo sean paliativos, y el paciente acepte recibirlos.

Finalmente, en lo que a la regulación del delito de eutanasia en el CP se refiere, también hago mía la propuesta de modificación del art. 143 del GEPC. Este grupo de expertos, buscando el pleno reconocimiento del derecho a la disposición de la propia vida, propone como redacción: “No será punible ni la colaboración (en) ni la producción de la muerte de otro por parte de un médico o de cualquier otra persona bajo su dirección, si media la solicitud expresa, libre y seria de una persona que tenga capacidad natural de juicio, siempre que ésta padezca graves sufrimientos no evitables que se deriven de una afección incurable que le conducirá próximamente a la muerte o que, siendo permanente le incapacita de manera generalizada para valerse por sí misma. En su caso, se entenderá por solicitud expresa, libre y seria la manifestada en un documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas”. De este modo, la redacción del tipo alcanzaría también a los menores de edad, siempre que tengan la capacidad para entender la trascendencia de su decisión, dándosele también el lugar que le corresponde al Documento de Instrucciones previas.

Y es que, en última instancia, la forma en que cada uno decidimos enfrentarnos a la muerte no está en función sólo del dolor, sino de otros factores de tipo afectivo, psicológico, filosófico, religioso o moral. Factores profundamente individuales e íntimos, que impiden determinar una forma única “correcta” de encarar la realidad de la muerte y que merecen ser respetados a toda costa. Una cierta “reapropiación” de la experiencia de la muerte, que también contemple la posibilidad de controlar o determinar en la medida de lo posible el momento de la misma. Por lo que se discute, en definitiva, no es sino el derecho a la propia muerte, algo frente a lo que nunca se deberían permitir ingerencias ajenas.

IV. EL CONSENTIMIENTO DE LA EMBARAZADA Y EL DELITO DE ABORTO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde la perspectiva político criminal, el aspecto más importante en materia de aborto es, sin duda, el de la interrupción voluntaria del embarazo, donde existe un conflicto entre la vida humana en formación y los derechos de la mujer que no desea la continuación de su embarazo (libre desarrollo de su personalidad, libertad para disponer de su propio cuerpo o incluso su dignidad humana). Se trata, por tanto, de un problema social relevante y que genera un conflicto, sobre todo, en las sociedades occidentales, pues en aquellas otras culturas, donde se pone el acento en uno sólo de los polos, defendiendo la posición oficial de la religión dominante, existe un gran consenso en su punición y ni siquiera es objeto de debate. Recordemos sino el caso de la niña paraguaya de 10 años, a la que, pese a que su vida corría un grave riesgo, el Estado obligó a continuar con el embarazo provocado por la violación de su padrastro. Un caso que, desgraciadamente no es aislado, siendo también muchas las mujeres encarceladas por delitos de aborto en el mundo, e incontables las que mueren durante su realización clandestina en condiciones insalubres, o que quedan con graves secuelas a causa de ello.

2. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL ESPAÑOLA EN MATERIA DE ABORTO: EL ACTUAL SISTEMA DE PLAZOS

En la España constitucional el problema del aborto se ha enfrentado de la siguiente forma:

A) El sistema común de penalización (CP 1973 - reforma de 1985)

El sistema mantenido hasta el año 1985, si bien reconocía el conflicto entre la vida del *nasciturus* y los derechos de la madre, le otorgaba mucha mayor importancia al primero. Esto es, se protegía sobre todo la vida prenatal, porque aunque también se tutelaban algunos derechos de la mujer, al otorgar cierta relevancia a su consentimiento, ésta era de todos modos castigada, si bien con una pena menor. Sea como fuere, este sistema generó muchos problemas porque: no reconocía derecho alguno a la mujer, ni siquiera en supuestos excepcionales (posterior sistema de indicaciones); las mujeres acudían a clínicas o métodos clandestinos que ponían en riesgo su vida y salud; y se empezó a producir el fenómeno del turismo clandestino, de modo que aquellas que tenían dinero viajaban a Londres para someterse a la correspondiente intervención quirúrgica. Situación que generaba una evidente desigualdad entre las

clases sociales. Problemas que dieron lugar a un profundo debate social en los años 80, aprobándose en 1985 una reforma del CP de 1973, tras la declaración de inconstitucionalidad de un proyecto de ley de despenalización del aborto.

B) El sistema de indicaciones (1985 – reforma LO 2/10)

El sistema de indicaciones parte en la teoría, pero no en la práctica, de la regla general de castigar el aborto como cualquier otro delito, si bien con algunas excepciones en las que el aborto voluntario no es punible. En ese sentido, son cuatro las indicaciones que suelen preverse: *la indicación terapéutica*, que busca evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; *la indicación ética*, cuando el embarazo es consecuencia de una violación; *indicación eugenésica*, cuando se presume que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas; y *la indicación socioeconómica*, que considera lícita la interrupción del embarazo cuando la mujer se halle en una situación económica difícil. Las tres primeras indicaciones se incluían en la legislación española, la cuarta se intentó introducir en diversas ocasiones pero nunca llegó a hacerse. Todas estas indicaciones eran consideradas causas de justificación (especialmente la terapéutica) o causas de inexigibilidad, y durante años hubo una aceptación de esta solución, sobre todo por los dos grandes partidos políticos mayoritarios (PP y PSOE). Una solución que llegó a estar vigente incluso tras la entrada en vigor del Código penal de 1995. Exactamente 15 años más, hasta la aprobación del actual sistema de plazos en el año 2010.

Y lo cierto es que no urgía abogar por un sistema de plazos, porque en la práctica el sistema español de indicaciones era de los más abiertos del mundo, pues la indicación terapéutica (sobre todo por su referencia legal “al peligro para la salud psíquica de la embarazada”) fue la “puerta” por la que se colaban la mayoría de los abortos realizados en España. Una situación hipócrita, que se prolongó hasta que ciertos lamentables acontecimientos de investigaciones que no respetaron la intimidad de las mujeres que abortaron legalmente, llevaron al Gobierno socialista a proponer una reforma de la ley de despenalización del aborto que no estaba ni siquiera prevista en su programa electoral.

C) El actual sistema de plazos

La LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE de 4 de marzo de 2010) da una relevancia inexcusable a la voluntad de la embarazada, permitiendo el aborto a petición de la mujer hasta las 14 semanas de gestación, y en supuestos tasados por causas médicas a partir de dicho plazo. Esto es, en la op-

ción político criminal por el sistema de plazos, se reconoce igualmente el conflicto habido entre la vida humana en formación y ciertos derechos y libertades de la mujer; ahora bien, en caso del conflicto representado por el embarazo no deseado de la mujer, los derechos de ésta se priorizan sobre los de la vida prenatal hasta el tercer mes de embarazo. A partir de ese plazo, la vida humana en formación adquiere mayor relevancia y los derechos del *no nato* sólo cederían en casos excepcionales: hasta las 22 semanas de gestación por grave peligro para la vida o salud de la embarazada o riesgo de graves anomalías en el feto; y sin plazo por anomalías fetales incompatibles con la vida o por detectarse en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable. Pero, ¿por qué las 14 primeras semanas del embarazo?

Se ha señalado que a partir de ese momento es cuando el *nasciturus* ya adquiere forma humana, y también que los primeros impulsos cerebrales aparecen en este periodo. Pero, sobre todo, es plazo suficiente para que la mujer pueda reflexionar sobre las ventajas y los inconvenientes de su decisión, a favor o en contra de seguir adelante con su embarazo, pues los riesgos serían mínimos, respetándose así su libertad de decisión. Sea como fuere, la objeción más grave que se le hace a este sistema es el de su posible inconstitucionalidad, por la supuesta desprotección absoluta del *nasciturus* durante las 14 primeras semanas en base a lo previsto en el art. 15 CE. De hecho, hay un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el PP a la LO 2/10 a la espera de que sea resuelto por el TC. Ante esta objeción, cabe afirmarse que la vida en formación no es un bien jurídico que pueda extraerse de ese art. 15 de la Constitución, aunque tenga cierto reflejo en el mismo. Incluso aunque así fuera, ni siquiera el derecho a la vida es un derecho fundamental ilimitado. Y todavía más en el caso de la vida humana en formación, por lo que se justificaría la existencia de una colisión de bienes jurídicos de modo que el interés vida del *nasciturus* pudiera ceder, antes del tercer mes de gestación, ante la libertad de la mujer.

Se trata, en cualquier caso, de un asunto no zanjado, debiendo estar alerta sobre posibles retrocesos, como el lamentable intento de volver al sistema de indicaciones que en el año 2014 abogaba por un sistema incluso más restrictivo que el anterior. En la propuesta, además de no incluir la indicación eugenésica, se supeditaban las demás a la decisión final del médico, alejando el consentimiento de la embarazada del lugar central que le corresponde. Afortunadamente, la fuerte presión social en contra, llevó a la dimisión del entonces Ministro de Justicia Alberto Ruiz-Gallardón, que con tanta vehemencia defendía la reforma “por la necesidad de reforzar el derecho a la maternidad de las mujeres”. Un claro insulto a la inteligencia de las mujeres, que supone retomar una

visión paternalista de las mismas, cuya supuesta vulnerabilidad no le permite hacer frente a quienes, en su caso, se opongan a su derecho a ser madre empujándole al aborto.

Porque la realidad es que volver a convertir el aborto a petición de la mujer en delito, no hace más que acrecentar la vulnerabilidad de las mujeres y envalentonar a quienes defienden posiciones ultracatólicas y antiabortistas. El aborto es siempre un decisión difícil, y muchas veces sumamente dura, que debe ser respetada, sin añadir elementos que incrementen de forma injustificada tal sufrimiento. Y ello sin olvidar que es el único delito en el que sólo pueden ser autoras las mujeres, algo que a muchos les imposibilita ni tan siquiera plantearse lo que debe suponer enfrentarse a tal decisión.

Ciertamente el sistema de plazos no es perfecto, pero sin duda es el que mejor respeta determinados derechos fundamentales de la mujer, pues el de indicaciones es más restrictivo, sobre todo si como ocurría en nuestro país no se incluye la indicación socioeconómica. En definitiva, se ha alcanzado una mayor seguridad jurídica. Porque nadie discute que hay que defender la vida. Defender el derecho de la mujer a no continuar con su embarazo, no va contra el derecho a la vida (no olvidemos que quienes dan la vida son precisamente las mujeres), sólo defiende también los derechos de la mujer embarazada, su integridad física y psíquica, su dignidad y su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Porque el aborto no tiene ideología, es un problema íntimo y personal; lo que sí tiene ideología, y a veces en estado puro, es su regulación. La decisión de la mujer respecto a continuar o no con su embarazo nunca debe sustituirse por factores morales o ideológicos. Y menos en un Estado que se proclama aconfesional y en el que se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE). En definitiva, la mujer, por el simple hecho de estar embarazada, no puede ser expropiada por el Estado de su propio cuerpo; al contrario, es la única legitimada para decidir sobre lo que acontece en él.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA- VENTURA PÜSCHELM “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (arts. 138, 139, 140 y 140 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 318; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012; BOIX REIG, J., “La regulación del aborto debe dejarse como está”, *EL PAÍS*, 26 septiembre 2012; BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, 2º edic., Tirant lo Blanch, Valen-

cia 201; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; LEMA AÑÓN –BRANDÁRIZ GARCÍA, “Disponibilidad de la propia vida, eutanasia y responsabilidad penal: notas ius-filosóficas y jurídico penales”, en BRANDARIZ GARCÍA – FARALDO CABANA (Coord.), *Responsabilidad penal del personal sanitario*, Netbiblo, Universidade da Coruña, 2002; ROMEO CASABONA, C.M., Aspectos jurídicos del tratamiento del paciente al final de la vida. Cuidados paliativos y limitación del esfuerzo terapéutico”, en www.paliativossinfronteras.com/.../22_romeo.pdf; SANZ MULAS, N., (coord), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Comares, Granada, 2012.

CAPÍTULO 7

POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO

I. LA LACRA SOCIAL DE LA VIOLENCIA FAMILIAR Y DE GÉNERO

Uno de los problemas que más preocupación generan actualmente es, sin duda, el alto grado de violencia habida en el ámbito familiar. La primera víctima de la violencia doméstica es la mujer, seguida de los hijos. Ahora bien, aunque los supuestos de agresiones de hijos a padres, o incluso abuelos, eran poco menos que anecdóticos, en los últimos tiempos está creciendo de forma alarmante, sobre todo entre los adolescentes. De su parte, la violencia de mujeres sobre hombres por supuesto también existe, si bien en cifras bastante inferiores, y manifestada fundamentalmente en forma de maltrato psíquico. Sea como fuere, desde principios del nuevo siglo hasta la actualidad, el número de mujeres asesinadas por su pareja o ex pareja supera cada año el medio centenar, rozando algunos años las 80 víctimas. Y ello por no hablar de la gran “cifra negra”, pues todos los estudios manifiestan que el número de denuncias pese a ser elevadísimo no es más que la punta del *iceberg* de un problema que es mucho más grave y que extiende por todo el planeta, afectando al mismo desarrollo de los Estados.

La violencia de género es un asunto global, la única diferencia entre unos países y otros surge cuando una determinada sociedad pasa a considerar intolerable la violencia producida en el ámbito familiar, considerándola una cuestión de orden público y no un asunto exclusivamente privado. De hecho, desde las instancias internacionales ya hace muchos años que se está llamando la atención sobre este problema sin haberse, desgraciadamente, conseguido los resultados deseados. Y ello es debido, sobre todo, a la pervivencia de los valores patriarcales que alimen-

tan unos estereotipos diferenciados en función del sexo, colocando a las mujeres en situación de subordinación. Un problema de primer orden frente al que nuestro país tampoco permanece ajeno.

En el nuestro, como en tantos otros países, parte de nuestra cultura ha sido, y sigue siendo, la subordinación de la mujer al hombre. La comprensión común de la mujer como propiedad del hombre, dedicada a su servicio y a la crianza de la prole, y que lleva a que difícilmente pase una semana sin que un hombre le quite la vida a su pareja o ex pareja, respondiendo finalmente a tan trasnochado modelo de dominación. Casos a los que se les da un enorme repercusión mediática, lo que genera entre los ciudadanos, además de un sensación de impotencia, la visión de que la Justicia no funciona, de que el Estado es incapaz de garantizar nuestra seguridad y de que el Derecho penal no es lo suficientemente duro. Sin embargo, en la mayoría de los supuestos, los órganos judiciales ni tan siquiera tenían constancia de la situación de malos tratos, porque la mujer no había denunciado o, habiéndolo hecho con anterioridad, retiró la denuncia. Pero, ¿por qué sucede esto? O mejor dicho, ¿por qué sigue sucediendo una década después de la entrada en vigor de la Ley de Violencia de Género en la que tantas expectativas se pusieron?

II. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA MATERIA

1. PROBLEMAS DEL CONCEPTO

Para empezar, sobre la denominación del fenómeno existe una gran confusión, utilizándose indistintamente términos como “violencia doméstica”, “violencia familiar”, “violencia intrafamiliar”, “violencia contra la mujer” y “violencia de género”. La LO 1/2004 se decanta por esta última, aunque en su redacción final introduce también la referencia a “personas especialmente vulnerables”, desvirtuando con ello la finalidad de la ley, que no es sino la de proteger a la mujer. Es más, no se contemplan todas las situaciones de violencia contra la mujer, pues sólo hace referencia a la violencia derivada de situaciones de convivencia más o menos estables, y no a las agresiones a mujeres producidas por el mero hecho de serlo (violaciones, acoso sexual, acoso laboral, etc.). En cualquier caso, y desde una perspectiva estrictamente lingüística, por violencia de género podría entenderse tanto la que causa el hombre a la mujer como la infligida por ésta a aquél.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

A) *Política criminal hasta el CP de 1995*

Hasta 1962 existía en el CP el art. 428, que castigaba con la “pena de destierro” “al marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves. Si les produjere lesiones de otra clases quedará exento de pena”. Como es de suponer, no había un precepto similar para la mujer, por lo que era castigada como parricida, con pena de reclusión a muerte, cuando era ella la que llevaba a cabo tales acciones al sorprender al marido adúltero. Es más, en la regulación del entonces delito de adulterio, cuando era cometido por mujer casada, ésta era castigada con pena de prisión de hasta seis años. Sin embargo, el del marido, denominado amancebamiento, sólo se castigaba “cuando tuviera manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella”. En definitiva, se trataba de la consagración legislativa del “la maté porque era mía”. Esto es, de un derecho al uso monopolístico de la sexualidad de la esposa, hasta prácticamente permitir su asesinato cuando era adúltera, mientras se mantenía un descarado tratamiento privilegiado del marido infiel. Una reproducción de la mentalidad social y moral que, mientras valoraba muy negativamente el ejercicio de la sexualidad por parte de la mujer, cuando la ejercía fuera de los casos jurídica y socialmente admitidos, era muy permisiva cuando esas mismas relaciones eran practicadas por el hombre.

No fue, por tanto, sino hasta la *LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal*, que se introdujo un tipo penal que específicamente considerase delictivas las conductas de violencia física en la familia. Con esta Ley, por fin, se eleva a la categoría de delito el ejercicio habitual de conductas que, ejecutadas aislada u ocasionalmente, sólo eran constitutivas de falta (art. 425 del CP de 1973), con lo que adquiría dimensión pública la violencia en la pareja en el Estado español. El impulsor de tal hecho fue un Informe de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, publicado ese año, y que reconocía la relevancia social de la violencia en la pareja y la necesidad de separarla del contexto íntimo y privado de las relaciones familiares bajo la que se encontraba oculta. Ahora bien, el precepto fue prácticamente inaplicado, debido sobre todo a la escasa conciencia social sobre la gravedad del asunto, por lo que la mayoría de las denuncias acababan desviándose a la intrascendente falta de malos tratos entre parientes (art. 582, párrafo segundo). Una falta cuya pena podía ser sustituida por arresto domiciliario, con lo que, después del tiempo pasado a la espera de sentencia, paradójicamente y por voluntad del juez, se podía obligar al agresor a cumplir la condena en el propio domicilio familiar. Por todo ello, el legislador de 1995, buscando

dar un tratamiento más adecuado a esta problemática, y en particular a la “violencia de género”, en el art. 153 incluye como sujetos pasivos del delito a los ascendientes e incapaces que convivan con el sujeto activo; hace compatible la figura del maltrato con la sanción de los resultados lesivos que pudieran producirse; y eleva claramente la pena (de arresto menor a prisión de 6 meses a 3 años).

C) Las reformas de 1999 y la orden de alejamiento

Las reformas posteriores no fueron sino reflejo del conjunto de medidas aprobadas en los distintos planes nacionales contra la violencia doméstica, debidos sobre todo al ambiente de sensibilización social e impacto mediático que alcanzó el problema a mediados de los años 90. En tal sentido, las reformas que afectan al delito son las llevadas a cabo por *LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del CP y la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECrim*. Con ellas, se incorpora a la conducta típica la violencia psíquica; se elimina la necesidad de que la relación conyugal o la situación de convivencia subsista en el momento del maltrato; se modifica la cláusula concursal, posibilitando imponer las penas que pudieran corresponder por los actos de violencia física o psíquica ejecutados; y se aportan criterios para interpretar el término “habitualidad”. Junto a estos cambios, de igual modo, se incluye como pena accesorias, como prohibición y como medida de seguridad, la prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares o personas que determine el Juez o Tribunal, y/o de comunicarse con ellos.

Todas estas modificaciones, sin embargo, tampoco produjeron un cambio relevante en la práctica judicial. Pero la ineficacia del delito, como sucedió anteriormente, no se debió a su posible mal contenido, sino a razones culturales, religiosas, psicológicas y sociológicas como el temor de las víctimas a denunciar. En cualquier caso, y tampoco sobre recordarlo, sujetos activo y pasivo podían serlo tanto hombres como mujeres, pues aunque la finalidad del legislador fuera la de proteger a mujeres y niños, sujeto activo podía serlo cualquiera de los cónyuges o compañero/a respecto al otro/a y sin distinción de sexo, lo cual incluía a los homosexuales. Ahora bien, al no estar reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo, los casos de malos tratos en el seno de este tipo de parejas, debían ser reconducidos a la “análoga relación de afectividad”, que incluye las uniones de hecho equiparables al matrimonio tanto entre personas de distinto sexo como del mismo.

C) *Las reformas del año 2003: distinción entre violencia habitual y no habitual e imposición obligatoria de la orden de alejamiento*

Pero aquí no acaba todo, la gran preocupación social e institucional que produce la proliferación de estas conductas, que cada vez ocupan más espacio en los medios de comunicación dejando de ser un “delito invisible” (sobre todo a partir del caso Ana Orantes), fue el motivo de que las reformas legislativas continuaran buscando ofrecer una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos. En lo que a la materia penal se refiere, la primera de dichas reformas es la llevada a cabo por la *LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. Esta ley introduce importantes cambios en la materia al distinguir, por primera vez, entre “delito de malos tratos habituales”, que abandona su tradicional sede entre los delitos de lesiones para ubicarse ahora entre los delitos contra la integridad moral (art. 173.2 y 3 CP), y “delito de malos tratos no habituales”, recogido en el art. 153 CP.

Este nuevo delito de malos tratos no habituales —hasta entonces sólo considerado una falta— ha suscitado, y suscita, numerosas críticas, por exceder las cuotas de proporcionalidad al considerar delito comportamientos que no tienen entidad suficiente para serlo. Y más si tenemos en cuenta que no queda claro cuál es el bien jurídico protegido, pues equipara conductas de lo más diverso: maltrato sin lesión, menoscabo psíquico, lesión y amenazas leves, aunque sea empleando armas. La explicación de esta intensificación punitiva es claramente utilitarista: se quería abrir las puertas a la imposición de medidas como la pena de prisión y, sobre todo, la prisión provisional. Esto es, el fundamento no estaba en considerar que tales conductas fueran tan graves como para ser castigadas como delitos, sino que siendo tratadas como delitos se podía proteger adecuadamente a la víctima de posibles agresiones futuras. Razones, en todo caso, de lo más endeble, y que por ello plantearon varias cuestiones de inconstitucionalidad, al estimar los tribunales que vulneraba las más básicas exigencias del principio de proporcionalidad.

De cualquier forma, no habían pasado dos meses y ya se había producido una nueva reforma. Con la *LO 15/2003, de reforma del CP* se modifican los arts. 48 y 57, imponiéndose “*en todo caso*” la prohibición de aproximarse a la víctima y familiares. Y una vez más, se pone de manifiesto el desencuentro entre la ley penal y la realidad de la violencia de género, con un primer efecto que acabaría condicionando el futuro de las relaciones: el de identificar a la mujer en la pareja como un ser vulnerable, con su obligatorio sometimiento a una pena de alejamiento que le impedirá durante años reanudar la convivencia, a veces deseada, con su agresor.

D) La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género

Finalmente, el 28 de diciembre de 2004 se aprueba la tan ansiada *LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (de ahora en adelante, LOMPIVG), que sin embargo hereda muchos de los fallos de las normas que la precedieron, y a los que añade otros tantos. Además de elevar a delito otras conductas que anteriormente no eran más que meras faltas, como las coacciones y las amenazas leves, diferencia punitivamente la violencia doméstica de la de género. De esta forma, ante las mismas conductas, se prevé una mayor pena cuando el autor es hombre y la víctima es una mujer, con la que tiene o ha tenido alguna relación afectiva (violencia de género), respecto de las demás combinaciones entre sujeto activo y sujeto pasivo en las agresiones en el ámbito familiar (violencia doméstica). Una diferenciación que, más que responder a una serie de argumentos político criminales, parece sustentarse en meras manifestaciones políticas, pues una vez reconocida públicamente la gravedad de la violencia de género, no han dejado de crecer al mismo tiempo los intereses en pugna para visualizarla y sacarle rentabilidad política. Esto es, lo que siempre es una cuestión terriblemente seria y dolorosa, se ha pervertido hasta el punto de convertirse en una cuestión exclusivamente política cuyos resultados dejan mucho que desear: juzgados colapsados con jueces desbordados por la sobrecarga de asuntos e insuficiencia de policías que controlen las medidas de protección impuestas ante las cuantiosas denuncias por maltrato. Y lo que es más importante, mujeres en grave situación de riesgo, que quedan invisibilizadas y confundidas bajo ese concepto legal de violencia de género que etiqueta por igual un brote agresivo en un conflicto puntual que una manifestación de opresión y dominio prolongada en el tiempo. Problema además agravado cuando las víctimas son inmigrantes ilegales, pues realmente es mayor el interés de las autoridades en su situación administrativa que en su protección.

E) La LO 1/15, de 30 de marzo, de reforma del CP y la imposición de la medida de libertad vigilada

El último paso, al menos hasta el momento, lo dio la reforma llevada a cabo por LO 1/15. Además de adaptar estos delitos a la desaparición del Libro III relativo a las faltas (arts. 153.1, 171.7, 172.3), regula la agravante “por razón de género” (art. 22.4) y posibilita la imposición de la medida de libertad vigilada a los condenados por un delito de lesiones (arts. 147 a 156 CP). De su parte, permite la sustitución de la prisión por multa, como forma de suspensión de la condena (art. 84.2), y considera quebrantamiento de condena la inutilización o rotura de los dispositivos electrónicos impuestos para el control de la orden de alejamien-

to (art. 468.3). Finalmente, también incluye el delito de acoso (art. 172 ter), incriminado con ello las conductas de hostigamiento y acoso, por considerar que pueden lesionar gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, aunque no cumplan con los requisitos de los tipos de coacciones o amenazas.

III. DEBILIDADES Y POSIBLES ALTERNATIVAS A LA POLÍTICA CRIMINAL ADOPTADA

1. DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO*

Además de considerar inconstitucional, como veremos, la diferencia de pena entre hombres y mujeres ante las mismas conductas, lo cierto es que la mayor gravedad de las penas previstas para los hombres es mínima: 3 meses. Un aumento irrelevante para disminuir los malos tratos machistas, dominados por una serie de desviaciones sociales y personales en los que esos tres meses más de prisión resultan indiferentes, por no hablar de los múltiples supuestos en que el agresor se quita la vida después de acabar con la de su víctima. Un claro ejemplo de Derecho penal simbólico, pero también de violación del principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Y ello porque, como las cifras ponen de manifiesto, el efecto de la penalización puede ser la prevención a corto plazo, esto es, puede pacificarse la conciencia colectiva ante dichos delitos, pero es dudoso que se consiga prevenir estas conductas sin una adecuada política que atienda las causas de esta criminalidad. Es hora, por tanto, de analizar la distinta eficacia y permanencia en el tiempo de los medios empleados como *prima ratio* para hacer frente a estas siempre lamentables conductas.

2. EL CASTIGO MAYORITARIO DE LOS ACTOS LEVES DE MALTRATO EN DETRIMENTO DE LA VERDADERA VIOLENCIA MACHISTA (ART. 173.2 CP)

Sea como fuere, la urgencia por criminalizar actos leves de maltrato (generalmente a través del art. 153), desincentiva muchas veces a los tribunales a investigar las situaciones graves de violencia que pueden quedar escondidas detrás de la primera denuncia de malos tratos. Esto es, se consolida una inercia judicial perversa y peligrosa, pues canaliza la inmensa mayoría de las denuncias a través de los delitos que requieren menor prueba, de modo que la violencia habitual acaba quedando oculta detrás de muchas condenas por delitos leves (sólo un 6,22% de las sentencias condenatorias corresponden al delito de violencia habitual del art. 173.2). La obcecación por encauzarlo todo a través del Derecho

penal ha dado lugar, por tanto, a una gran contradicción, pues mientras los juzgados están colapsados con casos de mínima entidad, se arrinconan y ocultan las situaciones auténticamente graves de violencia instrumental. El recurso desmedido al Derecho penal ha producido un efecto contrario al deseado: las mujeres más expuestas a sufrir serias agresiones quedan cada vez más invisibilizadas, mientras se desvían grandes recursos humanos y materiales hacia conflictos domésticos que poco tienen que ver con la auténtica violencia de género (LAURENZO). Un grave problema para la tutela y seguridad de las auténticas víctimas de violencia de género, pues sus agresores probablemente quedarán libres, obligados como mucho a acudir a algún curso de formación y con un orden de alejamiento que seguramente incumplirán.

Cabe igualmente denunciar la demagogia existente en este ámbito desde el momento en que, alegando falta de regulación legal, se califican unos hechos de forma mucho más benevolente de la que resultaría si aplicásemos directamente los delitos realmente cometidos (detenciones ilegales, amenazas, allanamiento de morada, agresiones sexuales, lesiones, aborto, homicidio, asesinato, etc.). La solución, por tanto, podría pasar por que estos hechos se juzgaran objetivamente, olvidando consideraciones de vinculación familiar, con independencia de que ello pudiera dar lugar a la apreciación de la correspondiente agravación (arts. 22.4, 23, etc.). De igual modo, se hace ineludible apreciar las lesiones psíquicas como las lesiones que realmente son, pues hasta ahora son casi inexistentes las condenas en este sentido, derivándose por lo general al ámbito de la responsabilidad civil. Y ello porque en el ámbito de la violencia de género y doméstica, en que el autor a través del tiempo trata de minar la voluntad, la autoestima y la dignidad de la víctima, los trastornos producidos son imputables a título doloso. Lesiones muy graves y frente a las que no cabría alegar consentimiento en las lesiones (art. 155 CP), pues se trataría de un consentimiento claramente viciado y por tanto inexistente.

3. LA VULNERABILIDAD DE LA MUJER COMO PUNTO DE PARTIDA Y LA IMPOSICIÓN OBLIGATORIA DE LA ORDEN DE ALEJAMIENTO

No hay duda que la regulación y aplicación efectiva de las medidas cautelares (orden de alejamiento y prisión provisional) son absolutamente necesarias para que la intervención penal en estos ámbitos sea eficaz y no produzca perjuicios aún mayores. Ahora bien, el problema más grave surge de la redacción dada al art. 57.2 CP que obliga a la imposición “en todo caso” de la medida de alejamiento prevista en el art. 48.2 CP. Este carácter obligatorio ha sido el motivo de innumerables recursos de inconstitucionalidad pues, pese a tratarse de una medida de gran lesivi-

dad, abarca supuestos de muy diferente gravedad. Se trata de una sanción que puede llegar a suponer una verdadera pena de destierro. Pena que en su día fue suprimida del CP por ser inconstitucional.

Por si esto fuera poco, el cumplimiento de la orden de alejamiento es además difícil de asegurar, dado que es inviable poner un guardaespaldas a cada víctima (y aun así tampoco cabría asegurar su absoluta protección). Ciertamente la LOMPIVG posibilita la utilización de medios telemáticos (pulsera electrónica), cuestión distinta es que se faciliten los medios y se acuerde su utilización, algo que generalmente no sucede. En todo caso, ¿qué ocurre si es la propia víctima la que se acerca o posibilita el acercamiento quebrantándose así la medida de alejamiento? Estos supuestos, más habituales de lo que nos gustaría pensar, suponen siempre la comisión de un delito de quebrantamiento de condena por parte del condenado (Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 25 noviembre de 2008: *“el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP”*). Esto es, el convencimiento de que nos encontramos ante un asunto público se ha llevado hasta el punto de privar a las mujeres de su propia autonomía. De tratarles como seres infantiles y débiles, incapaces de tomar una decisión racional y por ello necesitadas de protección y tutela, incluso contra su propia voluntad, y sin importar si estamos ante un hecho puntual de escasa gravedad o ante un supuesto reiterado de violencia.

Todo el sistema se ha construido desde un planteamiento victimista, considerando que las mujeres que sufren o han sufrido un maltrato, por muy leve que sea, son personas altamente vulnerables, necesitadas de tutela permanente de las instituciones públicas. Y ello pese a que la práctica judicial ha demostrado que la imposición obligatoria de la orden de alejamiento, es el motivo por el que un elevado porcentaje de mujeres no denuncian, o habiéndolo hecho no declaran después contra el agresor (dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim) o se retractan en juicio, motivando con ello sentencias absolutorias (cerca del 60%) que en muchas ocasiones no deberían producirse. Esto es, son frecuentes las ocasiones en que las mujeres sólo buscan el cese de la violencia, no necesariamente una separación forzosa, motivo por el que una vez conocidas las posibles consecuencias de su denuncia, deciden retirarla o se niegan a declarar llegado el momento del juicio, para así evitar la obligada separación del agresor. Y es que, si bien las políticas penales basadas en ignorar la voluntad de la víctima han garantizado a los movimientos feministas un cierto control sobre la respuesta estatal a la conducta violenta, ello ha sido a costa de limitar el control ejercido por la mujer como individuo, pasando a ser controlada por el Estado. Una imagen de fragilidad y debilidad del género femenino, que

se acomoda perfectamente al modelo patriarcal del que, precisamente, se quiere huir.

La política criminal, en definitiva, no se debe seguir construyendo sobre la premisa de que todas las mujeres, que en algún momento han sufrido un episodio de maltrato, carecen de capacidad para decidir sobre su situación, sin distinguir la clase e intensidad de la violencia sufrida. La imposición indiferenciada de la orden de alejamiento, deja sin salida a muchas mujeres que, una vez superado el episodio violento, quieren reconciliarse con su pareja y reanudar la convivencia, lo que puede condicionar el que al final denuncien o, en su caso, mantengan la acusación. Se debe recuperar, por tanto, la regulación anterior a la reforma del año 2003, dejando en manos de los jueces la decisión sobre la necesidad o no de la orden de alejamiento, en función de “la gravedad de los hechos o del peligro que el delincuente represente” (art. 57.1 CP).

4. ¿LEY CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA DE LA MUJER?

Si bien la LOMPIVG se declara “integral”, pues contiene también medidas de carácter laboral, civil, económico, educativo, etc., lo cierto es que el esfuerzo en su aplicación y puesta en marcha se ha centrado de modo prioritario en el aspecto punitivo, pretendiendo encontrar en el Derecho penal la solución a este complejo problema. Un Derecho penal que además se utilizada de forma discriminatoria, pues una mayor incriminación del autor (hombre) no puede considerarse como discriminación positiva para la mujer. De hecho, el Derecho penal no es el ámbito más apropiado para hablar de discriminación positiva, cuyo espacio natural son aquellos sectores del Ordenamiento jurídico (como el Derecho administrativo o el Derecho laboral) encargados de mejorar la vida de grupos desfavorecidos, equilibrándolos con los que por cualquier razón aparecen como favorecidos; una función completamente ajena al derecho punitivo. Sino recordemos que entre los esfuerzos legislativos orientados a la debida armonización del CP con la Constitución, la *reforma urgente y parcial de 25 de junio de 1983* eliminó del mismo, precisamente en aras del principio de igualdad, la agravante de desprecio de sexo. Y ello por considerarse que entrañaba la tácita afirmación de la inferioridad de la mujer frente al hombre y una visión paternalista de la misma, por lo que su desaparición fue ampliamente aplaudida.

Nos encontramos ante una ley, por tanto, inconstitucional, que además incluye en la especial protección de las mujeres a las personas especialmente vulnerables, lo que escapa del concepto de violencia de género y, en consecuencia, también de la pretendida justificación de su tra-

tamiento diferenciado. Para solucionarlo, bastaría con que se agraven las penas sin distinción de sexos, ya que la posibilidad de que el hombre también sea sujeto pasivo de violencia doméstica no supondría ningún perjuicio ni desprotección para la mujer. En este sentido, la justificación aportada por el TC, de que el trato diferencial se debe “al bien jurídico pertenencia al género femenino históricamente subyugado a manos del género masculino”, no puede ser admitida en un Ordenamiento jurídico que parte del principio de ofensividad y culpabilidad, haciendo responsables a los hombres de las conductas llevadas a cabo por sus congéneres en el pasado. En cualquier caso, no puede pretenderse que unas amenazas o coacciones leves cometidas de forma episódica por el hombre contra la mujer, impliquen necesariamente una discriminación o refuercen la desigualdad y las relaciones de poder entre los sexos. Ni tampoco que son el preludeo de futuras y más importantes agresiones, pues tal argumento no se asienta sino en los mismos principios que, en su día, permitieron la aplicación de medidas de seguridad pre-delictuales en la Ley de Vagos y Maleantes y su sucesora la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social: no se castiga al sujeto en función de la gravedad de lo que ha hecho, sino de la peligrosidad que se le supone (Derecho penal del enemigo). Finalmente, y no por ello menos importante, no se puede, ni se debe, presumir que todas las mujeres por el hecho de serlo y tener una relación sentimental con un hombre se convierten por ello en seres débiles e inferiores. Y por supuesto, tampoco que todos los hombres comparten el desprecio absoluto hacia las mujeres.

5. MEDIDAS CIVILES: LA ORDEN DE PROTECCIÓN Y EL “FANTASMA” DE LAS DENUNCIAS FALSAS

La Ley 27/2003 introdujo en la LECrim la posibilidad de que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer acuerden, junto a las medidas cautelares de naturaleza penal, otras de carácter civil en relación al uso y disfrute de la vivienda familiar, la guardia y custodia de los hijos, el régimen de visitas de éstos, la pensión de alimentos, etc. Esto es, se permite al juez penal la adopción de las medidas cautelares que estime oportunas para apartar a los hijos menores de cualquier peligro o para evitarles perjuicios derivados de la relación de filiación. Ahora bien, no son pocos los abusos producidos al utilizar el proceso penal para “facilitar” un convenio de separación o divorcio. Es el fantasmagórico asunto de las denuncias falsas. Un asunto sobre el que no hay ni habrá nunca estadísticas, pero que se repite con más frecuencia de la que nos gustaría reconocer, y que cabría definir como la perversa utilización, por algunas mujeres y/o por algunos de los abogados que las asesoran, de los derechos y garantías de las víctimas con otros fines que nada tienen que ver con la

violencia de género: la obtención de ventajas en los procesos de separación o divorcio (quedarse con la vivienda familiar, con la custodia de los hijos, conseguir un mejor arreglo económico, etc.). Un gravísimo atentado a la presunción de inocencia y a los derechos del denunciado, y un insulto a las verdaderas víctimas de violencia de género. Y lo que es aún peor: un grave retroceso en la credibilidad de todo el sistema político criminal de lucha contra la violencia de género. Se deben, por tanto, establecer también los filtros necesarios a efectos de evitar cualquier utilización fraudulenta de la ley y sus recursos (ej., inicio de actuaciones por acusación falsa, responsabilidad disciplinaria de los abogados, etc.).

6. APOYO A LAS VÍCTIMAS Y EDUCACIÓN EN IGUALDAD

En definitiva, a pesar de todos los esfuerzos llevados a cabo y de las innumerables modificaciones legales (CP, Ccivil, LEcrim y LOPJ), el número de muertes y lesiones provocadas por la violencia machista, desgraciadamente, no ha dejado de crecer en los últimos años. Ahora bien, sí han servido para sensibilizar a las instituciones correspondientes respecto a la necesaria persecución y castigo de estas conductas, reafirmando la valoración negativa de este tipo de violencia (de no haber existido esta sensibilización seguramente las cifras serían aún peores). Sea como fuere, este tipo tan lamentable de violencia no cesa, lo que nos reafirma en que se trata de un problema sociológico que la ley, por sí sola, no puede evitar. Esto no significa que el Derecho penal deba abstenerse de intervenir, por supuesto debe hacerlo, pero no es suficiente ni puede serlo.

Las primeras medidas de intervención deben estar dirigidas a que las víctimas tomen conciencia de su situación y la denuncien (se calcula que sólo lo hacen entre un 14 y un 30%), recibiendo el apoyo económico, laboral y psicológico necesario. Limitarnos a imponer penas al agresor, sin adoptar también este tipo de medidas, a lo único que contribuye es a empeorar aún más la convivencia y a perpetuar la violencia. Para que esto sea posible, son ineludibles las campañas de formación, educación y toma de conciencia llevadas a cabo tanto por los poderes públicos como por los entes privados. Todo ello acompañado por la ineludible educación en igualdad y en el respeto a los derechos humanos en todas las etapas educativas, incluida la Universidad.

Porque son dos, principalmente, las causas que están en la base de este repunte de la violencia de género: la extensión en amplios sectores de la población (también entre los jóvenes, lo que es aún más preocupante) de patrones machistas de educación que no son contrarrestados con la fuerza necesaria; y la extensión de los modelos de conducta violentos que implica el nacimiento de nuevos fenómenos criminales

de agresiones físicas o psíquicas apenas inexistentes hace una década (ej. violencia de hijos a padres que ya alcanzan el 10% de las condenas impuestas a menores), o refuerza el crecimiento de un tipo de violencia incrustada en el tejido social, como es el caso de la violencia de género. Y es que la causa última de la violencia contra las mujeres no está en la naturaleza de sus vínculos familiares, sino en la histórica discriminación estructural sufrida por las mujeres. La situación de opresión de las mujeres en la sociedad patriarcal, no sólo las convierte en blanco de discriminación tanto en el ámbito público como en su vida privada, sino que la indiscutible posición subordinada que se les atribuye hace que la violencia contra ellas sea un reflejo de esa sumisión, al tiempo que un instrumento para mantenerla (LAURENZO). La política legislativa se debe, por tanto, orientar a acabar con dicha discriminación con todos los medios a su alcance (medidas educativas, sociales, laborales, publicitarias, etc.), y no limitarse a utilizar el Derecho penal con ese objetivo, pues es lo mismo que pretender “matar moscas a cañazos”.

7. LA MEDIACIÓN COMO POSIBLE ALTERNATIVA A LA INTERVENCIÓN PENAL

En cualquier caso, debemos abogar también por mecanismos más flexibles que permitan valorar caso por caso, y siempre teniendo en cuenta la voluntad de quien se pretende proteger. Una línea de actuación distinta que no potencie la intervención penal ni, por tanto, el deber de denunciar de las mujeres, ofreciéndoles otras posibles alternativas. Porque debemos recordar que no estamos ante delitos en los que la víctima y agresor no se conocen, sino ante partes que tienen un pasado, un presente y, aunque cueste entenderlo, también un futuro en común. La ruptura sentimental siempre es complicada y el hecho de enfrentarse en un proceso penal lo es aún más. Cabría, por tanto, abogar por mecanismos como la mediación, prohibida sin embargo por el art. 87.ter.5º LOPJ. Una figura especialmente indicada para aquellos supuestos puntuales de violencia (a veces mutua entre los dos miembros de la pareja) en que las mujeres se arrepienten de la denuncia y se acogen a la dispensa de no declarar para evitar la condena de su pareja, frustrándose con ello la justicia penal. En estos supuestos, con la mediación se trataría de empoderar a la mujer víctima de violencia, a efectos de que decida con más libertad y autonomía qué desea hacer con su vida en el futuro, poniendo a su disposición una serie de mecanismos legales y sociales que van más allá de la ley penal. La mediación buscaría compensar a la víctima, reparando no sólo el perjuicio material, sino también el emocional, espiritual o moral y el social, mediante el diálogo con el agresor, pues como veíamos, hay muchas víctimas que lo único que quieren es que la violencia cese, no castigar a su agresor y/o forzar la separación.

De esta forma, la víctima sería tratada como una adulta, autónoma y capaz de dirigir su destino por sí misma, decidiendo hasta dónde quiere la protección estatal.

Ahora bien, a corto y mediano plazo es poco lo que podemos esperar en este sentido, pues la tendencia es toda la contraria y no cesan de llegar propuestas que buscan incrementar aún más la vía punitiva: cumplimiento efectivo de las penas y las medidas de protección, tipificación del terrorismo sexista, supresión judicial sistemática de toda comunicación del agresor con sus hijos, la introducción de un delito de apología del terrorismo sexista, etc. De hecho, cuando se hace la más mínima propuesta buscando introducir algo de racionalidad en esta materia (ej., misma penas para hombres y mujeres, supeditar la orden de alejamiento al consentimiento de la víctima, etc.), las críticas, cuando no los insultos, son tan feroces y tienen tal coste de oportunidad (política, académica, social) que se acaban diluyendo ante la inflexibilidad de los interlocutores. Desgraciadamente, en este tipo de asuntos hablar de diálogo entre las partes, de igualdad ante la ley, de presunción de inocencia, de denuncias falsas o de hombres-víctimas, se ha convertido en poco menos que “políticamente incorrecto”. Y no hay peor punto de partida, que intentar dialogar con quien no está dispuesto a escuchar. Ya sea sabe que no hay peor sordo que el que no quiere oír...

BIBLIOGRAFÍA

BOLEA BARDÓN, C., “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *RECPC* 09-02(2007); BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, 2º edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; CORCOY BIDASOLO, M., “Tendencias de la política criminal en materia de violencia doméstica y de género”, en MIR PUIG – CORCOY BIDASOLO, (Dir.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer S.L., Madrid, 2007; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Ciudadanía, sistema penal y mujer”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, 2008; CORTES BECHIARELLI, E., “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2001, de 29 de septiembre): Propuestas de interpretación”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Análisis de los feminicidios de género en España en el período 2000-2015*, Cizur Menor-Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2015; GISBERT GRIFFO, S., *Género y violencia: análisis del fenómeno de la violencia de género tras 10 años de aplicación de la ley. En el umbral de un cambio de modelo de sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; GÓMEZ RIVERO, M.C., “El «presunto» injusto de los delitos contra la violencia de género”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*,

Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; GORJÓN BARRANCO, M.C., *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid, 2013; LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político criminal”, en *RECPC*, 07-08(2005); LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres”, en MUÑOZ CONDE- LORENZO SALGADO- FERRÉ OLIVÉ- CORTES BECHIARELLI- NÚÑEZ PAZ (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; MARCOS AYJON, “la violencia de género y el Código penal”, *LLP*, nº 16; MUÑOZ CONDE, F., “Violencia familiar y de género en la ley orgánica 1/2004”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; PUENTE ABA, L.M., (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010; ROMERO BURILLO, A.M., (Dir.,) *La protección de la víctima de violencia de género: un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la LO 1/2004*, Cizur Menor-Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015; SANZ MULAS- GONZÁLEZ BUSTOS- MARTÍNEZ GALLEGO (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Iustel, Madrid, 2005; SANZ MULAS, N., “Luces y sombras en la regulación penal de la violencia sobre la mujer en el ámbito familiar”, en GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., (Coord.), *La mujer en el Ordenamiento Jurídico: soluciones a realidades de género*, Atelier, Barcelona, 2009; SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto de Estado. La Huida hacia adelante de una norma agotada (LO 1/2004)*, Colección delitos nº 148, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

CAPÍTULO 8

TUTELA PENAL DE LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

I. DELINEAMIENTOS GENERALES

Otro sector de la criminalidad especialmente complicado es el de la tutela de la libertad sexual, pues en él confluyen aspectos tan debatidos como los derechos de la mujer y su inagotable imagen como objeto sexual, la legalización o no de la prostitución, o los límites de la sexualidad de los menores, sobre todo tras la irrupción de las nuevas tecnologías. Estas cuestiones siempre generan debate social y la respuesta depende de la concepción que se tenga de la sexualidad, lo que por supuesto a su vez deriva del modelo de Estado. Y ello porque el régimen político no sólo se caracteriza por la forma en que gestiona la vida socioeconómica de los ciudadanos, sino también por la manera en que incide en la regulación de su conciencia (BORJA).

1. SEXUALIDAD Y ESTADO AUTORITARIO: LA CONCEPCIÓN MORALIZANTE DE LA SEXUALIDAD EN LA ESPAÑA FRANQUISTA

En los estados autoritarios, sobre todo sin son totalitarios, se busca dirigir la conciencia y manipular el ámbito interno de los comportamientos humanos. En mayor medida, incluso, si se trata de un régimen fundamentalista, porque intentará por todos los medios imponer sus creencias (cristianismo, islamismo, hinduismo, judaísmo, etc.). Porque fundamentalismo no es creer mucho y con gran vehemencia lo que uno crea, sino pensar que la religión es una verdad tan perfecta que debe organizar el mundo completo, incluida la política. El Estado fundamentalista quiere organizar toda vida y convivencia, convirtiéndose en vigía hasta de los aspectos más íntimos de la vida de las personas, a efectos de comprobar si se conducen conforme a la única moral que se considera

legítima, la suya. Busca incidir, por tanto, en la moral de los ciudadanos para que se adapten a unos determinados patrones, que también se imponen en la esfera sexual. Esto es lo que ocurrió en la España pre-democrática con el predominio del nacional-catolicismo, en el que se impusieron los valores religiosos de pudor y castidad.

En la época franquista, fuertemente influida por el catolicismo, las relaciones sexuales sólo se consideraban “admisibles” dentro del matrimonio. Bajo esta perspectiva, en consecuencia, no se podía hablar de libertad sexual, sino de honestidad, de moral y buenas costumbres. Una concepción machista de la honestidad, porque en la ideología paternalista de la época, de subordinación de la mujer al hombre, la honestidad tenía exclusivamente nombre femenino. Esto es, la mujer tenía como misión fundamental ser buena madre y amante esposa, por lo que no se le permitía los “deslices” del hombre. Los atentados a la libertad sexual, en consecuencia, se concebían como atentados al orden moral y de ahí su nombre de “Delitos contra la honestidad”, donde se hablaba de abusos deshonestos en lugar de abusos y agresiones sexuales y la mujer era la única que podía ser sujeto pasivo de algunos delitos (violación, estupro o rapto), pues era su honra sexual la que se protegía.

Precisamente por ello, las prostitutas no podían ser violadas por no ser mujeres honestas, ni tampoco las mujeres casadas podían ser agredidas sexualmente por sus maridos, pues eso no cabía nunca ser calificado con un acto deshonesto. De su parte, existía el delito de adulterio, si bien con diferente lectura para mujeres que para hombres (Capítulo 7), y se castigaban como delito de escándalo público los tocamientos, abrazos y besos de las parejas en público. También se consideraban delictivas conductas como el exhibicionismo, la difusión de películas cinematográficas con escenas eróticas, el nudismo o incluso el baño en *top-less*. Finalmente, en lo relativo a la prostitución, a la persona prostituida no se le castigaba pues se le consideraba una víctima de esa actividad, si bien se le aplicaba una medida de seguridad al estimarse que la prostitución era un estado peligroso (*Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social del año 1970*). Ahora bien, sí se castigaba a todo el que favoreciese, promoviese o facilitase tal actividad a cambio de dinero, y por mucho que se tratase de una persona adulta que se prostituyese libremente; esto es, a quien regentaba el negocio, alquilaba el local, o vivía de la prostituta (rufián).

2. SEXUALIDAD Y ESTADO DEMOCRÁTICO: LA SEXUALIDAD COMO LIBERTAD EN LA ESPAÑA CONSTITUCIONAL

En el Estado democrático, sin embargo, la actividad política debe limitarse al aspecto externo de las conductas humanas y sólo cuando sea estrictamente necesario. Esto es, la conciencia del ciudadano, sus pensamientos y convicciones políticas, religiosas o morales pertenecen a su esfera más íntima y son la expresión de su dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad. Derechos fundamentales que el Estado debe respetar, por lo que de modo alguno puede interferir en esa esfera, en la que sexualidad es también un ámbito esencial de la misma.

Tras la caída del franquismo y con el tránsito a un modelo de Estado social y democrático de Derecho mediante la Constitución de 1978, la libertad se alza como valor por encima del honor, la patria, la religión o la tradición. En este contexto, la libertad sexual tenía que sustituir —y así lo hizo— a la honestidad como bien jurídico protegido. Y más cuando se abogaba abiertamente por la igualdad entre mujeres y hombres, con independencia de su estado civil.

Si la libertad es un valor superior, obviamente el Derecho penal sólo puede restringirla cuando resulte estrictamente necesario para proteger bienes jurídicos relevantes. Motivo por el que se derogaron los delitos que tutelaban una determinada moral como el adulterio o el amancebamiento, dirigidos a velar por la fidelidad conyugal, siendo ésta una misión más propia del Derecho civil o del Derecho canónico. De igual modo, el bien jurídico protegido no podía seguir siendo la honestidad, sino la libertad sexual, razón por la que la rúbrica del Título pasó a ser la de “Delitos contra la libertad sexual”. De su parte, el resto de la terminología fue cambiando poco a poco: desaparece el término “doncella”; tanto hombres como mujeres podían ser sujetos activos y pasivos; desaparece el delito de escándalo público, siendo sustituido por delitos como la exhibición sexual obscena o la venta, difusión o exhibición de material pornográfico entre menores de edad o incapaces, etc. En definitiva, con el CP de 1995 y, sobre todo, con las reformas posteriores, se fue adecuando la ley penal a la realidad social. Ahora bien, tal y como veremos, a partir del año 2003 también se aprecia un preocupante retroceso moralizante en el discurso sobre la sexualidad, sobre todo en lo relacionado a los menores de edad.

II. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA MATERIA

Como es fácil de imaginar, nos situamos ante uno de los grupos delictivos que más reformas ha sufrido desde finales de los 70, sobre todo des-

de la aprobación del CP de 1995. Una muestra evidente de la dificultad para definir una política criminal respecto de estos delitos.

1. EL CP DE 1995 Y EL CAMBIO DE RUMBO: DE LA HONESTIDAD A LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Como veíamos, ya durante la vigencia del código penal de 1973 se producen reformas que apuntan a una orientación a la protección de la libertad sexual y no de la honestidad o moral sexual (desaparición delitos de adulterio, amancebamiento, escándalo público, etc.). Aprobado el CP de 1995, se continuó con esta línea y lo más significativo al respecto, fue la supresión de los delitos de corrupción de menores y de proxenetismo y la equiparación de la introducción de objetos, por las vías vaginal, anal y bucal, al acceso carnal en el delito de violación. También se incluyó, por indudable influencia de algunos sectores feministas, el delito de acoso sexual. Eso sí, con la paradoja de que en ocasiones podía suponer un privilegio frente a algunos delitos de amenazas, siendo varias las voces que pusieron en entredicho su real necesidad, tratándose en todo caso de un delito de muy escasa aplicación práctica.

2. LA REFORMA DE 1999 Y LA REINTRODUCCIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES

La reforma llevada a cabo por *LO 11/99, de 30 de abril*, supuso, sin embargo, un claro paso atrás, pues partía de considerar que la protección de la sexualidad de los menores e incapaces era insuficiente, alegando también compromisos internacionales y una alarma social alentada de manera interesada. Es por ello que, además de añadir a la rúbrica de los delitos “la indemnidad sexual”, se castiga de forma severa la pornografía infantil, equiparando conductas de muy diferente entidad. De su parte, reintroduce el término “violación” (eliminado anteriormente por evitar la equivalencia agresión sexual con genitalidad) y deja de considerar acceso carnal también la introducción de objetos por vía bucal. También se reforma el delito de acoso, buscando evitar el posible privilegio de la figura frente al delito de amenazas, pero se complica tanto su regulación que con ello al final lo único que se hace es restringir aún más su aplicación. Lo peor, en todo caso, es la reintroducción del delito de corrupción de menores, aportándose una definición tan vaga, y por tanto de dudosa constitucionalidad, que permitiría incluir en ella al novio (o novia) de 18 años que “envicia” con sus prácticas sexuales a su novia (o novio) de diecisiete. Esto supone, sin duda, el regreso a la protección de una determinada moral sexual. Y más si se tiene en cuenta que las conductas atentatorias contra la libertad sexual merecedoras de cas-

tigo penal, y que podrían encajar en la letra de este precepto, ya se encontraban suficientemente tipificadas en otros delitos.

3. LEYES ORGÁNICAS 11/2003 Y 15/2003: INTRODUCCIÓN DEL PROXENETISMO Y AMPLIACIÓN DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

Otra muestra más de la perenne insatisfacción del legislador con la regulación penal en la materia, se produjo en el año 2003 en el que se llevaron a cabo dos reformas seguidas del CP. Con la reforma de *la LO 11/2003, de 29 de septiembre*, se reintroduce la figura del proxenetismo en la prostitución, castigándose con la misma pena que la propia prostitución coactiva. De su parte, con la *LO 15/2003, de 25 de noviembre*, se agravan las penas de los delitos de acoso sexual (art. 184 CP), exhibición obscena (art. 185 CP), venta, difusión o entrega de material pornográfico a menores (art. 186 CP), pornografía infantil (art. 189.1 y 2 CP) y corrupción de menores (art. 189.3). También se equipara al acceso carnal la “introducción de miembros corporales”, zanjando así la polémica generada por la anterior redacción, respecto a la no consideración de miembros corporales distintos del pene (dedos, lengua) por no ser susceptibles de ser considerados objetos. Respecto a la pornografía infantil, se tipifican tanto la mera posesión para su uso, como la creación de pornografía infantil virtual (menores no reales) y la “pseudopornografía”, que supone la utilización de material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces se emplee su voz o imagen alterada o modificada (art. 189.7). Una desafortunada vulneración del principio de intervención mínima y del derecho a la intimidad, que criminaliza conductas que, por inmorales que nos puedan resultar, no afectan directamente al bien jurídico protegido.

4. LO 5/10 Y PROTECCIÓN ESPECÍFICA DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DE MENORES DE 13 AÑOS

En la penúltima reforma llevada a cabo hasta el momento, se introduce un capítulo especialmente dedicado al castigo de los abusos y agresiones sexuales contra menores de trece años, incluyendo el acoso sexual a través de las TIC's (*child-grooming*) (art. 183 bis). De su parte, se castiga por primera vez de forma directa al cliente del menor prostituido (art. 187.1 CP), acabando así con la polémica sobre si con su actuación el cliente favorecía o promovía la prostitución del menor, únicas conductas sancionadas. Dentro de la pornografía infantil, se extiende la tutela a las conductas de captación o utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y diversas actividades relacionadas con la producción, elaboración, venta o exhibición de material pornográfico elaborado con menores o incapaces. Finalmente, se impone la medida

de libertad vigilada a los condenados a prisión por uno o más de estos delitos, al igual que se hace posible la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas (art. 192.1 CP).

5. LO 1/15 Y ELEVACIÓN DE LA EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL A LOS 16 AÑOS

Por último, la reforma operada por LO 1/15 también afecta de forma importante a estos delitos, buscando adaptarse a la Directiva de 13 diciembre de 2011. Esta normativa europea fija unas normas mínimas respecto a la definición de las infracciones penales y sus sanciones, al tiempo que refuerza las medidas para la prevención de estos delitos y la protección de sus víctimas. Sin embargo, la nueva regulación excede en mucho el estándar europeo, manteniendo unos mínimos muy elevados para algunas infracciones. Sea como fuere, los rasgos más característicos de la reforma en esta materia son: la desaparición de la pena de privación de la patria potestad incluida en la reforma anterior; la elevación de la edad de consentimiento sexual de los 13 a los 16 años, motivo por el que el anterior abuso sexual fraudulento pasa a ser delito cuando se trate de menores entre 16 y 18 años (art. 182 CP); el castigo de las agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años (art. 183 CP); la redefinición del delito de corrupción de menores de 16 años y su traslado al art. 183 bis; la agravación del *child grooming* y su ampliación a menores de 16 años, delito que se traslada al art. 183 ter.1 CP (dentro del Capítulo III “Del acoso sexual”) junto al nuevo delito de *sexting* (art. 183 ter.2 CP); si bien se sigue castigando el proxenetismo, al menos se da una definición de qué debe entenderse por explotación sexual (delito ahora en el art. 187); se redefine el delito de prostitución de menores (ahora en el art. 188), tipificándose juntas la prostitución coactiva y la consentida. En esta última, se incrementan las penas cuando es menor de 16 años, se incluye el castigo de quien se lucra con la prostitución y se redefine el castigo del cliente, aumentando también la pena cuando el menor tiene menos de 16 años. Finalmente, en lo que a la pornografía infantil se refiere, se da un concepto de la misma, se destipifican la pornografía virtual (menores no reales) y la simulada (adultos que parecen menores), se incluyen nuevos supuestos agravados, se castiga por primera vez al cliente de estos espectáculos, y también el mero acceso, a través de las TIC’s, a material pornográfico para uso personal, previniéndose el cierre y bloque de las correspondientes webs.

Es evidente, por tanto, y en términos generales, el tono moralizante que vuelve a adquirir el Derecho penal en relación a los delitos que protegen la libertad sexual de los ciudadanos. Al respecto son dos, concretamente, los aspectos en los que conviene incidir a la hora de hacer

un juicio crítico: la tutela de la libertad sexual de los menores y la prostitución.

III. POLÍTICA CRIMINAL Y TUTELA DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DE MENORES

1. EL RETORNO HACIA UNA MORALIZACIÓN DE LA SEXUALIDAD DE LOS MENORES

A) Elevación de la edad de consentimiento sexual a los 16 años

Para empezar, la decisión de situar a España en el grupo de países con un límite más elevado, fijando la edad de consentimiento sexual a los 16 años (en la mayoría de los países europeos se sitúa en los 14 años), resulta absolutamente cuestionable en una realidad en la que los jóvenes españoles se inician sexualmente a edad temprana (12 a 14 años). En cualquier caso, también es criticable por no atender a la necesidad de graduar la respuesta, ya que el sistema de protección es único independientemente de la edad concreta (de 1 a 16 años), al mismo tiempo que se establece otro sistema de protección para los menores de 16 y 17 años (art. 182 CP). Es más, con esta previsión el legislador se olvida de que la intervención del Derecho penal tiene graves consecuencias, por lo que medidas en principio dirigidas a la protección de menores pueden ser lesivas a otros intereses de éstos, como puede ser el mantener relaciones sexuales con personas de edad próxima.

Esta es, precisamente, la razón que motivó la necesidad de introducir una cláusula de exclusión de los supuestos en los que, mediando consentimiento por parte del menor, no existe la asimetría de edad necesaria para definir el caso como abuso (art. 183 quáter). Ahora bien, esta cláusula resulta problemática a la hora de determinar cuál es su naturaleza jurídica, pues si bien de su redacción parece derivarse su carácter de causa de justificación, también podría ser entendida como un supuesto de declaración expresa de la atipicidad de estos supuestos, ya que en el abuso sexual el consentimiento es un elemento esencial del tipo. De su parte, otra cuestión trascendente es qué debe entenderse por “proximidad”, teniendo en cuenta que la ley señala como criterios de valoración la edad y el grado de desarrollo y madurez. Para ello se parte del concepto de “asimetría de edad”, entendida como desigualdad madurativa que impide el ejercicio de una libre decisión por parte del menor y una actividad sexual compartida, dada la diferencia en las experiencias, madurez y expectativas sobre la relación sexual. Algunos estudios han establecido como asimetría una diferencia de edad de mínimo 5 años, si

bien hay que tener en cuenta el grado de desarrollo y madurez. En cualquier caso, la confusión con la que está redactado el precepto seguramente trae muchos problemas en la práctica (TAMARIT).

B) *Mantenimiento del delito de corrupción de menores*

De su parte, en lo que a la corrupción de menores se refiere, en su versión actual se castiga a quien “con fines sexuales, determine a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos” (art. 183 bis CP). La pena aumenta si se le hacen presenciar abusos sexuales. El legislador, en consecuencia, se empecina en mantener una figura innecesaria, que no colma laguna alguna, y que desde luego no satisface los valores de certeza y seguridad que siempre deben presidir las normas penales. Un delito, de tan vagos perfiles, dudoso alto grado de lesividad y tan peregrinos resultados, que hacen patente su carácter simbólico y, sobre todo, su conexión con una determinada moral sexual y no con la libertad (o indemnidad) sexual, lo que resulta altamente criticable.

C) *Ampliación de la pornografía infantil*

Finalmente, en relación con la pornografía infantil, si bien la LO 1/15 por fin aporta un concepto de pornografía infantil, dejando fuera los supuestos de pornografía virtual (imágenes técnicas sin niños ni personas reales) y la simulada (mayores de edad que aparentan ser menores), conlleva sin embargo un mayor intervencionismo en esta materia. Para empezar, sigue considerándose delito el consumo personal de pornografía infantil. La razón parece ser es la depravación moral de quien satisface su sexualidad con este tipo de imágenes, pero el Derecho penal desde luego no está para castigar las perversiones sexuales, salvo que estas incidan en comportamientos externos que alteren la convivencia. Otra razón, reside en el propósito de acabar con el consumo de este tipo de material para así incidir en la oferta del mismo. Algo similar a la política en materia de drogas, pero con una diferencia: el consumo de drogas está permitido salvo que la tenencia de las mismas esté dirigida a su distribución. Aplicando parámetros valorativos similares, no parece por tanto justificado el castigo de la mera posesión para consumo personal de material pornográfico infantil. Sería suficiente con una infracción administrativa, pues en base al carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, éste no debería intervenir ante lo que, como mucho, supone un peligro sumamente abstracto.

Sea como fuere, la tipificación como delito de la posesión de material pornográfico afecta de manera indirecta y lejana al consumo, y no se re-

fiere a conductas que lesionen o pongan en peligro directamente el bien jurídico indemnidad sexual. Esto es, no se puede castigar como delito sexual el mero hecho de que determinadas personas puedan excitarse sexualmente con unas imágenes de niños desnudos. Por otra parte, es ilusorio creer en una verdadera eficacia de este delito, pues su efectiva persecución requiere una intervención complicada en las esferas privadas. En consecuencia, sino se trata de un regreso a la moralización de la sexualidad, sí se puede afirmar el uso excesivo (y muchas veces claramente simbólico) del Derecho penal. Uso excesivo que se incrementa con el castigo del simple acceso a estas webs, sin necesidad de que ese material esté descargado en un ordenador. Esto es, también se prevé el castigo de los supuestos en los que el material pornográfico se ha obtenido por simple descarga de la imagen para visualizarla, borrándola después, lo que supone una invasión inadmisibles de la intimidad y la conversión en delito de una tendencia, o incluso curiosidad. De su parte, y por si esto fuera poco, también incluye como delito la mera asistencia a este tipo de espectáculos. Un castigo que parece responder a la creencia de que sin demanda no hay oferta, por lo que, en consecuencia, sólo tendría sentido la pena cuando la asistencia de una persona resultase decisiva para la celebración del espectáculo.

2. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA CRIMINAL COHERENTE CON LA REALIDAD SOCIAL DEL SIGLO XXI

La protección de la indemnidad sexual de los menores e incapaces, ha sido sin duda uno de los grandes problemas a los que históricamente se ha enfrentado el Derecho penal con una política criminal unidireccional: el incremento continuo de la punibilidad. Una constante ampliación de las conductas punibles y un endurecimiento de las penas no siempre justificado, y que, además, no siempre es garantía de la eficacia en la prevención y represión de estas conductas. Se puede afirmar, por tanto, que lo que se busca es un efecto simbólico, tranquilizando a los ciudadanos a través de una legislación penal más severa. Ahora bien, con ello también se corre el riesgo de que no sea el único efecto que se produzca, dada la rara aplicación de estos delitos en la práctica, lo cual, además de rechazable, crea una frustración en los ciudadanos al contemplar que las medidas milagrosas anunciadas no tienen ninguna eficacia, o ésta es mínima. Falta, en definitiva, una política criminal coherente y estudiada, y no solamente dirigida a la agravación, cuando no al efecto simbólico y a la correspondencia con una determinada moral sexual.

¿Estamos ante un caso de populismo punitivo que aboga por un endurecimiento indefinido que desoye las garantías que limitan el *ius puniendi* en un Estado de Derecho? Si tenemos en cuenta que en la mayo-

ría de las ocasiones las peticiones populares parten de un gran desconocimiento de la legislación y del sistema judicial y penitenciario, de un análisis no sosegado de la realidad criminal que lleva a discusiones discutibles, y de un olvido de los costes de la aplicación del Derecho penal y de la limitación de su alcance, sería un fracaso que el incremento de la intervención penal no respondiera a un problema real, o que lo único que aportara es mayor confusión, sin ningún beneficio en contrapartida.

Para ello quizás debamos empezar por valorar la importancia real de estas conductas. Pese a la expectación e impacto mediático de algunos casos de abusos y agresiones sobre menores (la niña Mari Luz, Marta del Castillo, etc.), una revisión sosegada de la información nos demuestra que los abusos sexuales sobre menores no es un fenómeno nuevo. Por el contrario, es una realidad presente en la historia de nuestras sociedades. La única diferencia es que ahora se ha generado un movimiento de reacción dado el gran número de víctimas afectadas (la mayoría de los casos destapados se refieren a hechos llevados a cabo durante décadas en ámbitos donde los menores son más vulnerables, como escuelas, instituciones religiosas, centros de acogida, centros de formación deportiva, *boy scouts*, etc.). No se trata, en consecuencia, de un fenómeno novedoso, lo único nuevo es el incremento del interés por acabar con su impunidad. Impunidad que parece acrecentada con el uso de las TIC's. La pregunta por tanto a hacernos actualmente sería: ¿es tan elevado el número de depredadores *on line*?

De acuerdo con un detallado estudio llevado a cabo en los EE.UU., las “solicitudes sexuales no consentidas” *on line* sufrieron un significativo descenso en los últimos años (de un 19% en 2000 a un 9% en 2010), por lo que la obsesión por la seguridad en la red para los jóvenes no se compeadece con unos datos que confirman una mayor concienciación y control en este ámbito. Es más, en el año con más solicitudes (año 2000) uno sólo de esos casos derivó en violencia sexual. A nivel de la UE, sólo el 9% de los menores que recibieron una solicitud sexual por Internet llegaron a quedar físicamente con su interlocutor, por lo que es evidente que los menores son conscientes de los riesgos que puede plantear un contacto que trasciende a lo interactivo. El panorama que se nos aparece, por tanto, es el de un mito (el del depredador sexual por Internet) que nubla la auténtica realidad de los abusos sexuales en la infancia, que entre un 80% y un 98% son cometidos por conocidos de los menores, fundamentalmente en el ámbito familiar y académico (RAMOS).

Ahora bien, en los últimos años lo que sí ha surgido como un foco de preocupación dentro del trinomio menores—sexualidad—TIC's es el *sexting*. Esto es, el envío de mensajes (comúnmente fotografías pro-

pías) de contenido sexual a terceras personas, con lo que nos enfrentamos a problema de autovictimización y que lleva a plantearnos cuáles son las medidas a adoptar frente a los menores que crean y distribuyen dichas imágenes. En nuestro país en concreto, un 4% de nuestros menores entre 10 y 16 años envía este tipo de mensajes y un 8'1% los reciben, tratándose sin duda de un fenómeno globalizado. Por tanto, el *sexting* es un gran ejemplo de esa enorme contradicción entre la visión social y legal del adolescente como menor asexual y la intensidad real con la que los adolescentes viven su sexualidad. La pregunta a hacernos a continuación por tanto es la de: ¿en estos casos se produce una lesividad suficiente de bienes jurídicos protegibles que exijan la intervención penal? ¿Son lesivos los abusos sexuales consentidos por los menores? ¿Alcanza esta lesividad un nivel jurídico penalmente relevante?

Es indiscutible la necesidad de la intervención penal en los casos en que existe oposición del menor o su consentimiento se obtiene con violencia o intimidación, pero ¿y si se cuenta con su consentimiento explícito o implícito? Las dudas se acrecientan a medida que los menores van abandonando la infancia y acercándose a la edad adulta. En definitiva, el sistema vigente es confuso, favoreciendo la impresión de que es insuficiente. Esta falta de claridad, la inoperancia de algunos de los tipos penales y la ineludible necesidad de armonización con el Derecho comparado, crean una opinión pública de tono punitivista que favorece la adopción de políticas criminales cada vez más incoherentes, y por ello más simbólicas y menos operativas.

3. PROPUESTAS ALTERNATIVAS: LA NECESARIA MEJORA DE LOS MECANISMOS PROCESALES

Por lo que habría que empezar es por reelaborar el significado del bien jurídico "indemnidad" sexual, recordando que si en el pasado pudo mantener alguna relación con la idea de ausencia de mancha (derivada de un acto sexual considerado malo o pecaminoso), este nexo no existe, ni puede existir, en la actualidad. En todo caso, comprender la necesidad de proteger jurídico penalmente a los menores en el ámbito sexual, no justifica que se opte por una moral sexual represiva ni que se abogue por una política de punición infinita, en la que se pierde de vista la lesividad material de estos hechos y los bienes jurídicos protegidos. Esto es, de la existencia de un bien jurídico no se deriva automáticamente la obligación de recurrir al Derecho penal, sino que su contenido debe estar vinculado a las relaciones sociales que caracterizan el modelo social, bien como presupuesto, bien como las relaciones mismas.

En este sentido, la decisión de elevar la edad de consentimiento sexual a los 16 años es sociológicamente discutible, si tenemos en cuenta que en la sociedad española son frecuentes las relaciones sexuales de los adolescentes antes de esa edad. Parece más bien que la preocupación no es sólo la de que estas conductas perjudiquen su evolución sexual, sino también que con ellas se produzcan embarazos no deseados y contagios de enfermedades venéreas. Cuestiones importantes, pero no de la incumbencia del Derecho penal. La educación sexual en escuelas e institutos, sin tabúes ni imposiciones moralistas conservadoras, debe ser, en consecuencia, una tarea educativa prioritaria (MUÑOZ CONDE).

Sea como fuere, quizás el problema político criminal mas grave reside en el marco de la difusión de material pornográfico por Internet. La demanda en este sentido es enorme, y el problema no es tanto de cobertura legal, que creo es más que suficiente —por no decir excesiva—, sino de eficacia en las investigaciones para el enjuiciamiento y condena de los responsables, siendo llamativamente escaso el número final de condenas. De lo que se trata, por tanto, no es de agravar las penas y crear nuevos delitos, sino que el problema es más bien de posibilidades de descubrimiento, persecución y prueba. De hecho, y para empezar, se pueden plantear problemas de prueba en relación con la edad del presunto menor, cuando la visualización del documento (foto, video, etc.) en el que aparece no ofrece datos suficientes respecto si es menor o mayor de edad, y tampoco es posible su identificación. En estos casos, no podrá imputarse el delito del art. 189, pues no está prevista su comisión imprudente. Y es que en estos supuestos la determinación de la edad del presunto menor puede ser aún más problemática que en los delitos de agresiones, abusos sexuales o prostitución de menores, ya que, al no haber un contacto directo, el conocimiento de la edad, necesario para imputar el hecho a título de dolo, debe basarse en la apariencia física, lo que puede generar dudas incluso en el propio juez o tribunal que visualice el material. Y ello porque en la mayoría de las ocasiones se utiliza a personas muy jóvenes, pero que no necesariamente tienen que ser menores de edad. Las dudas al respecto, cuando no puedan resolverse conociendo directamente a las personas involucradas, deben resolverse cuando sean razonables a favor del acusado (*in dubio pro reo*). No se trata, en definitiva, de reformar una y otra vez el Derecho penal, aumentando la represión en relación con estas conductas, sino mejorar los mecanismos procesales en aras a su efectiva persecución y castigo (ej., cooperación policial y judicial).

IV. POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA PROSTITUCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El carácter clandestino de la prostitución impide obtener datos estadísticos fiables, complejidad a la que se une la actual tendencia a confundir este fenómeno con el de la trata de seres humanos. Esto es, las cifras dependen de la fuente de las que provengan y al respecto existen dos posturas que parecen irreconciliables. Por un lado, están los defensores de las tesis abolicionistas, que sustentan su discurso en la vinculación entre prostitución y trata y la vulnerabilidad del colectivo de mujeres prostituidas. Corriente mantenida por un importante sector del feminismo y por algunos colectivos de prostitutas y asociaciones como APRAMP, además de la mayoría de los partidos políticos y el Defensor del pueblo. De otra parte, y defendiendo la regularización, se encuentran algunos colectivos de trabajadoras sexuales (blog ProstitutasIndignadas, Colectivo Hetaira) y otro importante sector feminista. Mientras los primeros hablan de que el porcentaje de la prostitución forzada alcanza un 90% de las personas que ejercen el trabajo sexual, los segundos consideran que no hay base alguna para afirmar que ese porcentaje tan elevado de mujeres prostitutas son víctimas de trata.

Sea como fuere, y desde un punto de vista económico, el Instituto Nacional de Estadística ha calculado que el negocio de la prostitución supone el 0,35% del PIB (unos 3.700 millones de euros). Un negocio que ha sufrido una importante transformación gracias a las nuevas tecnologías, especialmente los *smartphones* y los diversos servicios de Internet (web, chat, correo). Entre otros aspectos, las TIC's han facilitado y mejorado el contacto entre cliente y prostituta; han ampliado internacionalmente la oferta; proporcionan mayor privacidad (pago por transferencia electrónica tipo *Paypal* o con moneda virtual como los *Bitcoins*), lo que, entre otros aspectos, favorece el acercamiento de la prostitución masculina al público femenino; han reconfigurado los circuitos mundiales del turismo sexual, etc. De igual forma, el perfil del cliente ha cambiado, disminuyendo significativamente la media de edad, dada la facilidad del acceso a través de las TIC's y la incorporación y normalización de los clubes de alterne como parte del ocio juvenil. Una realidad expansionista y normalizada que nuestro legislador sigue sin asimilar, apostando por un modelo abolicionista cuyo objetivo último es la (utópica) erradicación del trabajo sexual.

2. ENTRE EL ABOLICIONISMO Y EL PROHIBICIONISMO SUAVE TRAS LA LO 4/15 DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Nuestro país, lejos de optar por la reglamentación de la prostitución, tradicionalmente se ha limitado a invisibilizar a las trabajadoras sexuales, de modo que si bien la prostitución no se consideraba un delito, tampoco era vista como una actividad legal desde el punto de vista administrativo. Posteriormente, siguiendo la tendencia internacional de identificar cualquier forma de prostitución con la trata de seres humanos (Capítulo 10), giró hacia el modelo abolicionista sueco, limitándose a sancionar a los clientes, pues las prostitutas eran consideradas víctimas de violencia de género a todos los efectos. Ahora bien, desde hace más de una década, y sobre todo tras la LO 4/15 de Protección de la Seguridad Ciudadana, pareciera que vamos transitando hacia un modelo prohibicionista suave, pues también las trabajadoras sexuales son sancionadas administrativamente.

A) Ámbito penal y modelo abolicionista: el delito de proxenetismo del art. 187.1 CP

La gran evidencia de la perspectiva abolicionista, es la reintroducción en el año 2003 del delito de proxenetismo (art. 187.1 CP) que, con el objetivo último de erradicar la prostitución, por considerarla siempre un modo de violencia de género, castiga todo el entorno que la hace posible (ej. alquiler de locales o habitaciones). Delito que no sólo subsiste en la actualidad, sino que puede incluso haber visto ampliado su campo de actuación con la definición que de explotación sexual le da la última reforma del año 2015, al referirse de forma global a “la vulnerabilidad personal o económica de la víctima” (actual art. 187.1 CP).

Con la reintroducción del delito de proxenetismo se punibilizan, por tanto, conductas de aprovechamiento de un comportamiento que en sí mismo es atípico, pues a la prostituta no se le castiga. No queda claro, por tanto, cuál es el bien jurídico protegido, pero desde luego no es la libertad sexual de los trabajadores sexuales. Más bien se trata de favorecer una determinada moral sexual, por lo que la tipificación de esta conducta como delito es discutible y supone un claro retroceso de la política criminal en materia de prostitución.

B) Ámbito laboral y la diferencia entre actividad de alterne y prostitución

Si bien parte de la doctrina aboga por la regulación de la prostitución, por considerarla una forma de “economía sumergida”, lo cierto es que sólo se regula mínimamente la actividad de alterne, dejando fuera la prostitución. Y ello porque se considera que sólo la primera cumple los requisitos necesarios para afirmar la existencia de una relación laboral.

En cualquier caso, en aquellos supuestos en que sí se ha admitido la existencia de los elementos propios de una relación laboral en la prostitución, se ha invocado la ilicitud del objeto del contrato por tratarse de un ilícito penal. En definitiva, los tribunales han eludido pronunciarse sobre el fondo del asunto y no establecen con claridad la diferencia entre alterne y prostitución, al demostrarse, en ocasiones, que el alterne es una ejercicio encubierto de la prostitución. Sea como fuere, y pese a que la prostitución no se considera una actividad por cuenta ajena, existe una asociación de empresarios de locales de alterne y prostitución —asociación de hosteleros “Mesalina”— que ha sido registrada oficialmente, al entender tanto la AN como el TS que dicha asociación no tiene como objeto declarado la explotación sexual prohibida.

C) Ámbito administrativo y prohibicionismo suave: las ordenanzas municipales y la L.O. 4/15 de Protección de la Seguridad Ciudadana

Ante la falta de regulación tanto estatal como autonómica, fueron los ayuntamientos los que comenzaron a aprobar ordenanzas municipales tendentes a barrer la prostitución de la calle. A la primera aprobada en Barcelona en 2005, le siguieron otras muchas que también sancionaban a las propias prostitutas por el ejercicio de la prostitución en la vía pública o a menos de cierta distancia de centros educativos, instaurando de este modo un “modelo prohibicionista suave”, al sancionar no penal, pero sí administrativamente, a las mismas trabajadoras sexuales. De su parte, y suponiendo un importante cambio de rumbo, la aprobada en Sevilla en 2011 adopta un modelo neoabolicionista que asimila prostitución y trata de seres humanos como manifestación ambas de la violencia de género, por lo que, si bien no castiga a las prostitutas por considerarlas víctimas, sí sanciona a los clientes además de a quienes de algún modo promueven o favorecen el consumo (ej. medios de contacto entre prostitutas y clientes a través de panfletos, carteles o anuncios).

Sea como fuere, la clara asimilación del modelo prohibicionista “suave” (por no sancionar penalmente pero sí administrativamente el trabajo sexual), se produce definitivamente con la *LO 4/15, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana*, que a diferencia de su predecesora sí incide en el asunto de la prostitución. Al tratarse de una norma estatal, los ayuntamientos deben necesariamente adecuar su normativa en la materia a lo estipulado en su art. 36.11, donde considera infracción grave, castigada con una sanción de hasta 30.000 euros: “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”.

En definitiva, mientras el CP parece sustentar un modelo abolicionista, el resto de la legislación transita entre la no regularización y el prohibicionismo del trabajo sexual, por lo que nos enfrentamos a un discurso “interesadamente” contradictorio. Un discurso que al final sólo recrea una sexualidad moralizante y conservadora, que parte de considerar la sexualidad algo tan íntimo que no puede ser motivo de transacción económica. Esto es, no busca realmente denunciar las desigualdades de género en el ámbito del trabajo sexual, sino que dirige su retórica al por ahora inalcanzable objetivo de eliminar totalmente la industria del sexo. Porque la incoherencia entre lo estipulado por el Código penal y lo previsto en el resto del ordenamiento jurídico, sólo tiene como consecuencia el que no se puede establecer ningún impuesto sobre la prostitución ni sobre las ganancias de quienes la ejercen (IRPF, impuesto de sociedades si es una empresa, licencia fiscal, etc.), por lo que estas personas no se benefician de la cobertura de la Seguridad social ni se someten a un régimen de seguridad e higiene en el trabajo, tan necesario sin embargo en este sector. La prostitución, en definitiva, permanece en una especie de limbo jurídico, expresión de la patente hipocresía con la que siempre se guiado la política criminal en esta materia. Quizás, porque como escribe GALEANO, “¿Los derechos de las prostitutas? «Las cosas no tienen derechos», dice la moral de los puritanos, que desprecian lo que usan”.

3. PROPUESTA ALTERNATIVA: HACIA LA REGULARIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN

A) Despenalización de la prostitución mediante la eliminación del proxenetismo

Para empezar, el trabajo sexual no debería interesar al Derecho penal de un Estado de Derecho en ninguna de sus manifestaciones ni en relación a ninguno de sus intervinientes, pues sería defender una moral sexual colectiva incompatible con los principios de libertad y pluralismo. Tratóndose de personas adultas, ni tan siquiera la protección de su dignidad puede esgrimirse como interés directamente tutelable, que justifique la actual intervención estatal paternalista que coarta la libertad sexual de dichas personas. Hacerlo sólo responde a una pretensión moralizante, consistente en tutelar intereses plenamente disponibles que no desean ser protegidos por sus propios titulares. No se nos escapa que

detrás del trabajo sexual haya situaciones de miseria y necesidad, y que su práctica pueda conllevar consecuencias físicas y psicológicas futuras, pero como nos recuerda FERRE, esto también ocurre con otros trabajos que nadie lucha por prohibir sino regular y proteger tanto social como sanitariamente (ej., minería, exposición a radiaciones, etc.).

La prostitución consentida de personas adultas debe despenalizarse, y para ello hay que comenzar con la eliminación del proxenetismo (art. 187.1 CP), pues lo único que se ha conseguido con ello es que la persona prostituida, al no tener la protección estatal por no ejercer una labor legal, ni tampoco poder servirse de la protección de terceras personas, aunque sea a cambio de dinero (proxeneta), acabe en manos de organizaciones criminales que se aprovechan de esa situación, provocándole grandes perjuicios. Debe, por tanto, desaparecer el castigo del proxeneta como fórmula abolicionista y abogarse por un modelo reglamentista, enfocado no en la erradicación imposible del trabajo sexual libremente ejercido, sino en la dignificación de su ejercicio. Porque, ni el modelo prohibicionista, seguido por Noruega, Islandia, Reino Unido o Francia, y que busca la desaparición de la prostitución mediante el castigo de todas las conductas (también al cliente y a la prostituta); ni el abolicionista, extendido a nivel mundial y seguido por el CP español, que también busca la desaparición de la prostitución castigando al entorno que favorezca su ejercicio (proxenetismo, alquiler de locales, etc.) son ni serán nunca eficaces. De hecho, a lo único que conducen es a esconder aún más este rentable negocio, lo que además de favorecer el crimen organizado incrementa los riesgos para la vida y salud de estos trabajadores.

B) Modelo reglamentarista y reformas laborales y administrativas

El modelo reglamentarista seguido en países como Holanda o Alemania, es más tolerante y próximo a la realidad, y parte de considerar libre el ejercicio de la prostitución, si bien supervisada legal y administrativamente, a efectos de mejorar sus aspectos sociales, higiénicos y sanitarios. Porque pese a todas las reformas lo cierto es que se trata de una actividad tolerada, si bien desarrollada en espacios de arbitrariedad e inseguridad jurídica inadmisibles. Un marco hipócrita y arbitrario, que urge eliminar mediante la normalización y regulación jurídica del trabajo sexual, de modo que estas personas puedan disfrutar de una serie de derechos hasta ahora inexistentes, como el descanso semanal y anual, la sanidad o la jubilación. Para ello, por supuesto, deberán también contribuir a las cargas del Estado pagando los correspondientes impuestos y la Seguridad social.

Al respecto, según el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, es adecuada su sujeción al régimen de los trabajadores autónomos,

y en el ámbito administrativo se debe crear una ley marco que permita la realización de trabajos sexuales en inmuebles urbanos. Ahora bien, tampoco debemos menospreciar las dificultades de implementar este modelo laboral, pues en aquellos países donde ya existe son pocas las mujeres que finalmente regularizan su trabajo sexual: por temor al rechazo, porque al pagar los impuestos disminuyen sus ingresos y, sobre todo, porque al tratarse de inmigrantes ilegales no pueden beneficiarse de la regulación. El Estado deberá, por tanto, construir un modelo laboral lo suficientemente atractivo y justo que permita la integración de todos estos trabajadores sexuales.

BIBLIOGRAFÍA

BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, 2º edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; CUERDA ARNAU, M.L., “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género: consideraciones críticas”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 13 (2010); DÍAZ CORTES, L.M., “Ciberacoso. Contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores”, en RIVAS VALLEJO, M.P.- GARCÍA VALVERDE, M.D, *Tratamiento integral del acoso*, Aranzadi, Navarra, 2015; DIAZ CORTES, 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*, nº 13, 2016; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?”, en MIR PUIG – CORCOY BIDASOLO, *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007; FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas”, en MUÑOZ CONDE –LORENZO SALGADO- FERRÉ OLIVÉ –CORTES BECHIARELLI – NUÑEZ PAZ, (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; GALEANO, E., “Las cosas no tienen Derechos”, en BRIZ, M. y GALAIZABAL, c., (Coord.), *La prostitución a debate. Por los derechos de las prostitutas*, Talasa, Madrid, 2007; GÓMEZ TOMILLO, M., “Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”, en RECPC 07-04 (2005); GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; LAMARCA PÉREZ, C., “El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual”, *Ley Penal*, nº 35 (2007); MINGUEZ, J., *El fenómeno de la delincuencia sexual en España: análisis y propuestas de intervención*, UOC, Barcelona, 2015; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; RAMOS VÁSQUEZ, J.A., “Ciberacoso”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentario a*

la reforma penal de 2015, Aranzadi, 2015; ROPERO CARRASCO, J., “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El proyecto de 2013”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014); TAMARIT SUMALLA, J., “Delitos contra la indemnidad sexual de los menores”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.,) *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015; TAMARIT SUMALLA, J., *La protección sexual del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Aranzadi, Pamplona, 2002; URIARTE VALIENTE, L.M., “Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas”, *La Ley*, nº 7372 (2010); VALIENTE FERNÁNDEZ, C., “La política de la prostitución: el papel del movimiento de mujeres y los organismos de igualdad en España”, *Revista de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, nº 105 (2004); VILLACAMPA ESTIARTE, C., “A vueltas con la prostitución callejera ¿Hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 35, 2015.

CAPÍTULO 9

EL RETO DEL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

I. EL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El crimen organizado no es, desde luego, un problema nuevo, pues todos conocemos la existencia de la mafia en el siglo XIX. Lo que sí es nuevo es la dimensión adquirida en los últimos tiempos, hasta el punto de poder afirmar que la criminalidad organizada es la delincuencia de la globalización. En la medida que coexiste con los mercados legítimos, la necesidad de expansión de éstos motiva también la actuación del crimen organizado, alimentado por las fisuras de la económica globalizada. En definitiva, la globalización de la economía, la creación de zonas de libre comercio y de libre circulación de personas, ha transformado el mundo y también la delincuencia organizada dotándole de una especial peligrosidad para la seguridad de los Estados.

Según los informes de EUROPOL, dos de los rasgos básicos del crimen organizado son su versatilidad y flexibilidad, si bien su objetivo siempre es el mismo: el lucro. La búsqueda de las mayores ganancias posibles con los menores riesgos, por lo que se buscan los sectores más vulnerables y menos controlados. Para ello, se inician nuevos mercados delictivos aprovechando las infraestructuras ya existentes para otro (ej. rutas de droga que son usadas para tráfico de personas o de armas) y se sirven de los conocimientos de expertos en materias como transporte, finanzas o sector inmobiliario. Y por supuesto utilizan Internet, que además de ser soporte de muchos delitos (piratería intelectual, tráfico de drogas, reclutamiento y tráfico de personas, suministro de falsificaciones, etc.), es también un medio seguro para la comunicación y una herramienta básica para el blanqueo de capitales.

Las actividades delictivas que el crimen organizado puede llegar a desarrollar son casi innumerables: tráfico de drogas, inmigración ilegal, trata de seres humanos, robos, estafas, hurtos, tráfico de coches robados, falsificaciones de documentos y tarjetas de crédito, mercado de obras de arte y restos arqueológicos, etc., El blanqueo de capitales, de su parte, es una actividad transversal a efectos de poder disfrutar de los enormes beneficios obtenidos (en España, el modo más habitual es la compra de viviendas, siendo el país elegido por la mafia rusa y la *Cosa Nostra* italiana para blanquear su dinero). En cuanto a su relación con el terrorismo, ambas actividades se retroalimentan, pues mientras el crimen organizado financia las actividades terroristas (ej. FARC y tráfico de drogas), el terrorismo, además de enseñar al crimen organizado a operar en red, en sistema de células, le abre nuevas rutas de tráfico al pasar por territorios por ellos controlados. Ambas actividades, sea como fuere, y pese a tener en común el carácter de crimen organizado, tienen finalidades distintas: mientras el objetivo de las organizaciones terroristas es político, el del “resto” es el lucro económico. Puede que en la realidad se entrecrucen, pero jurídica y político criminalmente son fenómenos distintos y por ellos tratados separadamente en el Código penal (la delincuencia terrorista se analiza en la Capítulo 13).

En definitiva, la exigencia de mayor respuesta frente al fenómeno de la delincuencia organizada, viene justificada en la mayor peligrosidad de estas formas delictivas respecto a la delincuencia individual (mayor desvalor de acción), y por suponer un ataque a bienes adicionales al afectar a la propia estabilidad del sistema político y/o económico del Estado (mayor desvalor de resultado). Esto es, las organizaciones criminales tienen capacidad para *desestabilizar la organización política* por el uso sistemático de medios intimidatorios y violentos (tanto hacia fuera del grupo como hacia dentro del mismo para controlar a sus miembros), además del recurso a la corrupción (violencia complaciente) como medio de infiltración en el poder, perturbando los principios de funcionamiento de la Administración, en particular los principios de igualdad, legalidad y eficiencia. Y ello por no mencionar la consecuente decepción de los ciudadanos y su pérdida de confianza en las instituciones, con el peligro que eso conlleva para la permanencia de la propia democracia.

De su parte, la *desestabilización del sistema económico* se produce, sobre todo, a través de la corrupción y el blanqueo de capitales: mientras el recurso sistemático a la corrupción debilita el sistema económico, reduciendo los ingresos del Estado y aumentando el coste de los productos —para así cubrir los costes de los sobornos—, lo que a su vez contribuye a la desigualdad social y aleja las inversiones hacia otros países; el lavado de activos —muchas veces mediante la creación de empresas “lega-

les” — genera graves distorsiones en la economía legal, sobreinflando los precios de sectores como el inmobiliario (burbuja inmobiliaria), y quebrantando las reglas de la libre competencia, en cuanto que los empresarios honrados nunca podrán competir con las ingentes ganancias del crimen organizado. En cualquier caso, para el análisis del “trío” *corrupción—delincuencia de cuello blanco—crimen organizado*, nos remitimos a la Capítulo 12 relativo a la criminalidad de los poderosos.

2. CONTORNOS DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN ESPAÑA

La complejidad de este fenómeno hace muy difícil la aportación de datos sobre su verdadera dimensión. De hecho, el recurso a la estadística criminal es especialmente complicado por la gran cantidad de figuras delictivas que adoptan la forma de crimen organizado (tráfico de drogas, robos en camiones TIR, blanqueo de capitales, etc.), que además pueden ser aplicables a grupos de muy diferente tamaño y complejidad. En lo que a España en concreto se refiere, es muy difícil ponerle contornos a este problema porque, si bien podemos acceder a las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias, éstas no especifican si ciertas conductas delictivas (ej. tráfico de drogas) se realizan de forma individual o en el seno de una organización criminal. De su parte, el motivo por el que no existen apenas trabajos de investigación criminológica, se debe, sobre todo, a la enorme dificultad de poder realizar encuestas de victimización o de autodenuncia, pues estos colectivos generalmente rechazan colaborar, sin olvidar los peligros personales que tales investigaciones en sí mismas conllevan. En nuestro país, por tanto, ante la ausencia práctica de estadísticas, si queremos aproximarnos al problema debemos acudir a fuentes de lo más diverso: medios de comunicación, comunicados de prensa del Ministerio del Interior, expedientes judiciales, declaraciones de arrepentidos de estas organizaciones, estudios de comisiones *ad hoc*, o, más recientemente, valoraciones de datos indirectos como análisis evolutivos y comparados de divisas.

En cualquier caso, para hacernos una idea global del modo en que este fenómeno delictivo está también “enquistado” en nuestra realidad, podemos acudir a los datos aportados por los *Balances del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado* (CICTO), encargados de recoger la información estadística procedente de la Policía Nacional, la Guardia Civil, el Servicio de Vigilancia Aduanera y de instancias autonómicas. Según el Balance del 2016, el perfil típico es el de un grupo pequeño, compuesto por entre 3 y 10 personas, con un tiempo de actuación inferior a 3 años (86% de los casos) y especializados en una sola actividad ilícita, normalmente tráfico de drogas, junto al blanqueo del dinero conseguido y las falsificaciones documentales necesarias para el

“negocio”. Estos grupos suelen operar sobre todo en Madrid, Barcelona y las zonas costeras. También es de destacar su carácter transnacional (62%), pues son grupos con conexiones internacionales que delinquen tanto dentro como fuera de España y que se mueven con facilidad. En cuanto a las nacionalidades, la mayoría están compuestos por personas de diferente nacionalidad, siendo sólo el 21% los grupos integrados únicamente por españoles.

Se trata, sea como fuere, de una criminalidad determinada por la situación geoestratégica de nuestro país, caracterizada por ser la puerta de Europa, tanto desde el Sur como por nuestras vinculaciones históricas y culturales con Latinoamérica. Precisamente por esto, los dos delitos más frecuentes son la trata de personas y la inmigración clandestina junto al eterno tráfico de drogas, en los que España actúa como destino, pero también, y sobre todo, como zona de paso o tránsito al resto de Europa. Respecto a las cifras concretas, sólo nos podemos basar en los datos relativos a la eficacia policial. Al respecto, en el año 2016 se detectaron 444 grupos, siendo finalmente desarticulados 256; las investigaciones alcanzaron a 16.208 personas, siendo detenidas 5.356; y se incautaron efectos por valor de 171 millones de euros (dinero, inmuebles, coches, embarcaciones, aeronaves, ordenadores, teléfonos, armas, etc.).

II. LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

1. EL RETO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

Como podemos intuir, la cada vez más intensa preocupación de la comunidad internacional por el crimen organizado, no deriva tanto de los delitos finalmente cometidos (tráfico de drogas, de seres humanos, de armas, blanqueo de capitales, etc.), como del hecho de que sus autores pertenezcan a una organización o grupo, por las mayores facilidades, medios e incremento de la impunidad que ello supone frente a la actuación individual. Además, el crimen organizado, por su propia naturaleza, es un problema supranacional, luego la inquietud político criminal nace precisamente de esa dimensión que supera las capacidades ordinarias de los Estados. En este sentido, y según la Convención de Palermo (ONU, 2000), el crimen organizado se considera además transnacional (*cross border crimes*) cuando: a) se comete en más de un Estado; b) se comete en un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Es-

tado; d) se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado. En todos estos supuestos, el crimen organizado transciende las fronteras y viola las leyes de dos o más Estados y por ello requiere soluciones también transnacionales.

La criminalidad organizada transnacional, por sus propias características, pone en entredicho el principio de territorialidad y los Estados ya no tienen libertad plena a la hora de decidir sobre criminalizar o descriminalizar una conducta. De hecho, las organizaciones criminales se sirven precisamente de la fuerza excluyente del principio de territorialidad en la ley penal, para buscar el terreno más adecuado para sus actividades (mayor impunidad, ventajas de las leyes en materia de extradición, pasividad o corrupción de la Administración, etc.). Esto es, ante la ausencia de respuestas uniformes, se aprovechan de los distintos niveles de reproche social, represión penal y gravedad de las penas, para asentarse en aquellas realidades donde sean mayores los beneficios y menores los riesgos (*high profit and low risk sectors*). Se trata, por tanto, de una preocupación compartida por la mayoría de los Estados y que lleva a que cada vez sean más los intentos de armonizar las legislaciones estatales y buscar la cooperación entre Estados, a efectos de no dejar espacios de impunidad al crimen organizado. Pues si bien éstos son paraísos legales para las mafias, se convierten en verdaderos “infiernos” para los países afectados, dadas las terribles repercusiones que ello tiene en la sociedad, la economía y la política.

2. ARMONIZACIÓN PENAL Y CONCEPTO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA TRANSNACIONAL

Obviamente, para armonizar legislaciones es necesario partir de un concepto unitario del fenómeno a armonizar, en este caso, el crimen organizado. Una definición nada fácil si tenemos en cuenta la versatilidad, heterogeneidad y múltiples manifestaciones del fenómeno, confluyendo los aspectos legales con la influencia que sin duda ejerce sobre la política, la sociedad y la economía. Y porque no es lo mismo una organización criminal capaz de mover toneladas de droga a lo largo del planeta, que otra dedicada, por ejemplo, a robar carteras en las Ramblas de Barcelona.

En este sentido, el intento internacional más relevante lo llevó a cabo la *Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad organizada transnacional* del año 2000 (*Convención de Palermo*) que, si bien no tuvo como propósito armonizar legislaciones, si fijó el compromiso de los Estados de adquirir unos mínimos legislativos con la finalidad de promover la cooperación entre los países en la prevención y combate del crimen organizado transnacional. Con este objetivo, obliga a los Estados a casti-

gar la participación en organizaciones criminales cuando el propósito sea cometer delitos graves. Para ello, considera *grupo delictivo organizado* el “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Y por *delito grave* entiende aquellos sancionados con pena privativa de libertad de al menos cuatro años o con pena más grave (art. 2.a y b).

De su parte, es abundante la legislación europea que regula situaciones o expresa recomendaciones en la que se utilizan los términos de “organizaciones criminales”, “organizaciones criminales a escala internacional”, “delincuencia transnacional organizada”, “gran criminalidad transfronteriza”, pero se sigue sin dar un concepto efectivo que sirva de base para armonizar las legislaciones de la Región. En cualquier caso, la *Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada*, considera organización delictiva únicamente la que “actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida privativa de libertad de un máximo de al menos 4 años o con una pena más severa”.

Por tanto, las obligaciones internacionales son claras: se deben transponer en las legislaciones penales los conceptos de *grupo criminal organizado*, *delito grave* y *delito transnacional*. Ahora viene la tarea nada fácil de darle una “traducción” jurídica a la realidad criminológica de la criminalidad organizada transnacional. Una definición jurídica que proporcione los instrumentos de lucha necesarios contra este fenómeno. En definitiva, un concepto de criminalidad organizada que sea funcional de cara a la prevención y castigo de la realidad de las organizaciones criminales.

III. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

1. LOS LÍMITES DEL DERECHO PENAL TRADICIONAL

El asentamiento en todos los países de occidente de la criminalidad organizada, es la prueba más evidente de que nuestras leyes decimonónicas no son capaces de hacerle frente. El Derecho penal tradicional no cuenta con las herramientas necesarias para desafiar a este fenómeno, por tratarse de un Derecho penal que gira en torno al individuo singularmente considerado, perspectiva individual desde la que se han desa-

rrollado sus categorías y conceptos (acción, dolo, culpa, conciencia, culpabilidad, error, autoría y participación, peligrosidad, fines de la pena, etc.). Los problemas en este sentido se producen, sobre todo, en el área de la autoría y la participación, pues es inútil encajar a las organizaciones como una especie de supuesto de “pluralidad de responsables”. Se hace por ello necesario acomodar las categorías tradicionales a estas estructuras organizadas con pluralidad de miembros, a efectos de individualizar la responsabilidad penal concreta de cada uno. Algo similar ocurre con las víctimas de la criminalidad organizada que, como veremos, también se multiplican sin relación entre ellas.

Ante esta realidad, las respuestas penales frente al fenómeno del crimen organizado, sobre todo han girado en torno a: el aumento de penas, el adelantamiento de la intervención del Derecho penal a estadios propios de los actos preparatorios y la formulación de nuevos delitos, sin pararse a pensar si era suficiente con la interpretación adecuada de los ya existentes. Es más, en muchos países también ha derivado en la “relajación” de los derechos fundamentales en relación con la inviolabilidad del domicilio, las comunicaciones personales, transacciones bancarias, etc. Tendencias todas ellas frente a la que nuestro país tampoco permanece ajeno.

2. FIGURAS PENALES FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO

Hasta la LO 5/10 de reforma del CP, en nuestro país no existía un concepto de criminalidad organizada (sólo había una definición procesal a propósito de la figura del agente encubierto, art. 282 bis LECrim), pero sí existían innumerables reglas dispersas a lo largo de todo el CP, que hacían referencia al carácter organizado de los delitos, lo que generaba enormes problemas aplicativos y situaciones concursales de difícil solución. Y ello porque la actuación delictiva en grupo: a) podía constituir una agravante genérica (art. 22.2 CP); b) también se podía castigar como conspiración para delinquir (art. 17.1 CP); c) era una cualificación específica en numerosos delitos como la trata de seres humanos, abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, prostitución y corrupción de menores, descubrimiento y revelación de secretos, daños informáticos, delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, blanqueo de capitales, etc.; y d) podía castigarse como asociación ilícita (art. 515.1º CP).

Con la LO 5/10 el legislador español, buscando transponer las directrices de la Convención de Palermo y de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, incluyó los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter) dentro de los delitos contra el or-

den público. Ahora bien, el gran problema es que, además de no ser fiel a los mandatos internacionales, lo ha hecho sin tener en cuenta lo que ya existía, dando lugar a un modelo final lleno de contradicciones e incoherencias, y por ello contrario a la seguridad jurídica.

3. LOS DELITOS DE PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL (ARTS. 570 BIS Y 570 TER)

A) Concepto de organización y grupo criminal: problemas de delimitación

Por *organización criminal* se entiende “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos” (art. 570 bis.1 CP). De su parte, *grupo criminal* es “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos” (art. 570 ter).

Obviamente, con la introducción de los arts. 570 bis y 570 ter lo que se pretendió, desde un primer momento, es dotar a las fuerzas de seguridad de un recurso para poder intervenir anticipándose a los delitos, y ante la clara inviabilidad de la vía de la conspiración para delinquir. Ahora bien, no son pocos los problemas suscitados por la inclusión de estas figuras en el Código penal. Uno de ellos, y ciertamente importante, es determinar *qué debe entenderse por formar parte de organizaciones o grupos*, pues no deben hacerse interpretaciones tan laxas como las que a veces se han hecho en materia de terrorismo. Por ejemplo, ¿cabría hablar de organización o grupo criminal en el caso de tres grafiteros amigos que sin los permisos oportunos reiteradamente hacen sus *grafittis* en casas abandonadas y vallas de solares?, ¿y los cuatro amigos adolescentes que los fines de semana roban cerveza en los supermercados para hacer botellón?

Otro problema derivaría de la *posibilidad de sumar las penas de estos delitos a las correspondientes a los delitos que se hayan podido cometer* (tráfico de drogas, trata de seres humanos, etc.), pues al no tratarse de un acto preparatorio, la ejecución no absorbería los actos previos. Esto es, parece que la idea es que la pertenencia a la organización o grupo criminal debe ser considerada en todo caso, y por sí sola, un delito cuya punición se añadiría a la correspondiente al delito o delitos que el grupo, o parte de él, cometa. Ahora bien, y como nos podemos imaginar, la consecuencia de todo ello puede ser la de un castigo desproporcionado, incluso respecto de conductas insignificantes.

Y es que nuestro legislador, en el art. 570 bis, superando ampliamente lo establecido tanto en la Convención como en la Decisión-Marco, en lugar de limitarse al castigo de las agrupaciones criminales que cometen delitos “graves”, castiga cualquier delito con independencia de cual sea la pena que tiene prevista, desfigurando de este modo el sentido de la criminalidad organizada y la intervención penal frente a ella —incluso en un principio llegó a castigar la comisión reiterada de faltas, pero al desaparecer el Libro III con la reforma de la LO 1/15, obviamente, y por coherencia interna, se eliminó tal posibilidad—. De igual modo, en los textos internacionales se exige que la finalidad última de los delitos sea conseguir el provecho económico o material, requisito del que también se ha prescindido en el CP español. Los grafiteros del ejemplo, por tanto, podrían ser acusados y condenados por un delito de participación en organización criminal, además del correspondiente delito de daños.

De su parte, la *incorporación también del delito de participación en grupo criminal* (art. 570 ter CP) no era obligada por los textos internacionales. Pese a ello, nuestro legislador castiga también esta forma delictiva cuya definición es realmente sorprendente, pues se considera grupo criminal una organización delictiva a la que le faltan “alguna o algunas” (por tanto, pueden faltar todas) de las características de aquélla. Luego, al no requerirse ni estabilidad en la unión, ni la actuación por tiempo indefinido, ni el reparto de tareas o funciones, realmente se castiga con una pena de hasta 4 años a quienes, siendo 3 o más personas, se ponen de acuerdo para cometer delitos. Esto es, se castiga con una pena importante a quienes todavía no han llegado ni a realizar un acto preparatorio del delito concreto.

Un panorama complicado, que se recrudece aún más ante la previsión para ambas agrupaciones criminales (organización o grupo) de tres *circunstancias agravantes*: *la actuación de un elevado número de personas*, sin precisar qué debe entenderse por “elevado”; *la disposición de armas u otros instrumentos peligrosos*, donde además de no hacer falta su utilización efectiva tampoco se define qué debe entenderse por tales armas u instrumentos peligrosos; y *la disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte aptos para facilitarles el delito o la impunidad de los responsables*, ¿se debería entender por tal un teléfono móvil o un ordenador con conexión a Internet?

B) Problemas concursales con el delito de asociación ilícita y los tipos cualificados

En cualquier caso, no son mínimos tampoco los problemas de delimitación con el delito de asociación ilícita, que castiga como tal “las que tenga por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, pro-

muevan su comisión” (art. 515.1.1º CP). Es tan abierta la previsión del delito de organización criminal, que parece coincidir en gran parte con el delito de asociación ilícita. Ante este panorama, o bien se entiende que asociación ilícita y organización criminal tienen la misma referencia tácita, encontrándonos ante un concurso de leyes a resolverse por el art. 8.4º, lo que llevaría a la no aplicación nunca de los delitos de asociación ilícita; o bien se amplía el alcance del art. 515 asimilando la asociación ilícita a la coautoría, una interpretación desde ya rechazable. En definitiva, asociación ilícita y organización criminal son sinónimos, lo que lleva a exigir la derogación del primer delito.

Igualmente, tanto la organización como el grupo criminal parecen obligados a convivir con los tipos cualificados específicos previstos en cada vez más delitos. Concretamente, aquéllos en los que las competencias europeas en materia penal han insistido más, desarrollándolos a través de Directivas y Decisiones-marco específicas por tratarse de sectores de criminalidad particularmente graves y que presentan una dimensión transnacional: terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada. Sea como fuere, no deja de ser un contrasentido, pues si se castiga de forma general la participación en la criminalidad organizada (mediante los nuevos tipos o mediante el clásico delito de asociación ilícita), sería una alternativa y no un complemento a la que se sanciona en los supuestos agravados de algunos delitos.

Finalmente, en su versión de criminalidad organizada transnacional, sólo existen algunas reglas dispersas en el CP que hacen referencia al carácter transnacional del delito. Al respecto, o bien agravan la pena cuando se trata de delitos cometidos por redes internacionales (art. 370 CP en relación con el tráfico de drogas), o como mucho contemplan la reincidencia internacional: art. 177 bis.10 (trata de seres humanos), art. 190 (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales), art. 375 (tráfico de drogas), art. 388 (falsificación de moneda) y art. 580 (delitos de terrorismo). Urge, por tanto, una regulación de este fenómeno que aporte seguridad jurídica, dando también así cumplimiento a las exigencias internacionales.

4. CRIMEN ORGANIZADO Y EJECUCIÓN DE LAS PENAS: LA ESPECIAL SITUACIÓN DE LOS INMIGRANTES ILEGALES

Tal y como veremos al tratar el terrorismo (Capítulo 13), también en materia de crimen organizado se prevén ciertas “especialidades” en la eje-

cución de la pena, de modo que se agravan las condiciones de su cumplimiento. Un cumplimiento especialmente duro que sobre todo afecta a inmigrantes ilegales, por ser los que en mayor medida acaban trabajando para el crimen organizado en busca de la oportunidad vital que los Estados les niegan. Personas, por tanto, que además de soportar la excepcionalidad inherente al crimen organizado que veremos a continuación, en su condición de emigrantes ilegales verán significativamente reducida cualquier posibilidad de resocialización ante la constante amenaza de expulsión del país. Y ello por no hablar de la casi sistemática denegación de permisos y del acceso a tercer grado y a la libertad condicional, pues la condición de extranjería en sí misma se considera una variable de riesgo, especialmente cuando no existe vinculación social, solvencia o tutela acreditada (Capítulo 10).

Y es que para el crimen organizado se prevé siempre la aplicación del periodo de seguridad (art. 36), por lo que no cabe acceder al tercer grado hasta haber cumplido al menos la mitad de la condena. De igual forma, según el art. 76 LOGP, la clasificación o progresión al tercer grado requiere, además de la satisfacción de la responsabilidad civil, la colaboración efectiva con las autoridades, colaboración que también se requiere para acceder a la libertad condicional (art. 90. 8 CP). En cualquier caso, pertenecer a una organización criminal conlleva muchas más posibilidades de ser clasificado en primer grado penitenciario, con las restricciones regimentales que eso supone. Por no mencionar que, tras la reforma de LO 1/15, se prevé la prisión permanente revisable para los asesinatos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. En definitiva, todas las medidas adoptadas tienen como denominador común la limitación del acceso a instituciones relacionadas con el tratamiento penitenciario y que permiten atenuar los efectos del cumplimiento de la pena de prisión. Pena que por ello se aleja de cualquier pretensión resocializadora, convirtiéndose en una pena inocuidadora más coherente con una política criminal del enemigo.

5. CONCLUSIONES VALORATIVAS: EL EXPANSIONISMO Y ANTIGARANTISMO PENAL FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

La regulación que se ha hecho en nuestro Código penal de la criminalidad organizada ofrece, por tanto, todas las características para convertirse en el arquetipo de legitimación de un Derecho penal expansivo, simbólico y con rasgos de clara “lucha contra el enemigo”. En base a ello, la LO 5/10 adopta como principios político criminales: castigar todo, lo más gravemente posible en búsqueda de la mayor eficacia simbólica y policial-represiva, y además hacerlo de la forma más confusa, contradictoria y difícil de aplicar posible. Es más, con la penalidad pre-

vista se da la paradoja de que puede resultar más gravemente penado el mero hecho de formar parte de una organización o grupo criminal, que efectivamente cometer algunos de los delitos que se proponen realizar.

El mayor desvalor que justifica una respuesta penal más contundente frente a la criminalidad organizada, desde luego no significa que ésta pueda ser ilimitada. Con los delitos de los arts. 570 bis y 570 ter se criminalizan actos preparatorios de futuro. O mejor aún, conductas previas incluso a la preparación de un delito concreto, que se puede sancionar con independencia de los actos concretamente cometidos por la organización. Y todo ello, además, con penas muy elevadas, teniendo en cuenta la lejanía de los posibles daños concretos, lo que le convierte en una especie de “delito de sospecha” respecto de conductas más graves. Esto es, se trata realmente de poder sancionar a aquellos miembros de los que no es posible probar su participación en los concretos delitos cometidos. Dificultades de prueba que afectan sobre todo al conocido como “hombre de atrás”, a la cúpula directiva de la organización, que decide y planifica la actividad, pero que no interviene materialmente en su ejecución. Es más, la dirección normalmente no tiene contacto con los “peones”, de modo que éstos no la conocen, lo que dificulta su identificación.

Sea como fuere, es sobre todo rechazable la inclusión del “grupo criminal” (art. 570 ter), porque las agrupaciones de más de dos personas con finalidad ilícita, que carecen de permanencia y tampoco tienen una clara organización funcional, difícilmente puede incluirse en la terrible criminalidad organizada por su atentado grave al orden público. En definitiva, si bien la ciencia penal ha intentado conciliar las categorías jurídicas existentes con las necesidades de dar respuesta a situaciones para las que no fueron diseñadas, no lo ha logrado. Ante tal realidad, el camino aparentemente más sencillo es el de castigar por igual a todos los que estén vinculados a una organización criminal, y por el solo hecho de pertenecer a ella, sin tener en cuenta la entidad real del acto concreto por el que fueron arrestados. De su parte, en el ámbito procesal, la respuesta frente a esta criminalidad se caracteriza por la utilización de técnicas específicas de investigación que limitan ciertos derechos de los procesados o potencian la delación (el chivatazo), por no hablar de la creación de jurisdicciones y fiscalías especializadas. Finalmente, y como hemos visto, tanto la duración de la pena de prisión, como las condiciones de cumplimiento y el tiempo real de estancia en la cárcel, distan mucho de cualquier pretensión resocializadora.

IV. RETOS POLÍTICO CRIMINALES

1. DERECHO PENAL Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

El Derecho penal del hecho obliga a que cada sujeto sea acusado de un hecho concreto. Esto es, no es posible prescindir totalmente del hecho y usar imputaciones propias del derecho penal del autor, o confundir, por ejemplo, la pertenencia a una organización criminal con la amistad o relación con alguno de sus miembros. La configuración de cualquier delito como delincuencia organizada, o de cualquier delincuente habitual como miembro de una organización o grupo criminal, distorsiona el fenómeno y vulnera el principio de proporcionalidad. Porque, ¿qué debe entenderse por participación en organización o grupo criminal? ¿Sería también participación, por ejemplo, el asesoramiento de abogados, notarios, contables o asesores financieros? Obviamente, formar parte de una organización no es sinónimo ni de coautoría ni de coparticipación.

Una solución alternativa a los propios delitos de organización y grupo criminal, sería revisar la teoría de la participación, para poder ampliar la condición de autor y coautor, no solo en “horizontal” sino también en las relaciones de “dependencia sucesiva”, a fin de evitar la clásica estructura de la inducción, que tampoco admite la llamada “inducción en cadena”. Algo parecido se intenta con la complicidad, de modo que pueda entrar en ella también la modalidad omisiva y así alcanzar a más personas. Otra posibilidad sería regular un tipo de organización criminal en la parte general, con una forma agravada si ostenta las características de transnacional.

En cualquier caso, o bien se prevén tipos agravados en áreas delictivas concretas, o bien se castigan a través del delito de organización criminal, siempre en los términos más próximos a lo previsto en la normativa internacional; esto es, exigiendo que la finalidad última de los delitos sea conseguir el provecho económico o material, limitando por supuesto el castigo. Un límite que podría hacerse respecto de los delitos graves (según dichas normas, castigados con penas superiores a 4 años de privación de libertad), o partiendo de una lista común de delitos, si tenemos en cuenta que la gravedad varía según la percepción de estos delitos en los diferentes países (esa es la apuesta de la *Resolución del Parlamento europeo de 25 de octubre de 2011*). Ahora bien, o una solución o la otra, nunca las dos a la vez como se hace ahora, y siempre con la correlativa derogación del delito de asociación criminal prevista en el art. 515.1.1º CP. Porque incluso la lucha contra un fenómeno tan grave como la criminalidad organizada, debe hacerse dentro de los límites político-criminales propios de un Estado de Derecho.

2. SUS CONTORNOS INTERNACIONALES Y LA NECESARIA ARMONIZACIÓN PENAL Y PROCESAL

Sea como fuere, y sin dejar de ser loables todos estos esfuerzos, de nada sirven sino tienen una impronta internacional. De hecho, España es el único de los países de nuestro entorno que ha tipificado como delito la pertenencia a organización o grupo criminal, pues los demás se basan en las circunstancias modificativas de la responsabilidad para apreciar mayor o menor pena en los supuestos de organización criminal. Se hace necesario, por tanto, avanzar hacia un concepto diferente en relación con la solidaridad jurisdiccional. Para empezar, si los Estados reconocen que muchos bienes jurídicos tienen carácter supranacional (medio ambiente, flora, fauna, control de alimentos y medicamentos, blanqueo de capitales, etc.), éstos deben ser protegidos de forma compartida, y para ello, lógicamente, las leyes deben guardar gran similitud y coherencia entre los Estados miembros, sin dejar espacio a paraísos legales o fiscales. Porque mientras discutimos sobre la idoneidad o no de los medios para combatir la criminalidad organizada, lo único real es que ésta sigue avanzando y ocupando espacios y voluntades difíciles de recomponer.

De su parte, y casi más importante que la propia armonización de leyes penales, es esencial la eficacia inmediata de los mandatos de los jueces de otros Estados en materia de detención, extradición de detenidos y condenados, etc. Al respecto, es cierto que algo se ha avanzado con la creación de EUROPOL —aunque sigue siendo una “policía virtual” al no disponer de capacidad ejecutiva en ningún país— y EUROJUST —permanentemente asfixiado por el principio de legalidad de los distintos Estados—, la instauración de la *euro-orden*, investigaciones de cuentas, embargos, de bienes, etc. Pero aún son muchas las dificultades teniendo en cuenta los diferentes idiomas, la diversidad de sistemas judiciales, la lentitud en los mecanismos de transmisión de solicitudes y contestación de las mismas, etc. En este sentido, el tantas veces aclamado Espacio Judicial Único Europeo, para muchos presupuesto imprescindible para una política criminal conjunta, en su última fase exigiría que la competencia territorial de los jueces de los Estados miembros se extendiera a todo el territorio de la UE. Ahora bien, tampoco debemos olvidar que el espacio europeo es tan solo una pequeña parte del planeta, siendo necesaria una política criminal común contra la criminalidad organizada.

En definitiva, siguen siendo aún necesarios los esfuerzos en materia de armonización penal y cooperación policial (intercambio de información, unidades conjuntas, sistemas de ayuda, etc.) y judicial (reconocimiento de resoluciones extranjeras), pues son aún insuficientes las leyes procesales para investigar y probar este tipo de delitos. Y ello por

no hablar de los conflictos de jurisdicción y los problemas de asignación de la investigación y el enjuiciamiento penal.

3. CRIMINALIDAD ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

Por lo general, las actividades delictivas de las organizaciones criminales son ejecutadas en el territorio de varios Estados, con lo que se suscita el problema de ¿quién es el país competente para conocer de tales hechos? A efectos de diferenciarlos de los crímenes internacionales (genocidio, delitos de lesa humanidad, tortura, *apartheid*, etc.), respecto de los cuales todos los Estados son competentes en base al Derecho penal internacional buscando evitar la impunidad, los delitos transnacionales no son más que delitos nacionales que trascienden las fronteras estatales, afectando a normas de diversos países o teniendo impacto de algún tipo en otro Estado. Ahora bien, ¿cómo reaccionamos frente a ellos?

El principio por el que se distribuye la competencia territorial en el espacio, como sabemos, es el principio de territorialidad, un principio puesto en entredicho por el propio fenómeno globalizador y la permeabilidad que éste supone para actividades tanto lícitas como ilícitas. Entre estas últimas se encuentra el crimen organizado, por lo que, ciertamente, la solución lógica es la de la extraterritorialidad de la ley penal. Al respecto en nuestro país, si bien no disponemos de ninguna norma sobre dónde se entiende cometido el delito, es precisamente en el principio de justicia universal donde se regulan algunas conductas que corresponden a la criminalidad transnacional, como la piratería, el terrorismo, la trata de personas, el tráfico de drogas, delitos contra los ciudadanos extranjeros y los delitos contra la seguridad del tráfico marino (art. 23.4 LOPJ).

Se hace necesario, en consecuencia, seguir apostando por este principio —visiblemente recortado por la *LO 1/2009, de 23 de noviembre, de reforma de la LOPJ*— si queremos realmente combatir la delincuencia organizada, sobre todo mientras los tribunales penales internacionales no sean una verdadera realidad. Mejor aún, se deberían adoptar unos principios y normas de jurisdicción penal que respeten el debido proceso. Esto es, un principio de justicia universal transnacional diseñado para evitar la impunidad de estos delitos, pero que también evite la concurrencia de jurisdicciones, el riesgo de dobles incriminaciones y el debilitamiento de los derechos de las víctimas, sospechosos y acusados (PÉREZ CEPEDA).

4. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL CRIMEN ORGANIZADO

A) Dispersión y vulnerabilidad de las víctimas de la delincuencia organizada

Tenemos en cualquier caso otro frente, y muy importante, que abordar: el de las víctimas. Para empezar, ¿quienes son las víctimas del crimen organizado? El impacto de la criminalidad organizada no sólo afecta a la esfera individual, sino también a otras áreas de la vida comunitaria, la economía y la política nacional e internacional. Esto es, puede también producir consecuencias directas o indirectas que van más allá de la esfera individual, dificultando la identificación de las víctimas, la evaluación y medición de los daños causados y, en consecuencia, el reconocimiento de derechos de protección y asistencia a las mismas. Y ello porque, por lo general, junto a las actividades principales dirigidas a obtener el lucro económico (ej. tráfico de drogas, de personas, de armas, etc.), se producen otras acciones delictivas instrumentales que también generan víctimas (ej. corrupción, blanqueo de capitales y actividades violentas e intimidatorias para asegurar el negocio), tanto desde dentro (disciplina con los propios miembros de la organización) como externamente (violencia hacia autoridades y funcionarios, ajuste de cuentas con otras organizaciones criminales, etc.).

Además, quien sufre la condición de víctima en una organización criminal ocupa una posición especialmente vulnerable por tres circunstancias: el carácter reiterado y masivo de su actividad delictiva, lo que multiplica el número de víctimas dificultando su protección efectiva; la búsqueda a toda costa de la impunidad conlleva que las consecuencias del delito en la víctima sean correlativamente más difíciles de evitar, paliar y/o compensar; y la estructura de la organización, con personas encargadas de seleccionar, vigilar, controlar y, en su caso, neutralizar a las víctimas, si eso supone un riesgo para la organización, obstaculiza aún más la prevención y represión de conductas como las amenazas o represalias. Y todo ello por no hablar de la victimización secundaria a sufrir durante el proceso por su complejidad y duración, lo que obliga a su comparecencia reiterada ante las autoridades, e incluso en contacto directo con los propios victimarios. En consecuencia, una política criminal que quiera ser mínimamente eficaz contra el crimen organizado debe tener en cuenta la singularidad de sus víctimas, pues muchas veces son personas pertenecientes a la propia organización. Entre ellas, merecen especial atención los menores de edad que son reclutados para participar en actividades delictivas (terrorismo, correos para la droga, etc.).

B) La víctima en el sistema penal: las debilidades del nuevo Estatuto jurídico de la víctima

El interés prestado hacia este tipo de víctimas ha sido, sin embargo, escaso, presumiendo que nos encontrábamos ante delitos sin víctimas. Ahora bien, a partir la Convención de Palermo es cada vez más evidente la atención a las víctimas (sobre todo de trata de seres humanos), señaladas como objetivo prioritario en las políticas de protección asistencial, desembocando en la aprobación del Estatuto Jurídico de la Víctima en el año 2015. De su parte, también contamos con leyes específicas en relación con las víctimas de determinados grupos delictivos, que cabría vincular directa o indirectamente con actuaciones propias del crimen organizado: *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual* (Reglamento desarrollado por RD 738/1997, de 23 de mayo); *Ley 1/96, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor*; *Ley 32/99, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas de terrorismo* y la *Ley 29/2011, de 22 de septiembre de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo*. En esta línea también, la *LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, incorporó a los arts. 59 y 59 bis de la Ley de Extranjería ciertas medidas relativas a las víctimas, perjudicados o testigos de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de una situación de necesidad.

De su parte, y ya dentro del Derecho penal sustantivo, la ambigüedad de la situación en que se encuentran algunas víctimas, puede ser tenida en cuenta a la hora de determinar la pena a imponer, y eso se ha hecho, por ejemplo, en relación con las víctimas de trata respecto de los delitos cometidos como consecuencia de la explotación sufrida (art. 177 bis. 11 CP). Fuera de estos delitos, también se puede tener en cuenta la situación de algunas personas en relación con la organización criminal, en su doble condición de víctimas y delincuentes, a través de la eximente de miedo insuperable (art. 22.7 CP). Eximente a aplicar, tanto respecto de los delitos cometidos por encargo de la organización, como para el delito de pertenencia a la misma. En relación a este delito también se prevé una posible aminoración de la pena en caso de que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente en la obtención de pruebas (art. 570 quáter. 4). Se trata de una cláusula similar a la prevista para los delitos de terrorismo (art. 579 bis. 3), si bien en el primer caso la disminución de la responsabilidad no afectará a los delitos que se hayan cometido como consecuencia de la actividad de la organización criminal, cosa que sí sucede en los delitos de terrorismo.

Finalmente, con el *Estatuto jurídico de la Víctima*, aprobado por *Ley 4/2015, de 27 de abril*, se da forma en nuestra legislación a la Directiva 2012/29/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, que establece estándares mínimos en relación con los derechos de las víctimas del delito, regulando diversos aspectos del derecho a la protección (ej., disposición de medios para evitar la confrontación visual con el acusado en caso de menores de edad o incapaces). Al respecto, la finalidad de esta ley es ofrecer a las víctimas la máxima protección y un elenco de medidas e instrumentos que salvaguarden sus derechos e intereses (traducción, información, asistencia y apoyo, etc.), evitando en lo posible la victimización secundaria, mediante la reducción y eliminación de trámites innecesarios y su asistencia jurídica y emocional a lo largo del proceso. En concreto, en lo que a las víctimas del crimen organizado se refiere, el Estatuto Jurídico de la Víctima valora especialmente sus necesidades de protección, haciendo especial hincapié en los menores víctimas de abusos sexuales, explotación sexual o pornografía y en las víctimas de trata de seres humanos o terrorismo (art. 23.2.b).

Ahora bien, el problema es que esta Ley no prevé dotación presupuestaria en materia de personal especializado (la disposición adicional segunda prevé que sea a coste cero), urgiendo también los recursos para víctimas migrantes en situación irregular (tan habitual en los delitos de trata). De igual modo, no llega a los estándares mínimos en materia de indemnización estatal de daños y perjuicios, restitución y rehabilitación de las víctimas y su protección efectiva ante las posibles represalias o amenazas. Se trata, por tanto, de una regulación fragmentaria, poco realista o efectiva. Un compendio de derechos y mecanismos de protección difíciles de garantizar y aplicar sin dotación presupuestaria. Y no sólo eso, su éxito también depende del desarrollo de un nuevo código procesal penal que integre esta nueva concepción de justicia restaurativa (reparación, compensación y resocialización de la víctima) pero buscando el equilibrio con los derechos del acusado.

Sea como fuere, esta ley también permite que la víctima intervenga en la ejecución de la pena, de modo que puede recurrir la concesión de permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la concesión de la libertad condicional (art. 13). Esto es, se le reconoce legitimación para ejercer una actuación procesal (el recurso) que no es admisible, pues no parece realista atribuir a las víctimas un supuesto interés en la reinserción social de sus victimarios, sino más bien en su retribución y/o inoquización. Reconocerles ese derecho no sólo contradice principios básicos de la legitimación procesal, sino que consagra definitivamente una concepción vindicativa del castigo en manos privadas. Esto es, el reconocimiento de la dignidad y derechos de la víctima, no puede producir-

se en perjuicio de los derechos del acusado. Dar voz a las víctimas, reconocer su existencia y defender sus derechos no significa legitimar que marque las pautas de la política criminal (Capítulo 5). Lo que se debe es protegerlas, amparar sus derechos con políticas asistenciales que minimicen la victimización secundaria.

Precisamente en aras a su protección, tan esencial en este tipo de criminalidad, la *LO 19/94, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales* debe ser ampliada y actualizada. En el mundo de la delincuencia organizada, no faltan ocasiones en que el ordenamiento debe proteger la vida o integridad física de la víctima, amenazada y presionada para que no declare. Una declaración que no se conseguirá sin un programa de protección de testigos que cuente con el suficiente respaldo institucional y financiero. Las medidas de protección requieren de fondos públicos y exigen asumir que ese es el precio que el Estado debe pagar para luchar contra el crimen organizado. Unos programas que por ello, no deben tener sólo una inspiración victimológica, “pues los testigos no necesariamente son víctimas y en caso de serlo están normalmente alejados de la imagen ideal de víctima inocente y la información que puedan dar es más valiosa precisamente en aquellos casos en que han estado más relacionados con la organización criminal” (TAMARIT).

5. CRIMEN ORGANIZADO VS EMIGRACIÓN: LA NECESARIA INTERVENCIÓN SOCIOECONÓMICA A NIVEL MUNDIAL

Por último, no debemos olvidar que la profunda crisis socioeconómica que estamos viviendo a nivel mundial contribuye a que este fenómeno crezca casi sin control. El paro y la sensación de que no se va a resolver a corto plazo, el menor poder adquisitivo, etc., posibilitan la tolerancia social hacia actividades como la falsificación de bolsos, ropa o CDs, con las consiguientes consecuencias respecto a la competencia desleal con las empresas legítimas. Como decíamos al principio, la globalización trajo consigo una nueva forma de organización social. Y cuando las sociedades se reorganizan también lo hacen los delincuentes, convirtiéndose la delincuencia organizada en el fondo misterioso de la modernización y del nuevo orden mundial, hasta el punto de poder afirmarse que el crimen organizado existe para satisfacer las necesidades que los propios Estados no pueden. Y así lo asevera el Informe de la Oficina de las Naciones Unidas contra el Delito y la Droga (UNODC) de 2010: “Cuando los Estados no prestan servicios públicos y seguridad, los delincuentes llenan ese vacío”. Esto es, el crimen organizado satisface necesidades que el Estado no controla o no puede controlar adecuadamente, y para ello, si es necesario, incluso lo neutraliza mediante el soborno de sus instituciones (policías, funcionarios, jueces, etc.).

Según la Estrategia de Seguridad Nacional en España, son potencia-
dores de la delincuencia organizada, entre otros: *las disfunciones de la glo-
balización*, que como vimos fomenta la desigualdad económica y el re-
parto inequitativo de los recursos; *los desequilibrios demográficos*, que lle-
van a que algunas zonas de África, Oriente próximo y Asia aumenten la
demanda de productos para subvertir sus necesidades, lo que unido al
envejecimiento de la población en Europa favorece unos flujos migrato-
rios que, al no ser correctamente gestionados, contribuyen a la pobreza
y marginación, además de aumentar los rendimientos del “negocio” de
la inmigración clandestina; *el cambio climático*, que está en el origen de
conflictos por la escasez de recursos y crea grandes bolsas de “refugia-
dos climáticos” al empobrecer y hasta hacer desaparecer determinados
Estados (Estados fallidos); *los peligros tecnológicos*, y por tanto la exigen-
cia de ciberseguridad que garantice el correcto funcionamiento de las
estructuras de un país.

Es ardua, por tanto, la tarea a desempeñar por la comunidad inter-
nacional si quiere realmente ser eficiente en la lucha contra el fenóme-
no del crimen organizado. Una tarea que debe comenzar por afrontar,
con políticas de solidaridad y cooperación internacional, el grave pro-
blema de la emigración (Capítulo 10), y trabajar, de verdad, en la in-
tegración social de los inmigrantes para acabar con el fenómeno de las
“sociedades paralelas”, muestra de la más absoluta ineficacia de las po-
líticas desplegadas frente a la realidad multicultural de nuestras socie-
dades (Capítulo 14).

Porque es tristemente evidente la estrecha relación entre crimen or-
ganizado y oleadas migratorias, debidas en su mayoría a factores como
la huida de la pobreza extrema, los conflictos armados y la represión
política. Situaciones desesperadas que, sin embargo, chocan con la ru-
deza exasperante de unas leyes de extranjería que no reparan en el ca-
rácter humano de ese peregrinaje desesperado, limitándose a reforzar
los controles para evitar su entrada. En tal contexto, el crimen organi-
zado, además de proporcionarles un sentimiento de identidad, les ofre-
ce las oportunidades vitales que los Estados no pueden (o no quieren)
otorgarles. De esta forma, el crimen organizado se sirve de la emigra-
ción tanto para hacer “negocios” (tráfico de migrantes, trata de seres
humanos, etc.) como usándoles de peones (tráfico de drogas, de armas,
robos, etc.). Porque en su tremenda desesperación muchos emigrantes
están dispuestos a pagar grandes cantidades de dinero a cambio de su
entrada ilegal en el país, siendo con frecuencia finalmente coacciona-
dos o forzados a trabajar en la prostitución o en talleres clandestinos a
fin de saldar la deuda del traslado (Capítulo 10). O simplemente aca-

ban trabajando para el crimen organizado porque tienen que comer, y el hambre no entiende de legalidades o ilegalidades.

BIBLIOGRAFÍA

GOMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito en España*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La criminalidad organizada*, Tirant lo Blanch, 2013; LÓPEZ-MUÑOZ, J., *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015; MENDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva: crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, en *Estudios Penales y criminológicos*, nº 34, 2014; PÉREZ CEPEDA, A., (Dir.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Ediciones Universidad de Salamanca- Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; PUENTE ABA, L.M., (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008; SANZ MULAS, N., (Coord.), *El reto de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006; VILLACAMPA ESTIARTE, C., (Coord.), *La delincuencia organizada. Un reto a la Política criminal actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

CAPÍTULO 10

POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA INMIGRACIÓN IRREGULAR Y LA TRATA DE SERES HUMANOS

I. EL FENÓMENO MIGRATORIO Y SUS CONTORNOS EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

1. EL FENÓMENO MIGRATORIO COMO REALIDAD HISTÓRICA Y GLOBAL

Si hay un fenómeno caracterizador de nuestro tiempo, éste es sin duda el incremento sin precedentes de la migración. El incesable movimiento de personas desde las zonas más pobres del planeta hacia las más ricas, de la tradicional pobreza del Sur a la riqueza del Norte. Un fenómeno producto del proceso de reestructuración social y económica que ha traído consigo la globalización, con la consiguiente exclusión social de pueblos y territorios enteros. Condiciones éstas que explican, y justifican, unos flujos migratorios, que de no producirse supondrían la condena a muerte de millones de personas y que no disminuirán en las próximas décadas.

En este sentido, resulta una obviedad afirmar que España se ha convertido, a partir de mediados de la década pasada, en un país de inmigración, multiplicándose por 10 la población extranjera en apenas tres lustros. Si en 1998, según el Padrón municipal, había algo más de 600.000 extranjeros residentes (1,5%), en el 2012 llegaban casi a los 6 millones (12%), descendiendo hasta los 5 millones en 2016 (10,5%), a los que habría que añadir, en todo caso, los que se encuentra en situación irregular. Ahora bien, y a diferencia de otros tiempos, la llegada de inmigrantes a España y al resto de países de la Unión Europea no es deseada, motivo por el que se endurecen los controles de entrada y se limitan las autorizaciones para poder trabajar en los países receptores. Esto es, la política criminal se centra en las necesidades de controlar la inmigra-

ción irregular, olvidándose de las verdaderas víctimas de todo este problema: los propios inmigrantes.

2. DEL ABRAZO AL RECHAZO DE LA EMIGRACIÓN

En la época de fuerte industrialización y progreso económico europeo, tras la Segunda Guerra Mundial, se recurre a mano de obra extranjera para atender las demandas laborales, por lo que la acogida de esta población foránea no fue traumática. A ello cabe además unírsele el fortalecimiento y universalización de las garantías constitucionales de todos los ciudadanos, tras las terribles experiencias vividas en los totalitarismos fascistas y comunistas. No obstante, iniciados los años 70, los que antes eran necesarios ahora se consideran peligrosos competidores por el puesto de trabajo y las ayudas sociales. Un rechazo al que se suman algunas organizaciones políticas que, aprovechando el ambiente de tensión, buscan ganar adeptos y captar los votos de los descontentos (ej. los Frentes Nacionales de Inglaterra y Francia). Esta situación se reduce en los 90, pues las ilusiones surgidas tras la caída del Muro de Berlín en 1989 pronto se convierten en miedo ante la gran oleada de inmigrantes. Emigración a la que se une la originada en los nuevos países surgidos tras la desintegración de la antigua Unión Soviética, la producida por la guerra civil en la antigua Yugoslavia y la derivada de la pobreza y los conflictos entre tribus y etnias en el continente africano. Situaciones todas ellas que provocan la mirada hacia la rica y estable Europa occidental. Una Europa que, pese a todos los miedos, necesita de la emigración ante una natalidad inferior al 1,5 y un proceso de envejecimiento de la población incompatible con las necesidades del Estado social, pero que sin embargo ha optado por blindar sus fronteras ante el nuevo sujeto peligroso en que, sin quererlo ni por supuesto merecerlo, se ha convertido el migrante.

En toda la Unión Europea se ha impuesto la idea de que la inmigración, la propia movilidad de los flujos migratorios, constituye no sólo una perturbación del orden público sino también un peligro para la propia seguridad internacional. La creciente interpretación de los fenómenos migratorios como ámbitos propicios para el desarrollo de expresiones subversivas o terroristas, ayuda a institucionalizarlos como espacios prioritarios de control, habiendo sido elevados en los últimos lustros al estatuto de problema de seguridad internacional. Una imagen negativa, reforzada tras los últimos ataques terroristas ocurridos en París, Bruselas, Berlín, Munich, Manchester o Londres, y que ha sido el principal motivo del *Brexit* en Reino Unido, primer paso hacia un futuro incierto en el espacio de la Unión Europea.

3. LA SOBRECriminalización DE LOS INMIGRANTES COMO NUEVOS SUJETOS PELIGROSOS

En definitiva, la migración irregular es actualmente considerada un grave problema de seguridad internacional, junto al narcotráfico, la criminalidad organizada y el terrorismo, siendo crecientemente interrelacionada con ellos. Superada la centralidad del toxicómano como sujeto peligroso, el nuevo destinatario prioritario del sistema penal, su principal clientela, es el migrante, sobre todo el musulmán y el no caucásico. Y la mejor prueba de ello es que en muchos de los países de la UE la población extranjera encarcelada supera el 30% (en España en 2013 superaba el 35%), cifra muy superior a su real peso demográfico. Esto es, los inmigrantes son sometidos a un control desproporcionadamente más intenso y frecuente que los autóctonos, siendo la policía la principal puerta de entrada al sistema penal. A ello contribuye, sin duda, la propia legislación migratoria, pues al imponer la tarea de control de los migrantes irregulares también faculta las verificaciones de documentación y, en su caso, detenciones. Un círculo vicioso, pues en la medida en que también están etiquetados como delincuentes en potencia, se ejerce sobre ellos un mayor control y vigilancia (técnica del *profiling*), con lo que lógicamente aumentan las posibilidades de que sean seleccionados por la policía, y por ello descubiertos y detenidos.

De igual modo, y ya en sede judicial, son mayores las posibilidades de que el infractor inmigrante sea sometido a prisión provisional, al crear mayor alarma social (a lo que ciertamente contribuyen los medios de comunicación) y por la desconfianza que se deduce de su propia situación como inmigrante ilegal (posible carencia de un domicilio fijo, de identificación, trabajo precario o ausencia de todo ingreso, etc.), lo que se valora como posible riesgo de fuga. Una selectividad discriminatoria que, a su vez, también condiciona el resultado del proceso penal, reduciendo la posibilidad de ser absuelto o, en su caso, de acceder a penas distintas a la prisión, pues para ello se requiere un nivel de confianza que depende en gran medida de que el condenado tenga un determinado contexto social y económico que garantice su cumplimiento. En definitiva, los migrantes tienden a ser más gravemente penados. Una situación discriminatoria, que tampoco mejora cuando se pasa a la fase ejecutiva de la condena.

La experiencia penitenciaria de los migrantes es mucho más severa que la de los nacionales, sobre todo porque pasan más tiempo en prisión al tener mayores dificultades, tanto para acceder a los permisos de salida como a la libertad condicional. Impedimentos derivados, nuevamente, de la ausencia de arraigo. De hecho, la propia situación de extranjería se considera una variable de riesgo, especialmente cuando no

existe vinculación social, solvencia o tutela acreditada. En cualquier caso, el frecuente alejamiento de la cárcel respecto a sus localidades de residencia, hace especialmente traumática y desocializadora la experiencia, al no tener apenas contactos con el exterior (reciben muchas menos visitas que los autóctonos) lo que contribuye a su aislamiento. Un aislamiento también incrementado por su desconocimiento del idioma oficial, lo que limita las posibilidades de convivencia y dificulta también el acceso a los recursos del tratamiento y al trabajo penitenciario. Entre otras razones, porque sobre ellos siempre pende la expectativa de su ulterior expulsión (art. 89 CP). Ciertamente la expulsión en la mayoría de los casos no se lleva a cabo, pero sí conlleva el perverso efecto de que la condena se acabe cumpliendo en su integridad. Y ello por no hablar de que será la eterna “espada de Damocles” que penderá sobre el migrante, manteniéndolo indefinidamente en una suerte de “alegalidad” administrativa, que impedirá su completa reinserción social, viéndose obligado a acceder a los bienes y servicios necesarios por vías extralegales. Una de ellas es la de acudir a las organizaciones criminales en busca de las oportunidades vitales que el país de acogida les niega (Capítulo 9).

4. LA LEY DE EXTRANJERÍA Y EL CONTROL DE LA EMIGRACIÓN

De su parte, desde su primera reforma, la *LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social* (“Ley de extranjería”) muestra una evidente discriminación institucional hacia los extranjeros. Esta ley, lejos apostar por la integración social de los extranjeros, como su propio nombre indica, y de implementar una política de prevención tendente al desarrollo social y económico de las regiones del mundo menos favorecidas, entiende que el gran desafío es garantizar el “sellado” de nuestras fronteras a la inmigración ilegal, mayoritariamente procedente del Norte de África y de Latinoamérica. Esto es, se ha centrado en obstaculizar su entrada por todos los medios, además de recortar los derechos de los inmigrantes sin permiso de estancia o residencia, privándoles incluso de la prestación sanitaria (*RD 16/2012*) y del derecho a la tutela judicial efectiva —a través de las conocidas como “devoluciones en caliente” de los extranjeros detectados en las fronteras de Ceuta y Melilla (*LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*) —.

La ley encargada de integrar socialmente a los extranjeros sigue, por tanto, anclada en el “mito del retorno”, en base al cual el extranjero ni necesita ni espera la plenitud de derechos porque “está de paso”, no es más que mano de obra transitoria. Esto es, se limita a seleccionar a los inmigrantes, lo que tiene como efecto la marginalización de los denominados “irregulares”, que quedan relegados a la economía sumergida

(venta ambulante, trabajo clandestino, etc.). Es más, la confusión siempre latente entre *irregularidad-ilegalidad-criminalidad* conlleva la adopción de medidas penales-administrativas de extraordinaria severidad: el ingreso en Centros de Internamiento de Extranjeros o CIES (arts. 61 y ss) o la expulsión administrativa (arts. 57 y ss). Claros ejemplos de “fraude de etiquetas”, pues se trata de medidas tan graves que deberían constituir verdaderas sanciones penales, y por ello estar sometidas a mayores garantías de aplicación, ejecución y control que las que son inherentes a su naturaleza administrativa.

Pero eso no es todo, impulsada en el marco de la UE, desde finales de 2004 es significativa la tendencia a alejar el control más allá de las fronteras nacionales, situándolos en los propios países de origen de las migraciones. Una verdadera “externalización de las fronteras” que lleva a la construcción de centros de internamiento para migrantes en los países de origen o tránsito (ej. Libia, Marruecos o Mauritania), acompañado por la criminalización en ellos no sólo de la entrada sino también de la salida irregular. Una política que LAURENZO describe como “víctimas en Europa, delincuentes en casa”, pues en la evolución del control de la emigración, no sólo se recorta la libertad de circulación en lo referente a la entrada en un determinado país, sino también en el sentido de impedir la salida, lo que no implica sino un control permanente del migrante.

II. EL DERECHO PENAL FRENTE AL EXTRANJERO COMO NUEVO SUJETO PELIGROSO

En cualquier caso, la manifiesta defensa de la relación *inmigración-delincuencia*, ha llevado a nuestro Estado a utilizar también el Derecho penal en su objetivo de evitar a toda costa la presencia del extranjero no deseado. En este sentido, las Leyes Orgánicas 11/2003, 15/2003, 5/2010 y 1/2015 modifican de forma significativa el CP, con enormes repercusiones en materia de extranjería, pues, con la supuesta intención de defender los derechos del extranjero, realmente empujan a todo lo contrario.

1. LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO DE EXTRANJEROS CONDENADOS A PENAS DE PRISIÓN SUPERIORES A 1 AÑO (ART. 89 CP)

La población migrante, en su triple condición de pobre, extranjera e irregular, no puede sino desembocar en una clara marginalidad; y un alto nivel de marginalidad va siempre acompañado de un alto nivel de criminalidad. La respuesta de nuestro Código penal a este problema, de claras connotaciones sociales y, sobre todo, económicas, es única y muy

clara: desechar el problema a través de la expulsión generalizada de los extranjeros que cometen ilícitos en nuestro país, y por tanto de todo el territorio Schengen (at. 89 CP). Y es que, según la nueva redacción dada al precepto por LO 1/15, se aplica la expulsión a “penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero”. Esto es, aparte de abarcar a prácticamente todas las posibles condenas de prisión, no importa cual es su situación administrativa de residencia (residente, no residente, temporal o de larga duración, comunitario o extracomunitario), desatendiendo con ello la normativa europea relativa al derecho de circulación, residencia y estancia. Un cambio muy significativo que, además, no tiene explicación político criminal alguna, por lo que la expulsión judicial sólo adquiere sentido en el marco de la política de inmigración y extranjería, buscando anticiparse a la más que probable posterior expulsión administrativa. Se trata, por tanto, de una sanción materialmente administrativa, si bien revestida formalmente como consecuencia jurídica del delito al ser impuesta por un juez penal en una sentencia condenatoria. Otro ejemplo de Derecho penal del enemigo, a costa de la marginación o exclusión de muchos inmigrantes.

En cualquier caso, si el número de expulsiones efectivas no llega apenas al 25% de las acordadas, podemos concluir que, aparte de razones de tipo jurídico (inexistencia de acuerdos de repatriación con diversos países), fáctico (desconocimiento de la nacionalidad del migrante, su no reconocimiento como ciudadano por parte del correspondiente Estado, etc.) y material (inexistencia de medios suficientes para ejecutar todas las expulsiones), hay que destacar la falta de voluntad política. Esto es, el hecho de que no se pongan todos los medios necesarios, de acuerdo con BRANDARIZ, puede deberse a la necesidad encubierta de mantener unos flujos migratorios que cumplen funciones económicas y sociales relevantes. Entre ellas, además del equilibrio de una pirámide poblacional en grave riesgo de envejecimiento, la contribución al crecimiento económico y saneamiento de las cuentas de la Seguridad Social (se calcula que Europa necesita unos 44 millones de inmigrantes). Luego, al final, no se pretende sino buscar un efecto simbólico, en un intento de tranquilizar al ciudadano (nacional) enviando un mensaje de firmeza y reprobación frente a las formas de criminalidad que despiertan más alarma social (DP simbólico). Este precepto debería por tanto desaparecer. O, como mucho, mantenerse la posibilidad de que el condenado sea trasladado para cumplir la pena o la última fase de libertad condicional en su país de origen, siempre con su previo consentimiento.

2. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS SIN PERMISO DE TRABAJO (ARTS. 311 BIS Y 312.2 CP)

Desde la entrada en vigor de la última reforma del CP operada por LO 1/15, la protección del trabajador extranjero se realiza “supuestamente” a través de los arts. 311 bis y 312.2 CP. En lo que al nuevo art. 311 bis se refiere, castiga a quien “de forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo”. Una transposición de la Directiva 2009/52/CE del Parlamento europeo, que se inscribe dentro de las medidas de lucha contra la economía sumergida y sin tener en cuenta la legislación administrativa ya existente (art. 54.1.d) Ley Extranjería). De su parte, el art. 312.2 CP sanciona a quienes “empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Se trata de la figura de mayor aplicación en la práctica para salvaguardar los derechos laborales de los extranjeros en situación de irregularidad administrativa.

Sea como fuere, la realidad es que uno y otro delito no son sino otra muestra de DP simbólico, que con la supuesta intención de defender los derechos del trabajador inmigrante, protegen en realidad los derechos de los trabajadores nacionales. Y es que la del inmigrante ilegal no es una situación de economía sumergida, precisamente porque como tal no goza del derecho al puesto de trabajo (arts. 10 y 36.1 Ley Extranjería). Un permiso de trabajo que no tiene, no porque él no lo quiera, sino que es el propio Estado el que crea esa situación de vulnerabilidad e indefensión, que después, irónicamente, dice querer proteger a través del Derecho penal. Nuevamente, el principal objeto de tutela es el de luchar contra la inmigración ilegal. O mejor dicho, controlarla mediante el monopolio en la concesión de autorizaciones para trabajar, pues no ha sido sino el propio Estado el que ha incorporado el trabajo migrante precario en la economía a través de políticas migratorias sumamente restrictivas y punitivas. Quizás porque en una economía política neoliberal y globalizada, los trabajadores baratos son esenciales y por ello deben formar parte de la sociedad, si bien como sujetos invisibles; de ahí la evidente falta de voluntad real en la lucha contra el trabajo negro (TERRADILLOS).

3. POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA

A) *Delineamientos del problema: factores de atracción y expulsión*

El tráfico ilícito de migrantes es, junto a la trata de seres humanos, el paradigma del crimen organizado transnacional. Un negocio basado en

los grandes beneficios y en las vidas baratas, que ya se sitúa como la tercera fuente de beneficios del crimen organizado, sólo detrás del tráfico de drogas y de armas. Una actividad especialmente atractiva para los grupos organizados por conllevar grandes ganancias sin apenas riesgos. Las razones son por todos conocidas: el incremento de la demanda de inmigración ilegal en los países de origen, las restricciones a la inmigración legal impuestas en los países de destino y los escasos o limitados riesgos de identificación y detención. Es la ley de la oferta y la demanda la que, por tanto, y como siempre, impone su criterio, y de la contradicción existente entre los millones de personas desesperadas por emigrar, y unos países receptores empecinados en ponérselo cada vez más difícil, es de lo que se alimenta el crimen organizado. Esto es, las redes organizadas funcionan como agencias de viajes que proponen diferentes “calidades en el servicio” según el precio a pagar. Los billetes de tercera, que cuestan entre 2000 y 5000 euros, suelen incluir el traslado en contenedores asfixiantes transportados por tierra o por mar o en pateras o cayucos. De su parte, las soluciones más caras son más seguras y confortables, son los billetes de segunda que pueden incluir matrimonios fraudulentos o falsificación de documentación y permisos de residencia. Finalmente, los billetes de primera pueden incluir la documentación legal a través de la corrupción de funcionarios públicos consulares.

Sea como fuere, y conviene aclararlo desde ya, los factores que promueven y favorecen la inmigración ilegal no son las mafias, por mucho que al final se beneficien de ello, sino los *factores de atracción*, que desde los países de destino convencen a los potenciales emigrantes a abandonar su país, y los *factores de expulsión*, que presionan desde los países de origen para que sus ciudadanos decidan emigrar. Entre los primeros cabría mencionar: la oferta de trabajo en los países de destino, su estabilidad política y las mejores expectativas en las condiciones económicas, sociales y/o políticas. De su parte, entre los factores de expulsión cabe destacar: la precaria situación económica y social y/o política en la que aún viven muchos países; la inestabilidad política y los conflictos armados existentes en otros; la feminización de la pobreza, que crea una mayor necesidad de migración de las mujeres (47 %); y también las expectativas de éxito que los medios de comunicación y los familiares ya emigrados aportan, pues se limitan a mostrar sólo las ventajas de la migración, obviando las innumerables penurias y los muchos fracasos.

B) *El castigo de la colaboración de terceros en la inmigración ilegal* (art. 318 bis CP)

En cualquier caso, la persecución de casi cualquier ayuda a la inmigración se realiza fundamentalmente a través del art. 318 bis CP. Dicho

precepto se incorporó al CP por primera vez con la LO 4/2000 (Ley de Extranjería), y desde entonces ha sufrido innumerables reformas al tratarse de un precepto con claro cariz político. La última operada por LO 1/2015, transponiendo literalmente la Directiva 2002/90/CE, lo diseña estratégicamente como un delito a medio camino entre la trata de seres humanos y la ayuda a la inmigración, legitimando así su tipicidad.

En su actual formulación, el art. 318 bis castiga todo comportamiento, independientemente de la forma o modalidad en que haya llevado a cabo, siempre que se ayude a una persona a *entrar* en nuestro país o a *transitar* por él, vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Para ello, no es necesario que exista finalidad lucrativa alguna, lo que choca con el concepto internacional de tráfico de personas. Se trata, por tanto, de un tipo abierto en el que se castiga como autoría casi cualquier acto de colaboración en la entrada y tránsito irregulares. Luego, realmente, no se busca proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros —por mucho que sea ésta la rúbrica del Título— sino que se les está tratando como sujetos peligrosos, castigando a todos los que les ayudan.

Ciertamente, se excluye la punibilidad cuando la conducta se lleve a cabo con objetivos únicamente humanitarios (art. 318 bis.1, párrafo segundo). Ahora bien, el precepto no define qué debe entenderse por “humanitario”, ni evita la apertura del proceso penal contra la persona que presta esa ayuda. Es más, supone la inversión de la carga de la prueba, por ser el acusado el que debe acreditar la concurrencia de tal propósito. En cualquier caso, el concepto de ayuda humanitaria parece reconducirse a todas aquellas personas desplazadas cuya vida o salud se encuentra amenazada como consecuencia de un desastre, catástrofe natural o conflicto armado. Un concepto en el que no cabe incluir los frecuentes supuestos de ayuda a los propios familiares o personas cercanas (ej. reagrupación familiar). Recordemos sino el gran número de víctimas que se produjo por la mala “gestión” del naufragio en la costa de Lampedusa, el 3 de octubre de 2013, y que planteó en Italia propuestas de modificación de un delito similar a éste.

Sea como fuere, y por si lo visto hasta ahora fuera poco, tras la última reforma también se castiga como delito la ayuda a un inmigrante irregular a *permanecer* en nuestro país. Cierto es que se exige ánimo de lucro, pero el precepto está formulado en términos tan abstractos, que posibilita la imposición de una pena frente a conductas tan carentes de desvalor como alquilar una vivienda o admitir en un hotel a un inmigrante “sin papeles”. Se trata, en consecuencia, de un tipo penal en el que no se detecta el menor atisbo de lesión a los derechos de los ciudadanos extranjeros, por lo que no resulta ni jurídicamente aceptable ni

éticamente soportable. Y ello además de desnaturalizar la base conceptual del tráfico ilegal de migrantes: su carácter transnacional, castigándose el mero favorecimiento del inmigrante y no su inmigración ilegal.

C) El enfoque trafiquista y la hipocresía de la política migratoria europea: los límites con la Ley de extranjería

En definitiva, el cuadro de conjunto presentado por la política criminal europea en materia de inmigración —adoptada fielmente por el legislador español—, tiene como elementos básicos: el rechazo de la inmigración irregular, en tanto que amenaza a la seguridad; subestimación de las conductas de explotación interna; y cooperación al desarrollo de los países de origen sólo como objetivo subalterno, condicionado a la implementación de políticas de control de flujos migratorios (externalización de las fronteras). Esto es, es evidente la política de exclusión social que se oculta detrás de un discurso aparentemente preocupado por los derechos de los ciudadanos extranjeros. Y también es obvia la política criminal europea en la materia, ofreciendo una imagen victimista de los inmigrantes que llegan a Europa de forma irregular. Se los presenta como víctimas inocentes de la voraz economía global. Como seres desvalidos, ignorantes y miserables, que en su afán por sobrevivir pierden el control de su propia vida y son manipulados por oscuras redes criminales, justificando con ello una política migratoria discriminatoria y excluyente.

Este enfoque trafiquista, que identifica siempre inmigración clandestina con explotación, se convierte así en la coartada de los países receptores para incluir al Derecho penal en la estrategia internacional de cierre de fronteras. Esto es, con la excusa de tutelar los derechos de los ciudadanos extranjeros, se aumentan los obstáculos para que éstos no entren en territorio comunitario. En definitiva, el sistema español pone los ojos, y con ese pretexto acude al CP, no en las causas estructurales, sino tan sólo en una de sus manifestaciones más visibles: la existencia de las mafias, como si éstas fueran las responsables de la desigualdad estructural entre el primer y el tercer mundo. Luego, el legislador español, prescinde por completo de la voluntad del transportado a la hora de describir el ámbito de lo penalmente típico, con la consecuencia de criminalizar finalmente todo el entorno del inmigrante a efectos de dificultarle en lo posible su ingreso en suelo comunitario.

En resumen, si con las anteriores redacciones del precepto cabía preguntarse cuál era el bien jurídico protegido, la última reforma nos saca de cualquier duda: el art. 318 bis se limita a sancionar la ayuda a la entrada, traslado o permanencia ilegal. Esto es, se dirige a evitar el incumplimiento de la legislación administrativa sobre la entrada, tránsito o

permanencia de extranjeros en la UE. Su bien jurídico no es sino “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”, lo que se contradice abiertamente con la rúbrica del Título XV bis “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, pues aquí el extranjero no es considerado víctima, sino objeto de la infracción. Un objeto que se pretende combatir y que fundamenta la intervención penal, por pertenecer, en su condición migratoria, a un colectivo marcado por un estigma de exclusión-inocuidad, instaurándose un claro régimen de *Apartheid* —consolidado por la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008—.

En cualquier caso, la Ley de Extranjería ya castiga administrativamente todo comportamiento colaborador de terceros en la operación migratoria ilegal, incluida la ayuda a la permanencia (entre otros, arts. 54.1.b y 53.2). Luego, la tipificación delictiva de estas conductas imposibilita reservar un campo de aplicación propio para el derecho administrativo sancionador de la Ley de Extranjería. La intervención del Derecho penal en este ámbito, por tanto, vulnera principios como el de *ultima ratio* o el de protección exclusiva de bienes jurídicos, utilizando además fórmulas típicas especialmente abiertas, laxas o indeterminadas, lo cual es claramente contrario al principio de taxatividad, certeza o determinación.

4. POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA FRENTE AL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS

Para comenzar, la política criminal en esta materia debería tener como base el hecho de que hablamos de personas que, de forma consciente y libre, se ponen en manos de organizaciones criminales, a las que pagan grandes cantidades para que les ayuden a sortear los obstáculos impuestos por el cierre de fronteras. Sin embargo, la voluntad de ser transportado, su mayor o menor libertad de decisión, no juega papel alguno, como tampoco importa si los derechos e intereses del inmigrante no se han visto finalmente comprometidos, cuando supuestamente son sus derechos los que se protegen. Ser económicamente pobre no te hace pobre espiritualmente, no obstante, es evidente el desprecio hacia la voluntad del inmigrante en la estrategia político criminal adoptada tanto a nivel europeo como a nivel mundial. Estrategia pensada para consolidar una política de exclusión, pero sin perder la imagen de abanderados de los derechos humanos.

El Derecho penal, por tanto, debería dejar de ocuparse del control de los flujos migratorios, que debería ser materia propia y exclusiva del Derecho administrativo, y reservarse para proteger a los inmigrantes frente a los abusos que los degradan como personas. Para ello, debe refor-

mularse de forma drástica el art. 318 bis, de modo que se deje fuera del tipo las situaciones en que la ayuda al transporte, el traslado por nuestro país y su permanencia en el mismo se hace en condiciones aceptables y con el pleno y libre consentimiento del inmigrante. Esto es, deberían elevarse a la categoría de elementos básicos del delito los supuestos que ahora tienen el carácter de agravantes. Pero no el mero ánimo de lucro, porque el hecho de que se cobre por el transporte, no supone todavía un tratamiento degradante para el que paga; sólo si la contraprestación económica se convierte en un mecanismo de dominación y control de la persona que emigra.

Porque ni todos los inmigrantes son víctimas, ni todos los que colaboran con ellos son explotadores. Pretender afrontar un fenómeno como el de la inmigración únicamente persiguiendo a las “mafias” del tráfico de personas, es simplificar en demasía. Significa que el legislador español sólo pone sus ojos en el “efecto llamada”, desconociendo el “efecto huida”, identificado con la pobreza, el hambre y el miedo. Ciertamente, es lógico que el Estado regule las migraciones, para que éstas sean ordenadas y congruentes con la capacidad de la sociedad para absorberlas social y económicamente. Pero las políticas legislativas que restringen excesivamente la regularización de los inmigrantes lo único que conllevan, al final, es la creación de enormes bolsas de irregulares, con un extraordinario poder criminógeno: acaban en manos del crimen organizado, el único que les ofrece las oportunidades vitales urgentes (Capítulo 9).

Se debe, en consecuencia, empezar por hallar la fórmula de regularizar a los inmigrantes de manera ordenada y de acuerdo a las necesidades sociales y económicas de la sociedad. Ese es el mejor modo de desactivar la criminalización de los inmigrantes y de todos aquellos que viven de su vulnerabilidad. Desvictimizar para descriminalizar. Y siempre sin olvidar que una migración que responde fundamentalmente a factores económicos, sólo cambia cuando éstos evolucionan. Porque si hay algo que nunca debemos obviar, es que las migraciones no son un fenómeno generado por el azar o el capricho, sino por factores objetivos ligados a la idea de necesidad: conflictos bélicos, catástrofes naturales, deterioro medioambiental, políticas genocidas y, sobre todo, a factores económicos. Luego, o los recursos se mueven del norte al sur o las personas se seguirán moviendo del sur al norte. Porque pese a todas las trabas, los flujos de migración son incontrolables, y las personas siguen pensando en el desplazamiento como la única salida a unas vidas y unos submundos de gran desigualdad y desequilibrio.

III. LA TRATA DE SERES HUMANOS

1. DELINEAMIENTOS DEL FENÓMENO

La trata de seres humanos es otro de los fenómenos resurgidos con la globalización económica, catalogándose como la “esclavitud del Siglo XXI”. La OMS calcula que actualmente hay más de 5 millones víctimas de trata en el mundo. De su parte, la OIT habla de más de 2’5 millones de víctimas sometidas a trabajos forzados. Se trata, en cualquier caso, de una realidad de muy difícil cuantificación, pues son personas que “formalmente” no existen, por encontrarse generalmente en una situación irregular en el país receptor, muchas de las cuales además son explotadas en el ejercicio de la prostitución, una actividad legal pero al mismo tiempo no reglada (Capítulo 8). Sea como fuere, esta esclavitud moderna, alimentada por la desigualdad y la pobreza mundiales, se caracteriza por el trato degradante, la falta de libertad y la explotación económica de la víctima, que además puede ser intercambiada u objeto de compraventa entre distintas organizaciones, convirtiéndose en un ejemplo claro de delito pluriofensivo. Esto es, las personas más pobres, necesitadas y discriminadas del mundo, que huyen del hambre, las guerras y los desastres naturales, son esclavizadas por los “negreros” de nuestro tiempo (las mafias y organizaciones criminales internacionales) para obtener una rentabilidad económica a través de su explotación sexual, laboral, tráfico de órganos, etc. Un fenómeno complejo, que generalmente requiere de toda una estructura con personas que ejecutan distintos roles en las diferentes fases de la actividad (captación, traslado, explotación), siendo habitual que se conjugue con otras actividades delictivas como el tráfico de armas o de drogas, por lo que los autores no sólo disponen de grandes recursos económicos, sino también de gran movilidad transfronteriza, lo que dificulta enormemente su persecución (Capítulo 9).

En lo que a nuestro país en concreto se refiere, las víctimas son recibidas y explotadas aquí y redistribuidas a lo largo de la Unión Europea según la exigencias del mercado. Las víctimas chinas son generalmente explotadas en talleres textiles, las de Europa del Este principalmente en la agricultura, las latinoamericanas en el negocio del sexo y los niños rumanos en la mendicidad y el robo. Los grupos nigerianos, formados en células, usan el Sur y el Sureste como puerta de entrada de las víctimas, especialmente hacia el norte de Europa. En muchos casos se utilizan permisos de residencia falsos u obtenidos ilegalmente a través de procedimientos como los matrimonios de conveniencia.

2. POLÍTICA CRIMINAL ESPAÑOLA FRENTE A LA TRATA DE SERES HUMANOS

A) Evolución legislativa: su diferenciación del delito de tráfico ilegal de personas

Nuestro legislador desde luego no ha sabido estar a la altura de lo que las circunstancias obligaban respecto a esta despreciable actividad. Durante casi una década confundió de forma interesada ambos fenómenos, ante la obsesión única de reprimir la inmigración clandestina. En este sentido, tras el CP de 1995, sólo cabía castigar la explotación laboral de los trabajadores extranjeros a través de los arts. 312 y 313 CP. Lo que se completó con la reforma de LO 11/99, que introdujo el tráfico de personas con fines de explotación sexual dentro de los delitos de prostitución (art. 188.2 CP). Hubo por tanto que esperar a la aprobación de la Ley de Extranjería (LO 4/2000) para que se completara la regulación de esta materia, pues con ella, además de incluir como asociaciones ilícitas a las que promovían el tráfico ilegal de personas (arts. 515 y ss), se introdujeron por primera vez en nuestro CP los “Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros” (art. 318 bis), donde se castiga la promoción y el favorecimiento del tráfico ilegal de personas. Apenas pasados 3 años, por *LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medida concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, se modifica el art. 318 bis y el delito de tráfico con fines de explotación sexual del art. 188.2 CP pasa a convertirse en un tipo agravado de la inmigración clandestina y el tráfico de personas (art. 318 bis.2 CP). Dos meses más tarde, por *LO 15/2003*, se saca del listado de asociaciones ilícitas las dedicadas a promover el tráfico ilegal de personas (art. 515 CP).

Las reformas sin embargo no terminan ahí. Por *LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*, se incluyen estos delitos dentro del criterio de competencia de la justicia universal (art. 23.4 LOPJ) y se amplía el elemento geográfico de los delitos de los arts. 318. bis y 313 CP “a cualquier otro país de la UE” junto a España como lugar de desplazamiento de personas. Finalmente, por *LO 5/2010, de 22 de junio*, se incorpora el delito de trata de seres humanos en el art. 177 bis, dentro del también nuevo Título VII bis, denominado con el mismo nombre. Esto es, por fin se diferencia entre trata de seres humanos y tráfico ilegal de personas. En cualquier caso, este delito fue reformado apenas 4 años después, mediante la LO 1/2015, tanto para incluir mejoras técnicas, sin duda necesarias, como para dar cumplimiento a la *Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*.

En definitiva, hasta la LO 5/10 la regulación española en materia de trata de seres humanos presentaba graves defectos técnicos, además de un gran afán punitivista al utilizar el Derecho penal como medio de control de los flujos migratorios. Desde el año 2000, y como veíamos, se ha mantenido un enfoque trafiquista de la trata de seres humanos y de la inmigración clandestina. Fenómenos que han sido confundidos y mezclados con el único objetivo de frenar la avalancha de clandestinos llegados a nuestro país. Esto es, con el pretexto de proteger a las víctimas de trata, se ha reprimido con la máxima intensidad y extensión el tráfico ilegal de inmigrantes. Por tanto, no fue sino con la incorporación del art. 177 bis, que España da por fin respuesta a las exigencias internacionales y supranacionales (ONU y UE) que obligan a tipificar esta conducta de forma autónoma e independiente. Se deslinda así, definitivamente, la trata de seres humanos del tráfico ilegal de personas.

B) El delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP)

Para empezar, su ubicación entre los delitos contra la integridad moral es adecuada, pues con el delito de trata de seres humanos se busca proteger la dignidad de la víctima, claramente lesionada cuando se la cosifica, siendo tratada como una mercancía, como un artículo temporal, disponible, para ser consumido y desechado. Y ello, porque las conductas de reclutar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar al sujeto pasivo se deben hacer con la finalidad de: imponerle trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, servidumbre o a la mendicidad; la explotación sexual, incluyendo la pornografía; la explotación para realizar actividades delictivas; la extracción de los órganos corporales; o la celebración de matrimonios forzados. En todo caso, tales conductas no deben ser consentidas, pues son los medios comisivos el núcleo esencial del concepto de trata. Esto es, para hablar de trata debe necesariamente mediar violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima, o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima. Al respecto, como novedad de la última reforma operada por LO 1/15, se aclara qué debe entenderse por situación de necesidad o vulnerabilidad, algo absolutamente necesario, pues una ampliación desmesurada de dichos conceptos puede llevar a identificar cualquier forma de prostitución como manifestación de la trata, con el consiguiente tratamiento parejo de supuestos muy distintos.

Sea como fuere, y pese a ser lo habitual, no es necesario que este delito se cometa en el seno de una organización criminal, pudiendo ser cometido por cualquiera. Esto es, no todo supuesto de trata implica un gran despliegue de medios ni supone la operación de una gran organiza-

ción (ej. *loverboys*). De otra parte, y a efectos de diferenciarlo claramente del delito del art. 318 bis, la víctima puede ser tanto española como extranjera; esto es, la víctima puede ser explotada en su propio país o como reclamo para atraer el “turismo sexual”. Una actividad, en cualquier caso, enormemente lucrativa y duradera, pues la explotación comercial de la víctima se mantiene durante el tiempo (a veces varias décadas de la vida de una persona), a diferencia del tráfico de migrantes donde la “transacción” se refiere sólo al traslado y/o la entrada en el país de destino. Es de lamentar, por tanto, que no se haya aprovechado la última reforma del año 2015 para quitar la referencia al territorio español, pues supone un indicio de que en el derecho penal interno español se sigue confundiendo trata y migración ilegal. De su parte, es paradójico que la pena prevista para el delito de trata sea superior a la señalada para la correspondiente explotación (sexual, laboral, etc.). Otra evidencia de la visión parcial que se tiene sobre el problema, vinculándolo a la política migratoria, y sin llegar a tomarse realmente en serio la grave violación que supone para los derechos humanos.

3. PROPUESTAS ALTERNATIVAS

A) *Trata de seres humanos vs prostitución*

En primer lugar, y pese a que la actual tendencia internacional —en concreto la *Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género*— se esfuerza por confundirlas, hay que diferenciar la trata de la prostitución. Mientras que la trata de seres humanos es de indudable interés para el Derecho penal, por ejercerse sin libertad, el trabajo sexual llevado a cabo por personas adultas con su consentimiento no debería interesarle en ninguna de sus manifestaciones por llevarse a cabo dentro de uno de los ámbitos de autodeterminación personal: la libertad sexual (Capítulo 8). La falta de libertad, en consecuencia, debería ser el criterio exclusivo para delimitar el espacio propio de cada una de estas figuras. Sin embargo, la realidad es otra.

Como vimos, dentro del movimiento feminista parte del discurso ha pasado de considerar la prostitución una inmoralidad, para pasar a perseguirla como una nueva manifestación de la violencia de género. Se considera que toda mujer que se prostituye lo hace forzosamente y sin libertad, lo que lleva a confundirla con la trata considerando que se trata de víctimas a las que también hay que proteger y defender aunque no quieran. Este movimiento, por tanto, no comprende o no quiere comprender que hay un sector de la prostitución que realiza su trabajo sin coacciones, sólo por dinero. Niega la validez del consentimiento otor-

gado por quien hace del sexo su trabajo. Sí, seguramente porque no encuentran otro trabajo mejor, o no quieren trabajar en otras tareas más penosas o peor remuneradas (los trabajos “decentes” están peor pagados), pero al no querer ni tan siquiera valorarse dicha posibilidad, se construye una presunción de vulnerabilidad que lleva a considerar una esclava a toda mujer que realiza trabajos sexuales, aunque sea con su consentimiento. Una víctima a ser protegida y que por ello debe agradecer perpetuamente la ayuda y el rescate, sin matizaciones, y pese a que eso conlleve el no poder enviar las necesarias remesas de dinero para ayudar a sus familias. O incluso la propia expulsión del país, pues los permisos de residencia se subordinan a la obtención de un contrato de trabajo y la prostitución no es reconocido como tal.

Somos muchos los que insistimos, por tanto, en la diferencia entre ambas realidades. Mientras la trata supone una intolerable invasión en la esfera de la libertad personal, el trabajo sexual se desarrolla precisamente en el ejercicio de la misma. No es relevante si el sujeto se prostituye por problemas económicos, por llevar una existencia más lujosa o por la necesidad de conseguir droga, es una forma de trabajo y por ello sólo responde a los parámetros generales de prestación laboral: se trabaja para atender necesidades materiales mientras se conserva la libertad de decidir cómo. Y es que de seguir confundiendo ambos fenómenos, la actual tendencia a prohibir cualquier manifestación de la prostitución a lo único que conducirá es a su mayor clandestinidad y a un incremento del beneficio para las mafias. Porque, hoy por hoy, es poco menos que ingenuo pretender acabar con el negocio del sexo. De hecho, no son pocas las víctimas que, habiendo huido de las mafias, continúan sin embargo ejerciendo la prostitución dada su situación administrativa irregular y la urgencia de cubrir sus necesidades vitales.

En definitiva, ni siquiera el resultado final de la explotación sexual es suficiente para convertir en ilícita cualquier conducta relacionada con el traslado incluso de quien luego resulta explotado en destino. Sólo cuando hay una conexión interna entre el transporte y la explotación, habría un auténtico caso de trata (ej. reclutamiento fraudulento de mujeres para ejercer la prostitución). Las situaciones en las que la inmigrante se traslada voluntariamente, sin coacción o engaño alguno, para ejercer la prostitución, y a su llegada debe soportar condiciones abusivas en los clubs de alterne, encuentran suficiente amparo en los delitos de explotación laboral (art. 312 CP), o sexual (art. 187 CP) si es obligada a realizar conductas sexuales no queridas.

B) Identificación y protección de las otras víctimas de trata

Desde el punto de vista cuantitativo, parece que el tráfico con fines de explotación sexual tiene más importancia, pero es una afirmación difícil de demostrar empíricamente ante la dificultad de obtener datos reales sobre estos fenómenos. Lo único cierto es que en los últimos años se ha realizado un gran esfuerzo en relación con la persecución y castigo de la trata de seres humanos para su explotación sexual, y no tanto respecto a la laboral, razón por la que se podría explicar el mayor número de datos registrados de la policía y la diferencia cuantitativa entre ambos hechos delictivos.

Sea como fuere, y pese a que son muchos los estudios que señalan a la explotación laboral como la modalidad de trata que más víctimas produce, no existen políticas ni planes de prevención y represión en relación a esta realidad. Y ello debido, sobre todo, a dos razones: una, se sigue confundiendo este delito con los delitos contra los trabajadores y sobre todo con el tráfico ilegal de personas; y dos, porque la situación a la que se somete a los trabajadores hace imposible la denuncia. Concretamente, en relación con las empleadas domésticas, la consideración de este tipo de trabajo como una cuestión que corresponde a la esfera privada, hace que los Estados se nieguen a intervenir dejándolas a merced de sus empleadores. Es necesario, por tanto, que en nuestro país se tome conciencia de que existen otras formas de trata que van más allá de la mera finalidad de explotación sexual, capacitando adecuadamente a los profesionales que puedan entrar en contacto con las víctimas de otras formas de trata.

C) La ineficacia de la actual política criminal: el necesario enfoque victimocéntrico

Finalmente, es mucho lo que nos queda por hacer, sobre todo en aspectos como la prevención y la protección de las víctimas de trata. Los pasos adoptados, aunque importantes, siguen siendo insuficientes. En concreto, el período de restablecimiento y reflexión de al menos 90 días, para que la víctima puede decidir si desea cooperar o no, y el posible reconocimiento de un permiso de residencia y trabajo en caso de hacerlo (art. 59 bis Ley de Extranjería), se trata más bien de un instrumento de investigación policial que sólo tiene eficacia si la denuncia es útil. Esto es, deja de lado la grave violación a los derechos humanos que estas conductas suponen, siendo al final muchas las víctimas que son perseguidas penalmente y expulsadas del territorio nacional. Una disposición ineficaz también por otros motivos: no siempre las víctimas conocen su existencia (recordemos que, oficialmente, no existen en España); existe desconfianza de las víctimas a las autoridades por miedo

a ser expulsadas por su situación irregular; la burocracia es compleja y costosa; y existe miedo a las represalias personales y familiares por parte de la organización criminal (sobre un 90% de las víctimas rechazan esta medida). Es necesario, por tanto, diseñar políticas y mecanismos que apunten a la protección y asistencia a las víctimas en detrimento del control de la inmigración irregular (a lo que, además, nos obliga la Directiva 2011/36/UE y sobre todo la 2012/29/UE). Ciertamente, en 2015 se aprobó el Estatuto Jurídico de la víctima (Ley 4/15, de 27 de abril) que hace especial mención a este tipo de víctimas, pero que sigue pasando de puntillas por el problema, no previendo como vimos ninguna partida presupuestaria para ello (Capítulo 9).

En definitiva, si bien originariamente el abordaje del fenómeno de la trata fue criminocéntrico (centrado casi exclusivamente en hacerle frente a través de la incriminación de conductas), más recientemente se ha impuesto una aproximación victimocéntrica. Esta perspectiva adoptada por los más recientes instrumentos internacionales y regionales europeos —*Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005 (Convenio de Varsovia)* y *Directiva 2011/26/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* (que sustituye a la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo— considera la trata ante todo una forma de vulneración de los derechos humanos de las víctimas, por lo que las estrategias de lucha giran sobre la protección de sus derechos. Un evidente cambio de paradigma, al comprobar que la mera aplicación de disposiciones internacionales incriminadoras es insuficiente para su erradicación.

Lo determinante, por tanto, no es luchar contra esta realidad en cuanto delito (o al menos no solamente como tal), sino abordarla esencialmente atendiendo a la necesidad de salvaguardar los derechos de las víctimas. Esto es, se trata de involucrar en las políticas el ataque a la oferta y a la demanda, una estrategia integral que combine prevención y represión con asistencia a las víctimas. Al respecto, además de legalizar la prostitución (Capítulo 8), diferenciando claramente ambos fenómenos, se deben prevenir estas conductas profundizando en sus causas. En este sentido, hay que apostar por políticas de desarrollo en los países de origen, pues sólo incrementando las oportunidades y mitigando las desigualdades de género en esos países se evitarían las situaciones que determinan la explotación de estas personas. De su parte, se deben incrementar las oportunidades de migración legal y las campañas informativas que favorezcan el incremento de la conciencia comunitaria y política sobre la misma. Igualmente, es ineludible la formación específica de los profesionales que puedan entrar en contacto con las víctimas, a efectos de poder identificarlas y prestarles asistencia lo más inmediata-

mente posible, sobre todo después de las redadas contra los inmigrantes irregulares. Para ello, es ineludible la superación del actual enfoque de “víctima adecuada”, que lleva a no considerar tales a quienes no exponen signos inequívocos de daños físicos, psíquicos o de explotación.

Una vez identificadas las víctimas, hay que asegurar que éstas tengan acceso adecuado a formas de reparación, incluyendo asistencia, protección y compensación con independencia de su capacidad o voluntad de testificar el correspondiente juicio. Esto es, a todas las víctimas se les debe garantizar un período de restablecimiento y reflexión, con el objeto de que puedan recuperarse y ser capaces de tomar una decisión informada acerca de sus opciones. Para ello se les debe garantizar un permiso temporal de residencia, con independencia de que decida o no colaborar con las autoridades, pues la expulsión a sus países conlleva grandes riesgos de ser re traficadas o revictimizadas. Finalmente, la asistencia debe comprender un alojamiento seguro y apropiado, orientación psicológica, cuidado de la salud, asistencia legal gratuita, educación, orientación profesional y oportunidades de empleo (ej. iniciativa del Ayuntamiento de Madrid otorgando becas de estudio para luchar contra la explotación sexual). Sobre todo esto último, o de otro modo, y como hemos visto, la trata derivará en prostitución como única opción “laboral” viable.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO – ALONSO-OLEA GARCÍA - LACRUZ LÓPEZ -MARTÍNA DÉGANO - VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (Edit.), *El extranjero en el Derecho español*, 2ª edic., UNED- Dykinson, Madrid, 2015; BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política criminal*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2014; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema pena*, Dykinson, Madrid, 2016; CANCIO MELIÁ – POZUELO PÉREZ, (Coord.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008; DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; DUARTE CUNHA MEDEIROS, T., *Inmigración. Tratamiento jurídico penal en el Derecho español*, Juruá, Lisboa, 2015; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; IGLESIAS RÍO, M.A., “La expulsión de extranjeros”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015; IGLESIAS SKULJ, A., *La trata de mujeres con fines de explotación social*, ediciones Didot, Buenos Aires, 2013;

MAQUEDA ABREU, M. L., *El tráfico sexual de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; MARTINEZ ESCAMILLA, M., (Coord.), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015; PALIDDA, S., - BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Granada, 2010; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004; PÉREZ CEPEDA, A., *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Ediciones Universidad de Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; POMARES CINTAS, E., “La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015; POMARES CINTAS, E., “La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (art. 318 bis CP): ¿una cuestión penal?”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona 2015; PUENTE ABA, L.M. (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008; RODRÍGUEZ MESA – RUÍZ RODRÍGUEZ(Coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; SANZ MULAS, N., “De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, en RECPC, 14-10 (2012); SANZ MULAS, N., “Tráfico y explotación sexual y laboral de personas: la gran vergüenza del Siglo XXI”, en *Ciencia Policial Estudios*, nº 81, Febrero-2007; SANZ MULAS, N., “Mundo globalizado y violación de los derechos humanos. Un enfoque desde el Derecho penal”, en SANZ MULAS, N., (Dir.), *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. TERRADILLOS BASOCO, J., “El Derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración”, en MUÑOZ CONDE –LORENZO SALGADO –FERRÉ OLIVÉ –CORTES BECHIARELLI –NÚÑEZ PAZ, (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011.

CAPÍTULO 11

POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE DROGAS

I. LA HISTORIA DEL “PROBLEMA DE LA DROGA” EN ESPAÑA

Indudablemente, el “problema de la droga” es uno de los hechos sociales que más ha marcado nuestra realidad penal y penitenciaria en los últimos 40 años. De hecho, la mayoría de los presos de nuestras cárceles están allí por delitos relacionados con las drogas, bien por traficar con ellas, bien para conseguir los recursos necesarios para su consumo. En el caso de las mujeres, la cifra es escandalosa y se acerca al 80%. Si esto es así, no sólo es un problema de clara relevancia penal, sino que denota también un significativo fracaso de las políticas públicas respecto al tema de la droga. Y ello por no hablar de los problemas asociados en materia sanitaria, como es el contagio de SIDA y hepatitis por el intercambio de jeringuillas o la práctica de sexo sin protección tras la ingestión de la CHEMSEX (*Chemical sex* o sexo químico). Ahora bien, y pese a su trascendencia, el fenómeno de la droga es bastante reciente, pues su aparición data de los años setenta y ochenta. Hasta entonces, el consumo de drogas en nuestro país se limitaba a remedios y plantas tradicionales, recetas facultativas con compuestos que más tarde se prohibirían, y el uso del hachís por parte de legionarios y algunos jóvenes de clase media.

El porqué del inicio del consumo de drogas se debe a muchos factores, destacando la popularización de la heroína y las respuestas públicas represivas con el objetivo de erradicar su consumo, en vez de redirigirlo hacia el consumo responsable y en condiciones sanitarias adecuadas. En este contexto, la relación entre droga y delito comienza a ser evidente, castigándose cualquier consumo de droga y, en consecuencia, cualquier medio lícito para su obtención. Del mismo modo, las políticas sanitarias

no daban alternativas al drogodependiente, lo que le obligaba a actuar para paliar el síndrome de abstinencia a través de conductas delictivas como el robo. Esto es, con una escasa, por no decir nula, experiencia con el opio y sus derivados, y muy poca en el consumo del hachís o el LSD, muchos jóvenes se lanzaron al consumo de heroína sin conciencia alguna sobre sus efectos, lo que incrementó el mercado negro de esta sustancia. Como consecuencia, se incrementó el precio de las dosis, que en muchos casos estaban adulteradas, y como no se podían conseguir lícitamente, los adictos acababan robando para obtener las dosis necesarias o acudían al propio tráfico de drogas. Conductas que acaban en la enfermedad o la cárcel, generándose el denominado como “problema de la droga”, caracterizado por un excesivo alarmismo social y el etiquetamiento del consumidor como un enemigo público.

En definitiva, una práctica universal, como es el uso de drogas, tan ligada a la cultura y a la automedicación de cualquier sociedad (pensemos en el uso dado por los indígenas latinoamericanos a la hoja de coca o el uso terapéutico de la marihuana), se transformó en una enfermedad propia de delincuentes y marginados, a los que había que castigar con el rechazo o la cárcel (ESCOHOTADO). Luego, si el objetivo de la política criminal era proteger la salud pública, tanto de los usuarios de drogas como del resto de la población, se puede afirmar que fue un rotundo fracaso. Por no decir que fue, y sigue siendo, gran parte del problema.

II. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL ESPAÑOLA EN MATERIA DE DROGAS

1. LEY 44/1971, DE 15 DE NOVIEMBRE, DE REFORMA DEL CP FRENTE A HIPPIES Y PSICODÉLICOS

Incluso años antes de que se empezara a hablar del problema, en la España franquista se promulgó una reforma penal que castigaba penalmente cualquier venta o comercialización de drogas tóxicas o estupefacientes, lo que suponía una política completamente divergente de la anterior, que sí permitía a la venta de drogas realizadas en farmacias ¿Y por qué esa reforma legal ante un problema que aún no existía?

Son dos las razones que explican el evidente cambio de tendencia. De una parte, el incipiente aperturismo internacional del régimen franquista y el compromiso internacional adquirido al ratificar la *Convención Única de Estupefacientes de 1961* —primer logro estadounidense en su cruzada mundial contra el tráfico ilegal de drogas—. Y, de otra, la reacción frente a una nueva cultura juvenil venida desde Europa y Estados Unidos,

y que tuvo su eclosión en mayo de 1968 (conocido como el mayo francés). Así, la *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970*, que preveía hasta 5 años de internamiento por conductas relacionadas con las drogas, se justificaba por la Fiscalía del TS porque “nuestra ley de vagos y maleantes data de un tiempo en que no había hippies ni se conocía lo psicodélico”. El CP, por tanto, afrontó un problema que aún no existía, contribuyendo a la “demonización” de la droga con su incorporación a las crónicas de sucesos junto a noticias de crímenes, accidentes, enfermedades y muertes. Los medios de comunicación fueron de este modo identificando drogas con delito, algo que fue calando en la conciencia social (BORJA).

2. REFORMA URGENTE Y PARCIAL DE 1983 Y CONTRARREFORMA DE 1988

Tras ganar las elecciones, el PSOE llevó a cabo una profunda reforma de la política criminal franquista, lo que también afectó a la regulación del tráfico de drogas: se redujo el listado de posibles conductas punibles eliminándose la fórmula abierta de “o los que de cualquier otro modo promuevan, favorezcan o faciliten”, que permitía incluir cualquier conducta relacionada con las drogas; se distingue por primera vez entre drogas que causan un grave daño a la salud (drogas duras) y las que no lo causan (drogas blandas); y se reducen significativamente las penas.

Sin embargo, la llegada de la heroína a nuestro país en la década de los 80 generó graves problemas político criminales. Se generalizó su consumo entre clases populares y marginales (hasta entonces limitado a minorías contraculturales), lo que, unido a hechos con gran alarma social como los robos violentos y las muertes por sobredosis, contribuyó a construir el estereotipo del “yonqui”. Esto es, en aquellos tiempos los sujetos peligrosos eran los drogodependientes, fundamentalmente los heroinómanos. Personas que acabaron llenando las cárceles, impulsadas por el mercado de un producto cuya ilicitud subía los precios, de tal forma que se veían obligados a cometer pequeños delitos patrimoniales o tráfico de drogas también a ínfima escala.

En ese contexto, determinados grupos sociales, asociaciones de vecinos y la oposición política, acusaron al gobierno de no hacer nada contra la droga y reclamaron mayor rigor, tanto en la persecución del tráfico de drogas como en la de los delitos contra la propiedad. Además, acusaron al gobierno de que con su reforma del año 83 había favorecido el consumo de la droga y los problemas asociados a ello. Así las cosas se promulgó la contrarreforma penal por *LO de 26 de marzo de 1988 de reforma del CP*, donde se lleva a cabo un giro radical en la política criminal en esta materia, optando por una fórmula fuertemente represiva:

se incrementaron enormemente las penas (hasta 23 años para las drogas duras y más de 17 para las blandas); se recuperó la cláusula de incriminación general; y se incluyó una agravante dirigida a perseguir a los narcotraficantes (art. 344 bis). Como único aspecto positivo, cabe destacar la ampliación de la suspensión condicional de la pena (de 1 a 2 años de prisión) a los drogodependientes que se prestaran a seguir un tratamiento siempre que no fueran reincidentes (hasta entonces se exigía que fueran primarios).

3. LA INCORPORACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA EN LA REFORMA DEL CP DE 1992 Y LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA

Con la entrada de nuestro país en la Comunidad Europea en 1996, el gobierno socialista también se sumó a las políticas de tolerancia cero auspiciadas por Reagan desde Estados Unidos y el *Grupo de Trevi* — integrado por los ministros de Interior y creado para luchar y cooperar políticamente en materia de terrorismo—. Con ello se inicia una política criminal de corte altamente represivo en materia de drogas, que se consolidaría con la ratificación de la *Convención de la ONU de Viena de 1988* y la reforma del CP para incorporar dicho acuerdo internacional. Ahora bien, pese a que esta norma internacional obligaba a los Estados a que persiguieran penalmente el cultivo, la adquisición y la posesión para el consumo personal, nuestro país se limitó a incluir la persecución del blanqueo de capitales y de los precursores químicos.

En estos años de gran actividad legislativa, tanto a nivel nacional como internacional, la heroína dejó el protagonismo a la cocaína, que respondía a patrones distintos de consumo con escasa visibilidad social. El SIDA y las muertes que provocaba, fueron poco a poco remitiendo, así como la delincuencia vinculada a las drogas, incrementándose también las medidas sanitarias como los programas de mantenimiento con metadona y de intercambio de jeringuillas. Con ello, el fenómeno de las drogas vinculado a los robos, a las enfermedades y la muerte fue perdiendo importancia. Sin embargo, la negatividad de la droga continúa alimentada por las grandes noticias sobre operaciones de narcotráfico y muertes puntuales por el consumo de pastillas de éxtasis (MDMA). El resultado de todo ello, es que también en ese año se publica la *LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana* (conocida como Ley Corcuera), en la que se incluye un artículo específico destinado a prohibir el consumo público y la tenencia de drogas (art. 25), castigándose como infracción grave con una multa de 300 a 30.000 € (art. 28). Disposición que coincidía con la celebración de los Juegos olímpicos.

cos de Barcelona y de la Exposición Universal de Sevilla, buscando castigar la visibilidad del consumo de drogas no perseguible penalmente.

4. LA LO 10/95, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

Este Código penal de nueva planta, bautizado como CP de la democracia, si bien pudiera parecer que redujo de forma general las penas, lo cierto es que no fue así, pues al mismo tiempo suprimió la figura de reeducación de penas por el trabajo. En materia de drogas en concreto, salvo una cierta atenuación de las penas, mantuvo en su integridad el modelo represivo anterior, con una formulación de las conductas típicas tan amplia que resulta incompatible con los principios de seguridad jurídica y taxatividad. Esto es, se mantuvo la cláusula de incriminación abierta recuperada en el año 1988, además de incrementarse la pena de multa, que ahora se calcula en función del valor económico de la sustancia objeto del delito (multa proporcional). En cualquier caso, sí que se le presta más atención al drogodependiente, pues se reduce la responsabilidad por actuar bajo los efectos de las drogas o el síndrome de abstinencia. También se amplía la suspensión condicional de la condena hasta los 3 años de prisión, sustituyéndose el requisito de no ser reincidente por el de no ser habitual. Ahora bien, para remitirse definitivamente la pena se exige al menos no haber abandonado el tratamiento, algo por otro lado muy habitual en este tipo de terapias.

5. ÚLTIMAS REFORMAS EN MATERIA DE DROGAS: LEYES ORGÁNICAS 5/10, DE 22 DE JUNIO, Y 1/15, DE 30 DE MARZO

Pese a las innumerables reformas llevadas a cabo sobre el CP de 1995 desde su aprobación, pocas curiosamente han afectado al delito de tráfico de drogas, centrándonos aquí en las dos últimas. De forma excepcional, con la reforma llevada a cabo en el año 2010, se añade un supuesto atenuado posibilitando la imposición de la pena inferior atendiendo “a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, salvo en supuestos de organización delictiva” (art. 368 segundo párrafo CP), solicitado por Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 25 de octubre de 2005, al amparo del art. 4.3 CP. Una petición hecha al legislador, porque la rigidez de la norma impedía a los tribunales adecuar la pena a la gravedad del hecho, justificando el TS su petición en que las personas a las que se entrega la droga ya eran consumidoras, por lo que el daño a la salud ya venía de antes. Además, dada la escasa entidad, no hay riesgo de consumo compartido con otras personas. De igual forma, de conformidad con las normas internacionales (concretamente la *Decisión Marco 2004/JAI del Consejo de 25 de octubre*), y buscando

reforzar el principio de proporcionalidad de las penas, se disminuyó la pena de prisión prevista respecto de las drogas duras de 3 a 6 años (en lugar de los anteriores 3 a 9 años). Reforma que supuso la revisión a la baja de los ya condenados por estos hechos, produciéndose la excarcelación y/o atenuación de muchos de ellos, en aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

De su parte, la *LO 1/15* lleva a cabo una nueva regulación del decurso de drogas, estableciéndose una serie de especialidades en relación con los delitos de tráfico de drogas y de precursores (art. 374). También se reforma la figura de la suspensión, aumentando hasta los 5 años de prisión su aplicación. En este sentido, además se estima que la recaída puntual en las drogas no se considera abandono del tratamiento, al tiempo que se asume la reincidencia como un supuesto normal, por lo que no se exige una especial valoración.

En definitiva, si bien se han observado ciertos avances, sobre todo en las últimas leyes (introducción del subtipo atenuado en el art. 368, rebaja de los límites de las penas para las drogas duras en el tipo básico, inclusión de eximentes y atenuantes por grave adicción del acusado y un tratamiento más humano y consecuente de la situación de los drogodependientes), lo cierto que es nuestra política criminal en materia de drogas sigue adoptando “sin rechistar” las directrices internacionales de prohibicionismo radical e indiscriminado. Para ello se sirve también de la Ley de Seguridad Ciudadana, cuya última reforma sanciona cualquier resquicio que en materia de drogas quede fuera del texto punitivo (consumo en lugares públicos, traslado de personas para que accedan a las drogas, etc.). Ahora bien, ¿está sirviendo de algo todo esto? ¿La política prohibicionista adoptada está teniendo algún resultado? Es más, ¿es legítimo que el Estado proteja nuestra salud incluso contra nuestra voluntad? Esto es, ¿por qué pone tantos problemas al cultivo, elaboración o transporte de unas sustancias que algunos ciudadanos eligen consumir en el ejercicio de sus libertades?

III. TRÁFICO DE DROGAS Y PRÁCTICA JUDICIAL Y SOCIAL

1. LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En un Estado social, el Derecho penal no puede limitarse a tutelar únicamente los bienes jurídicos individuales, sino que también está obligado a remover los obstáculos necesarios para velar por los intereses generales de los ciudadanos, combatiendo los privilegios de quienes se oponen al bienestar común: son los bienes jurídicos colectivos o supra-

individuales cuyo sujeto pasivo somos todos (el erario público, la salud pública, el medio ambiente, etc.). Y esto es, precisamente, lo que se pretende hacer con la salud pública mediante el castigo, entre otras conductas (delitos alimentarios, farmacológicos, etc.), del tráfico de drogas. Una protección de la salud colectiva, para la que el legislador diferencia entre aquéllas que causan grave daño a la salud (drogas duras) y las que no producen ese grave menoscabo (drogas blandas). Es decir, la mayor o menor incidencia a la salud se establece como criterio genérico para castigar más o menos las mismas conductas.

Porque mientras el Estado deja en manos de los particulares el cuidado de su salud individual, toma las riendas de todo evento que afecte a la salud pública, entendida como el conjunto mínimo de condiciones sanitarias y de bienestar físico y psíquico exigibles en toda comunidad que quiera alcanzar unos niveles de sanidad razonables. Una salud pública que se quiere proteger, no sólo mediante el castigo de todos los posibles eslabones de la “cadena productiva” de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sino mediante la sanción también de cualquier otra conducta que “de otro modo promueva, favorezca o faciliten su consumo ilegal o la posesión con aquellos fines”. Una fórmula abstracta contraria a los principios de seguridad y taxatividad, que se complica sobremanera con la configuración del delito de drogas como un delito de peligro abstracto (no se necesita demostrar que en el caso concreto se pone en riesgo la salud de una o varias personas) y que además se castiga con penas absolutamente desproporcionadas. En definitiva, un camino, el seguido por el legislador, que cada vez se separa más de la posición asumida por jueces y tribunales en los últimos tiempos, y que se aleja a grandes zancadas del propio devenir de los acontecimientos sociales y la percepción que los ciudadanos van teniendo del “problema de la droga”.

2. PRÁCTICA JUDICIAL Y ABANDONO PROGRESIVO DE LA TOLERANCIA CERO

Tradicionalmente, la práctica judicial en esta materia se ha caracterizado por realizar una interpretación muy extensiva de este delito, sobre todo a través de la cláusula abierta “o los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten” (art. 368.1 CP). Esta formulación tan abierta y abstracta, ha permitido que se considere delito casi cualquier conducta relacionada con el tráfico de drogas. Y ello porque, al estar configurado como delito de peligro abstracto, basta con que la conducta sea potencialmente peligrosa para el bien jurídico, lo que ha llevado a que siempre se considere delito salvo casos excepcionales. De otra parte, se ha entendido como autoría toda forma de participación en el delito, por mínima que sea, incorporando un concepto unitario de autor. En consecuencia, sal-

vo la posesión para el propio consumo (con los correspondientes problemas de delimitación con la posesión para traficar) y la posesión para consumo compartido, prácticamente toda conducta relativa a las drogas era considerada delito y castigada con elevadísimas penas de prisión, en aplicación de una política de clara tolerancia cero. Algo que se puede apreciar sobre todo en relación a la aplicación de la agravante de notoria importancia (art. 369.3), que supone la aplicación de la pena superior en grado en función de la cantidad y pureza de la droga incautada. En este sentido, se han llegado a poner condenas mínimas de 9 años de prisión para los traficantes de más de 100 o 120 gramos de cocaína. Una práctica judicial que llevó a que el TS modificara sus criterios triplicando las cantidades mínimas para aplicar la agravante (*Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001*). En este sentido, pasó de 120-150 gr. de cocaína a 750 gr., de 60-80 gr. de heroína a 300 gr. y de 1 kg de hachís a 3 kg, calculando esas cantidades a partir de lo que serían 500 dosis de consumo diario.

Y es que ya hace algún tiempo que existe una importante y consolidada doctrina jurisprudencial, tendente a analizar las conductas desde el prisma del bien jurídico protegido, procurando la impunidad de aquéllas que no constituyan ningún peligro para él. Esto es, jueces y tribunales están llevando a cabo una interpretación cada vez más restringida de estos tipos penales, buscando atenuar su excesiva penalidad, al considerar que infringe el principio de proporcionalidad de las penas. Con este objetivo, cabe observarse en la práctica judicial actuaciones como: la ampliación de la impunidad de la tenencia para autoconsumo individual a algunos casos de autoconsumo en grupo (siempre que el consumo se haga de forma inmediata en un lugar cerrado, entre un pequeño número de personas identificadas que sean adictas, considerando tales también a los consumidores de fin de semana); la exigencia de una dosis mínima psicoactiva para poder hablar de delito; la impunidad de las entregas “piadosas” a familiares para ayudar a la deshabituación o superar la abstinencia y la admisión de la tentativa y de formas accesorias de participación como la complicidad. Un alejamiento progresivo de la tolerancia cero contra las drogas, coherente a su vez con la realidad social y criminológica de este problema.

3. CAMBIOS EN LA REALIDAD SOCIAL Y CRIMINOLÓGICA DEL “PROBLEMA DE LA DROGA”

En nuestros días, nos encontramos sin duda ante un escenario social mucho más flexible y tolerante frente a las drogas. Se ha pasado de considerar a todas las drogas como un veneno peligroso, a hablar de “consumo responsable”, con políticas mediáticas que ya no se basan en la

tolerancia cero, sino en campañas pedagógicas, acompañadas con el trato de la drogadicción desde una perspectiva médico/sanitaria y no sólo penal. La sociedad, o al menos una parte importante de la misma, cada vez se muestra más tolerante respecto al consumo de ciertas drogas, lo que ha provocado la proliferación de asociaciones o clubs de consumidores de cannabis y el nacimiento de una nueva corriente internacional tendente a la legalización.

A) Los clubs de marihuana

La sociedad ha transigido hasta el punto de aceptar que el consumo controlado de ciertas sustancias ilegales, como los derivados del cannabis, tiene más beneficios que perjuicios. Este es el motivo por el que ya hace algunos años que se crearon en Ámsterdam los *coffee shops*, y más reciente en España, a partir de la doctrina del “consumo compartido”, los clubs de cannabis o asociaciones de consumidores de cannabis. Agrupaciones de personas que pretenden garantizar una difusión limitada de la droga, destinada a un círculo acotado de consumidores (los socios), y cuya finalidad es asegurar unas pautas de consumo responsable. Esta realidad existente en todo el territorio nacional (si bien en Cataluña se concentran 300 de los más de 500 registrados en todo el país), se enfrenta sin embargo a algunos problemas difícilmente solventables con la actual legislación.

Para empezar, su legalidad no está tan clara, porque la propia Ley de Seguridad Ciudadana, en su art. 36.16, castiga como infracción administrativa grave “el consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos”. Ciertamente, parece no incluir el consumo privado, pero es ambigua al respecto. De otra parte, ¿qué ocurre con el cultivo y transporte del cannabis necesario para suministrar a los socios? Al respecto, son muchas las propuestas de regulación a efectos de dotar de una normativa mínima estas asociaciones, llegando hasta el debate parlamentario sobre la reforma del CP del año 2010. En esa ocasión, el grupo parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya-Verds presentó dos enmiendas que buscaban, tanto la despenalización de la producción para autoconsumo, como la desaparición de la pena de multa prevista para el tipo básico. Ambas enmiendas, como nos podemos imaginar, fueron rechazadas, pero eso no es una excusa para que la Administración no haga frente a esta realidad social, si bien ello debería conducir a modificar la propia política penal en materia de drogas blandas.

B) La tendencia hacia la legalización

Porque, pese a todo, la tendencia hacia la despenalización existe y parece imparable. Esta nueva corriente ha sido defendida, entre otros países, por México, Colombia, Guatemala, Ecuador, Argentina y la República Checa, mostrándose en 2014 muy críticos con la actual política prohibicionista defendida por la ONU. Con motivo de la celebración del 57º periodo de sesiones de la Comisión de Estupefacientes, celebrada en Viena en marzo de ese año, se reclamó abrir el debate en torno a esta cuestión y se celebraron sesiones en las que se debatió el modelo aperturista uruguayo. Una posición a la que luego se sumaron, si bien con cierta timidez, entre otros, Singapur, Suiza, los Países Bajos y Noruega. Incluso en Estados Unidos se percibió cierto giro hacia la flexibilidad, pues tampoco ese país puede dar la espalda a una realidad en la que 18 de sus Estados dispensan marihuana para uso médico y 2 de ellos venden hierba de forma legal. De hecho, el gobierno ha levantado las limitaciones a los bancos para abrir líneas de crédito destinadas a productores de cannabis. Un giro en el debate internacional que, como sabemos, ha sido encabezado por Uruguay.

Este país sudamericano aprobó, el 10 de diciembre de 2013, una Ley que le convertía en el primero del mundo en regular plenamente el cultivo, comercio y consumo de cannabis con fines tanto médicos, como industriales y recreativos. Ahora bien, no se permiten marcas ni publicidad, y es el Estado el que fija el precio y otorga las licencias de producción y farmacéuticas, además de regular el registro de consumidores e identificar al usuario. Es más, con la finalidad de evitar el convertirse en un país de “turismo cannábico”, la ley sólo se aplica a mayores de edad nacionales y extranjeros con más de un año de residencia. Sea como fuere, los consumidores registrados tienen derecho a 40 gramos de marihuana mensuales, a razón de 10 por semana, y se permiten los clubs sociales como asociaciones de 15 a 45 socios y un máximo de 99 plantas conjuntas o un cultivo individual de hasta 6 plantas (ningún usuario puede estar en varios clubs). Finalmente, todo el proceso es vigilado y supervisado por diferentes ministerios e instituciones gubernamentales.

En definitiva, aunque aún son mayoría los Estados que se muestran reticentes, se percibe una tendencia general de políticas de drogas alternativas que, además de Uruguay, han surgido en los estados de Colorado y Washington y países como España, Portugal, la República Checa, Países Bajos y en debates en toda América Latina. Un debate cada vez más amplio y elaborado, pero que sigue sin contar con el apoyo de las Naciones Unidas y demás organismos internacionales. Porque si bien la cuestión se puso nuevamente sobre la mesa, en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGASS) sobre Drogas

en septiembre de 2016, sólo se consiguió poner en evidencia la ruptura del “consenso de Viena”, postergando las decisiones importantes (despenalización, mercados regulados, etc.) para el siguiente encuentro en 2019 o 2020.

IV. PENALIZACIÓN VS LEGALIZACIÓN: LAS BASES DE LA POLÉMICA

1. LIBERTAD INDIVIDUAL VS SALUD PÚBLICA: ¿EL ESTADO SOCIAL POR ENCIMA DEL ESTADO DE DERECHO?

Sea como fuere, cuando un individuo consume cualquier droga, lo hace siempre en la esfera de su libertad individual con relación a la disponibilidad de su propia salud, y pese a que ésta pueda sufrir menoscabos por ello. Desde esta perspectiva, la interposición de barreras punitivas que obstaculicen ese derecho al consumo, se presenta como una injerencia intolerable que vulneraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad y dignidad humanas, reconocido constitucionalmente en el art. 10.1. Ahora bien, desde la perspectiva estatal, como veíamos, se predica la necesidad y obligación de intervenir con todo tipo de instrumentos, jurídicos y extrajurídicos, penales y no penales, para combatir cualquier generalización de conductas que atenten contra la salud pública.

Obviamente, tanto el Código penal (arts. 368 y ss.) como la Ley de Seguridad Ciudadana, resuelven el dilema inclinándose por la protección de la salud pública. De hecho, esta última castiga: tanto el consumo como la tenencia ilícitas de drogas en lugares públicos, así como el abandono de los instrumentos o efectos utilizados para ello (art. 36.16); el traslado de personas para que puedan acceder a las drogas (art. 36.17); los actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas cuando no constituyan delito (art. 36.18); y la tolerancia de su consumo o tráfico en locales o establecimientos, o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos (art. 36.19). Estas infracciones se consideran graves, por lo que no prescriben hasta pasado un año, pudiendo castigarse con una multa de 600 a 30.000 euros.

De su lado, en lo que se refiere al conflicto libertad individual /salud pública, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho se parte de que, mientras la conducta del consumidor se ciña al ámbito privado, su libre personalidad es la barrera infranqueable de la intervención punitiva (Estado de Derecho). Ahora bien, se ve obligado a intervenir a favor de la colectividad, cuando el abuso de la libertad in-

dividual ponga en entredicho su propia coexistencia, debiendo actuar para evitarlo (Estado social). Ello determina que el autoconsumo esté tolerado y que toda forma de facilitación del mismo esté, sin embargo, prohibida. Lo que nos lleva a concluir que el actual sistema punitivo es conforme, al menos desde el plano teórico, con el vigente modelo constitucional. Ahora bien, eso no quita que sigan siendo muchas las dudas planteadas: ¿Por qué en este campo tiene que ceder el Estado de Derecho frente al Estado social? ¿Por qué la libertad del consumidor a obtener la droga debe supeditarse a la ilicitud en aras a mantener el bien jurídico salud pública? ¿Por qué el interés individual se supedita al colectivo, cuando al fin y al cabo estamos hablando de la salud individual de los consumidores? En el art. 10.1 CE se consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ligado íntimamente con la dignidad humana, y cuando el Estado actúa en representación de intereses colectivos su intervención puede incidir en los derechos individuales, por lo que la cuestión es clara: ¿hasta qué límite puede afectar la injerencia del poder público en aspectos tan determinantes como el libre desarrollo de la personalidad? ¿Hasta qué punto el Estado social debe asegurar el Estado de Derecho? Sea cual sea el interés social pretendido, jamás la injerencia podrá limitar el libre desarrollo de la personalidad hasta tal punto que quede irreconocible la dignidad humana.

2. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROHIBICIÓN

Es patente, en cualquier caso, el doble rasero utilizado en la mayoría de los países en relación al tratamiento de drogas como el café, el tabaco y el alcohol, por una parte, y el dispensado a otras sustancias de similares características, en lo que al peligro a la salud se refiere, como son el hachís, la marihuana y los derivados del cáñamo, por otra. Mientras respecto a las primeras no se prevé sanción alguna, sino que el Estado aparece incluso como empresario monopolizador, obteniendo grandes beneficios tanto vía impuestos como a través de su elaboración, comercialización y venta (ej. tabaco). En el caso de las segundas, el Estado castiga toda la cadena productiva y de comercialización, además de cualquier forma de promoción, favorecimiento o facilitación de su consumo, o incluso la posesión con esos fines (arts. 368 y ss. CP). Se presenta así un conflicto de reconocimiento cultural, pues los consumidores de drogas “blandas” ilegales desean tener los mismos derechos que los consumidores de alcohol o tabaco ¿Por qué, sin embargo, unas son legales y otras no?

De acuerdo con BORJA, la diferencia entre drogas legales e ilegales es de carácter cultural y de mayor o menor permisibilidad social, de modo que se podría afirmar que, en la base de la regulación de la legislación

antidroga, realmente no existiría la pretensión de tutela de un bien jurídico, sino más bien un interés en mantener una cohesión moral en aras a imponer unos determinados comportamientos de perfección física y psíquica. Y ello porque, desde un punto de vista material, no se puede negar el perjuicio a la salud de sustancias como el alcohol o el tabaco, cuyo consumo y tráfico, sin embargo, es completamente legal. Es más, incluso el propio legislador equipara la dañosidad entre el alcohol y las drogas tóxicas en delitos como los habidos contra la seguridad vial (art. 379 CP) ¿Por qué, en cambio, el consumo de este tipo de sustancias está permitido e incluso favorecido?

Esta cuestión puede tener dos respuestas. La primera, es que no hay realmente un bien jurídico digno de protección en el tráfico de drogas, bien porque no existe o bien porque se encuentra totalmente difuso. De hecho, es paradójico que se castigue su tráfico mientras sí se permite su consumo, lo que sólo tiene como resultado un omnipresente, y cada vez más sustancioso, mercado clandestino. La segunda respuesta sería la de que sí se tutela la salud pública, ofreciéndose una explicación racional al diferente tratamiento de unas y otras sustancias, cuando todas afectan a la salud. Obviamente, según la legislación existente, esta es la vía más adecuada.

En este sentido, y centrándonos en el caso del alcohol, son varios los argumentos que desde el punto de vista social hacen imposible su penalización. En las sociedades occidentales, especialmente las mediterráneas, el alcohol forma parte de nuestra cultura y tradición, estando presente en todo tipo de celebraciones familiares, de trabajo o con amigos, e incluso en las ceremonias religiosas, lo que conlleva una mayor permisibilidad de su consumo. Además, existe un conjunto de intereses económicos, algunos muy legítimos, que impedirían la prohibición de su consumo o comercialización (ej. viticultores y los puestos de trabajo directos e indirectos que conlleva el consumo de vino en muchos países, entre ellos por supuesto el nuestro). Por no mencionar que, tal y como la historia nos ha demostrado, los intentos de prohibición, como la famosa *Ley seca* de Estados Unidos en 1919, han tenido como consecuencia más problemas que los propios derivados de su consumo (ES-COHOTADO). La consecuencia de todo esto es clara: no siempre es posible, o adecuada, la penalización de toda conducta por muy dañina que pueda parecer. Esto es lo que ocurre en el ámbito de las drogas “legales”, sobre todo tabaco y alcohol, y pese a que las muertes que se producen en cualquier país occidental por cáncer de pulmón o cirrosis hepática a causa del tabaco y el alcohol, no son nada despreciables y suponen una fuerte agresión a la salud pública. De hecho, según la OMS, la dependencia de la nicotina en el tabaco se asocia con más muertes y

problemas de salud que la existente respecto de cualquier otra sustancia psicoactiva. Luego, no es que el Estado no quiera, sino que no puede establecer restricción prohibitiva alguna entre personas adultas, pues las consecuencias de la posible criminalización son considerablemente más perjudiciales que las propias de su consumo, con lo que se “justifica” el diferente tratamiento punitivo recibido por unas drogas (legales) frente a otras (ilegales).

Parece ser, en definitiva, que la impunidad de determinadas actividades relacionadas con las drogas legales tiene su justificación en la imposibilidad de su sanción penal. O quizás la explicación sea otra, y tan simple como la de que los países ricos siguen obligando a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas no occidentales, a la vez que fomentan el consumo de las drogas propias a la suya (alcohol y tabaco).

V. INEFICACIA DE LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL Y PLANTEAMIENTO DE ALTERNATIVAS

1. INEFICACIA DE LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL PUNITIVISTA

Sea como fuere, y desde el punto de vista político criminal, la situación actual es insostenible por mucho que teóricamente esté justificada la penalización del tráfico de drogas. El debate ahora es tajante: ¿seguimos con la penalización o apostamos por la legalización?

Sin duda, nos encontramos ante un problema político criminal importante, por la situación política, social y económica que genera el tráfico de drogas, siendo muchas las personas que destrozán sus vidas y las de sus familias por la adicción a estas sustancias. La droga sigue siendo un producto muy caro, y la necesidad de su consumo se alza como un factor criminógeno de primer orden, pues la necesidad de conseguir la sustancia se encuentra detrás de más del 60% de los delitos contra la propiedad. Son también muchas las personas que siguen muriendo por el consumo adulterado de drogas, a causa de una sobredosis (en 2011 se calcularon entre 102.000 y 247.000 las muertes relacionadas con las drogas en todo el mundo) o por el contagio del SIDA a través del uso compartido de jeringuillas (en el año 2011 en Europa se notificaron 1.507 nuevos contagios por esta vía). Aún peor, el gran negocio que supone la comercialización de las drogas, genera auténticas multinacionales del crimen dedicadas a comprar y vender, no sólo este tipo de sustancias, sino también voluntades (corrupción), además de matar y presionar a quien haga falta para mantener su cuota de mercado. Es

tal su poder, que pueden incluso adueñarse del control del propio Estado. Un Estado que, para intentar hacer un mínimo frente a todo ello, tiene que destinar ingentes cantidades de dinero, pero con resultados nada esperanzadores: sólo se incauta entre un 10% y un 15% de la droga que realmente circula.

Y ello por no hablar de que, para que la conducta sea perseguible, la sustancia debe estar incorporada en las listas anexas a los distintos convenios internacionales suscritos por nuestro país, lo que requiere un proceso demasiado largo y lento, en comparación con la velocidad con la que se producen nuevas drogas de diseño. En cualquier caso, cuando al final se logra detener, procesar y condenar a alguien por ello, generalmente se trata de pequeños narcotraficantes, pertenecientes a los escalones más bajos de la organización, contribuyendo a su marginalización, mientras los “cabecillas” suelen quedar impunes. Los centros penitenciarios están llenos de los primeros, que son condenados, bien por delitos de narcotráfico a pequeña escala, bien por los delitos causados para sufragar su adicción (generalmente delitos contra la propiedad), y la política criminal adoptada a nivel mundial (liderada por Estados Unidos y la ONU), sin duda, ha contribuido a esta situación. Porque, en última instancia, este negocio es tan boyante precisamente porque es ilegal (lo mismo que ocurrió con el alcohol y la *Ley seca*). Esto es, el alto coste de las drogas se debe, precisamente, a que es un producto ilícito. Una ilegalidad que muchas veces es lo que empuja a los jóvenes a probarla, pues lo único cierto es que el consumo de drogas no deja de aumentar.

2. POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA: LA LEGALIZACIÓN DEL TRÁFICO DE DROGAS Y CONTROL ESTATAL DE SU COMERCIALIZACIÓN

Se debe iniciar, por tanto, un discusión racional y desapasionada sobre este fenómeno, y abandonar de una vez la creencia de que haciendo siempre la misma cosa el resultado puede ser diferente, porque a eso se le llama locura. Creo que los más de 40 años de continuos fracasos político criminales son más que suficientes para, al menos, plantearnos otras opciones, y siempre partiendo de que un mundo sin drogas es una utopía. Urge, en definitiva, darle un nuevo enfoque al problema, donde los elementos antropológicos, psicológicos, sociológicos, económicos y políticos deben estar presentes.

Uno de esos enfoques, y que yo comparto, es el sostenido por el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, que propone, a efectos de equiparar el consumo de drogas al consumo de otras drogas oficialmente aceptadas como el alcohol o el tabaco, la despenalización de aquellas trasladando el centro de atención al campo de la prevención de la

demanda y a la asistencia de los consumidores. Esto es, se trataría de derogar la punición del tráfico de drogas entre adultos, bajo la idea de que éstos deben tener la posibilidad de acceder legalmente a la posesión para su posterior consumo, estableciendo para ello un estricto control administrativo de producción y venta (similar a la Ley del Medicamento). Con ello, además de evitarse la adulteración de las sustancias y las correspondientes muertes por sobredosis, se conseguirían otras notables ventajas: se reduciría notablemente el poder de las grandes mafias de las drogas (que no podrían competir con los bajos costes de la producción legal); descendería de forma visible la marginación social de los consumidores; y se produciría un importante descenso de la delincuencia, y por tanto, de la población penitenciaria (al bajar los precios no sería necesario que acudieran al delito para conseguir las dosis necesarias). Por supuesto, seguirían siendo objeto de atención penal las conductas más graves como el suministro de drogas a menores de edad o a personas carentes de capacidad de decisión autónoma y las conductas relacionadas con la ilegítima elaboración, expedición, distribución y venta de drogas (como los delitos farmacológicos).

Ciertamente, esta política alternativa no acabaría con el consumo, pero con los ingresos obtenidos y los gastos no generados, el Estado podría (y debería) dedicar todos sus esfuerzos a educar, informar y prevenir a la población en relación a todos los peligros para la salud de los consumidores que supone el consumo de drogas. De hecho, los estudios de costes sobre la rentabilidad de las inversiones públicas para reducir el consumo de drogas en Estados Unidos no dejan lugar a dudas: las inversiones son mucho más productivas cuando se concretan en programas de prevención y no de represión. Tal y como las diferentes investigaciones demuestran, si queremos reducir el 1% de consumo de cocaína en el mundo hay que invertir 34 dólares por usuario, si la inversión se orienta a a prevención del consumo, mientras que si se dirige a su represión el coste se eleva a 246 dólares.

Resulta imprescindible y racional, por tanto, poner en marcha intervenciones educativas y políticas que pongan el acento en la prevención de la demanda y la asistencia a los consumidores. Esto es, políticas dirigidas también a la reducción de los riesgos y daños derivados de su consumo, y que va más allá del reparto de jeringuillas y metadona entre los adictos a opiáceos. Se trata de ofrecer también salas de consumo higiénico, programas de análisis de sustancias en zonas de ocio juvenil, que detecten posibles adulteraciones, y autorizaciones del consumo terapéutico de cannabis. Porque sin duda el consumo de drogas como el crack o la heroína siempre presentan riesgos para los consumidores, pero su consumo se vuelve aún más peligroso cuando se hace en condiciones

de ilegalidad, por no hablar de su contribución a la criminalidad, la corrupción y el clientelismo por todo el dinero que produce este negocio.

3. NECESARIOS CONTORNOS INTERNACIONALES DE LA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA

En cualquier caso, no hay dudas respecto a que el tráfico de drogas es una realidad global, transnacional o internacional, que requiere un tratamiento también internacional de la cuestión. Al igual que se ha hecho en relación con la actual política criminal de represión punitivista, en base a muchos convenios internacionales que establecían una “reglas de mínimos” —la *Convención Única sobre estupefacientes de 1961*, el *Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1971* y la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988*—, esta alternativa político criminal no tiene sentido sino la adopta toda la comunidad internacional. La adopción individualizada de esta postura no sólo no solucionaría los problemas ya existentes, sino que engendraría nuevos y más graves problemas (ej., turismo de consumo).

En este sentido, la *Recomendación el Parlamento Europeo destinada al Consejo Europeo sobre la estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012)*, considera primordial que la política nacional sobre la droga se base en conocimientos científicos relativos a los distintos tipos de droga, procediendo a la revisión de las políticas relativas a los estupefacientes. Por ello, aconseja dedicar especial atención a las políticas alternativas que hayan logrado mejores resultados en algunos Estados miembros (ej., disminución de número de fallecidos por el consumo, y protección de la salud y la reinserción social y económica de los drogodependientes). Un buen ejemplo al respecto es Holanda. Este país despenalizó el consumo de drogas blandas, asumiendo el Estado el papel de su distribución controlada, con resultados sorprendentes: han disminuido los toxicómanos infectados por VIH y también la mortalidad por sobredosis al igual que la delincuencia. En estos momentos, Holanda ocupa el tercer lugar dentro de los países como menor número de consumidores problemáticos de drogas duras y, aunque los niveles de consumo aumentaron, este país sigue en un puesto intermedio entre un universo de países que no han despenalizado. Por tanto, la despenalización no conlleva, como se temía, un aumento dramático del consumo. Algo que también han demostrado la despenalización del consumo de todas las sustancias ilícitas en Portugal, España y Luxemburgo.

Ahora bien, actualmente, y como ya vimos, ni la ONU, ni el Consejo de Europa, ni la Unión Europea parecen querer desviarse de la política criminal punitivista en materia de drogas. Confiamos en que las políti-

cas alternativas vayan ganando peso dentro de los organismos internacionales (las esperanzas están depositadas en el próximo encuentro de la UNGASS en 2019 o 2020), siendo más coherentes en la regulación de un problema que ya no cabe ser visto como satánico, propio de delincuentes e indeseables, sino como una más de las muchas debilidades humanas. Esto es, su dimensión humana no se debe obviar, por lo que, además de trabajar en la prevención con una información seria sobre las verdaderas consecuencias del consumo de drogas a medio y largo plazo, hay que abogar por un consumo responsable, y lo menos dañino posible, por parte de aquéllos que en el pleno uso de sus libertades así decidan hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS SÁNCHEZ, J., “Crimen organizado y tráfico de drogas: las rutas marítimas de la cocaína hacia Europa. La seguridad en África”, en PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Ediciones Universidad de Salamanca- Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, 2º edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; ESCOHOTADO, A., *Historia elemental de las drogas*, Anagrama, Barcelona, 2011; GALÁN-THOUMI-RAMÍREZ-VARGAS, *La batalla perdida contra las drogas, ¿legalizar es la opción?*, Edit. Intermedio, Bogotá, 2008; GALLEGO SOLER, J.I., “Contexto del tratamiento jurídico-penal del tráfico de drogas”, en MIR PUIG – CORCOY BIDASOLO, *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; MIRÓ MIQUEL, G., “La política criminal del problema droga. Etapas del problema y consecuencias de las soluciones adoptadas”, en RIVERA BEIRAS, I., (Coord.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2011; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; PÉREZ ÁLVAREZ, F., - ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L., (Dir.), *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas*, Aranzadi, Navarra, 2015; USÓ, J.C., *Drogas y culturas de masas (España 1855-1995)*, Santillana, Madrid, 1996.

CAPÍTULO 12

CRIMINALIDAD Y PODER: POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN Y LA DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO

I. DELINEAMIENTOS GENERALES

1. GLOBALIZACIÓN, CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO

La corrupción es tan vieja como el hombre, motivo por el que muchos la califican como la segunda profesión más antigua del mundo. Desde la aparición del poder, la corrupción lo acompaña como la sombra sigue al cuerpo. Quizás porque, como decía Lord ACTON, “el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente”. Y ello por no hablar de que los partidos políticos son gigantescas máquinas burocráticas que necesitan muchos medios, sobre todo para sufragar sus campañas políticas, para lo que requieren de recursos privados. El mal, en cualquier caso, no reside en el hecho de recibir un regalo, un sobre con dinero, una propina, un porcentaje o una comisión, sino en la lógica de la reciprocidad. O lo que es lo mismo, en el hecho de que si recibo algo estoy obligado a devolver el favor.

En todas las formas de Estado, los poderosos han utilizado su poder para delinquir impunemente mediante el uso de todo tipo de estrategias y argucias. En los Estados totalitarios, en concreto, la corrupción se convierte en arte de gobierno. Según ZIEGLER, sin los banqueros suizos miles de seres humanos no habrían perdido su vida durante el Tercer Reich y la II Guerra Mundial seguramente habría terminado antes. Bancos que, además de inyectar dinero a la Alemania de Hitler para comprar el armamento y material necesario a efectos de continuar

la guerra, también ayudaron a blanquear el oro y las joyas que los nazis robaron a los judíos enviados a los campos de exterminio. De su parte, en el franquismo español, el régimen acabó precipitándose en un clima de corrupción enorme con la implicación de funcionarios y jerarcas, que generalmente quedaban impunes. Hasta la política de autoabastecimiento —uno de los motivos del empobrecimiento del país— se vio acompañada por una organización del mercado negro que, previo pago, dejaba en manos del propio gobierno la concesión sistemática de licencias comerciales ilegales.

Los delitos cometidos por el poder político y económico por lo general están relacionados, directa o indirectamente, con el lucro económico. Ahora bien, mientras en los países en vías de desarrollo, donde la clase política está muy corrompida, y se roban grandes cantidades directamente de las arcas públicas (malversación de caudales) sin temor a ser procesados y condenados. En las sociedades más avanzadas los métodos son más sofisticados, al existir un mayor control de la gestión pública por los medios de comunicación, la oposición política y un cada vez mayor sector de la Justicia. En este contexto, y aunque los comportamientos más graves suelen estar relacionados con la contratación pública y con la mala gestión intencional, la corrupción pública se puede manifestar en conductas de lo más diverso: abuso del poder para beneficio propio, soborno, robo, malversación, fraude y recibo de comisiones, captación de rentas, evasión de impuestos, extorsión y solicitud de favores sexuales o de cualquier tipo, la discriminación, el clientelismo, el mecenazgo, el amiguismo, etc. Ni las universidades, las instituciones religiosas, las organizaciones internacionales o asambleas legislativas se han visto exentas de ser perjudicadas por la corrupción, convirtiéndose en el segundo motivo de preocupación de los españoles tras el paro (Barómetro del CIS).

En cualquier caso, la desregulación de la economía, tan propia de la globalización, ha favorecido el surgimiento de nuevas formas y prácticas corruptas, que se han ido maximizando y fortaleciendo gracias a las desigualdades existentes. Y no sólo en el ámbito económico internacional, sino también en los ámbitos internos, jurídico, moral o cultural, siendo los Estados los responsables directos de ello. Las más que evidentes deficiencias estructurales, constituyen el marco ideal para que los agentes corruptores realicen todo tipo de transacciones, contando además con algunos territorios (paraísos fiscales), con tal margen de impunidad, que posibilitan el que sus actividades ilícitas no sean finalmente descubiertas. Una correlación entre globalización y corrupción que es evidente, sobre todo, por dos circunstancias. De una parte, los agentes corruptores se han profesionalizado y saben elegir los sectores del sis-

tema más vulnerables (menos controlados), y que por ello les genera más rentabilidad con menos costes y riesgos. Y, de otra, han desarrollado estructuras más estables y formales para cometer sus actos, adoptando las técnicas utilizadas por la delincuencia organizada. Esto es, la corrupción moderna ha evolucionado hacia un modelo más empresarial o corporativo, mediante la creación (ficticia) de empresas, a efectos de intervenir en la economía legal y así poder blanquear las ganancias ilícitamente obtenidas. En definitiva, la corrupción también es un instrumento idóneo para el crimen organizado, el cual desarrolla e implanta sus métodos en sistemas políticos y económicos, además de en entidades financieras, policiales o judiciales, buscando una mayor impunidad.

2. LA ESPECIAL DAÑOSIDAD DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

La corrupción privada y la pública son las dos caras de la misma moneda. Sin embargo, y sin menospreciar los perjuicios que la primera genera (recordemos el escándalo de las preferentes de Bankia, cuyo rescate supuso además un gran desembolso de dinero público en plena crisis económica), no hay dudas respecto a que el ámbito en que causa más daño es el público. Y ello porque, además de atacar el cimiento de la confianza, genera pobreza y desigualdad como consecuencia de los efectos macroeconómicos negativos que conlleva.

En primer lugar, es evidente su *incidencia negativa en la distribución de la renta*, facilitando la fuga de capitales, la evasión de impuestos y el fraude, *con los correspondientes problemas para el desarrollo y aplicación de programas sociales para los más necesitados*. Porque la utilización de ingentes cantidades de dinero público para el sufragio de proyectos absurdos (museos del viento, del vino, del aceite...) o inidóneos (aeropuerto de Tarragona), los sobreprecios injustificables y las opciones poco eficientes, conllevan, obviamente, el recorte drástico de programas sociales. En segundo lugar, supone una *disminución de la inversión*, tanto nacional como extranjera, dado el aumento de los costes y el clima de incertidumbre, ocasionando una enorme reducción de las fuentes de ingreso privado que en últimas deberá ser asumido por el Estado. Esto es, en el plano económico, el empresario que no corrompe no puede competir, por lo que acaba cediendo ante el competidor desleal que, en lugar de dedicar sus recursos y esfuerzos al desarrollo de tecnologías innovadoras, medios de producción sostenible o a favorecer condiciones laborales decentes, se dedica a sobornar. Y, en tercer lugar, supone la *concentración de activos y riqueza en manos de pequeños grupos o clases*, conformados por las personas con mayor estatus económico, generando "elites" y *aumentando la desigualdad distributiva*, pues también favorece el trabajo clandestino. Y todo ello porque la corrupción pública tiene como caracte-

terística general la finalidad de favorecer desde la Administración pública intereses particulares, perjudicando con ello los intereses públicos. Esto es, la corrupción política, de la mano de la económica, se traduce en una especie de privatización de Estado, de modo que los antes gestores de los servicios públicos pasan a comportarse como si fueran los dueños de los mismos.

II. CORRUPCIÓN Y DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO

1. PODER ECONÓMICO Y CORRUPCIÓN POLÍTICA

La simbiosis entre la corrupción pública y la delincuencia de cuello blanco es evidente, sobre todo en los casos en que participan personalidades políticas (corrupción política). De hecho, lo habitual es que en el origen de la corrupción pública concurren incentivos privados. Esto es, lo habitual es que haya una empresa pública o privada, una sociedad, un *lobby* o grupo de personas interesadas en que las instituciones públicas intercedan en su favor (ej., la concesión de una obra o de un servicio público). Es más, el cobro de comisiones a cambio de favorecer al interesado, ha sido una práctica ilegal tolerada durante mucho tiempo por algunas democracias occidentales (entre otras, Alemania, Italia, Francia o España), al existir una especie de “pacto táctico” entre los grandes partidos políticos para conseguir una vía fácil de financiación (financiación ilegal de partidos políticos). Y ello por no hablar del fenómeno de la “puerta giratoria”, o lo que es lo mismo, el permanente tránsito de altos servidores públicos a empresas privadas con las que previamente tuvieron una relación institucional (por ejemplo, dos de nuestros ex presidentes, González y Aznar, forman parte de los consejos de administración de las grandes empresas eléctricas). No hay duda, por tanto, respecto a que el combate contra la corrupción nunca podrá ser efectivo sin formular también estrategias dirigidas al sector privado (ej., información pública de las contrataciones en el sector público e información de las actividades subvencionadas con ayudas públicas).

2. DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

En definitiva, el incremento, la gravedad y las dimensiones adoptadas por la criminalidad de empresa no nos permiten seguir obviándola o restándole importancia. Porque si bien en un principio la criminalidad de las personas jurídicas se circunscribió al narcotráfico y al terrorismo, actualmente está adoptando formas de criminalidad organizada y extendiéndose a ámbitos como el medio ambiente, la trata de seres humanos, el blanqueo de capitales, la pornografía y prostitución infan-

til, la inmigración ilegal, los ataques a sistemas informáticos y, por supuesto, la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Actividades que precisan de una gran logística y para lo que se adoptan las formas de la economía legal (creación de empresas), por lo que se puede afirmar que la delincuencia organizada de la globalización es una criminalidad empresarial. Una criminalidad asentada en una élite social lejana a “mancharse las manos” con vulgares delitos y que además cuentan con gran impunidad. Y no sólo por su evidente cercanía al poder político (corrupción), sino también por la ingeniería financiera con la que cuenta para hacer opacas sus transacciones, empleando para ello empresas interpuestas, despachos específicos de abogados (papeles de Panamá), consultores y asesores fiscales o gestores. En España, sin ir más lejos, son numerosas las empresas registradas cuyo objeto social se cumple de forma mínima, o no se cumple en absoluto, siendo sobre todo “tapaderas” del crimen organizado (ej., tiendas o bares en los que apenas hay trabajadores, no se suelen ver clientes, ni parece existir actividad de ningún tipo).

En definitiva, en la actualidad las conductas ilícitas que causan más daño social son sin duda cometidas por personas jurídicas. Esto es, bajo su nombre, su amparo, sus posibilidades económicas y, desde luego, bajo la sombra enorme de la ineficacia del propio sistema de justicia penal. Porque mientras vivimos un populismo punitivo sin precedentes, para las conductas cometidas por los actores individuales más desfavorecidos (tal y como hemos visto a lo largo de los capítulos precedentes), la delincuencia económica halla con frecuencia una respuesta suave por parte de la justicia —si es que no sale absolutamente impune—, confirmando lo de que “el Derecho penal es una red diseñada para atrapar a los peces pequeños dejando fuera a los grandes”. Mientras el hurto es considerado miserable por la condición social dominante, el de grandes sumas de dinero se ve con admiración y a menudo se considera no reprobable, o al menos no conveniente perseguirlo. Este es el caso, por ejemplo, de la fallida condena de Nelson Rockefeller, por haber pasado un sobre con medio millón de dólares a un funcionario público de Nueva York, donde se consideró formalmente sólo “una propina excesiva”.

En cualquier caso, lo cierto es que el Derecho penal que siempre hemos estudiado tiene como soporte al delincuente pobre, mostrándose por tanto ineficaz frente al actual marco de complejas relaciones, con un evidente y creciente protagonismo de los entes colectivos en el tráfico económico y la toma de decisiones. Es más, el carácter muchas veces transnacional de estos delitos, debido en numerosas ocasiones al propio carácter transnacional de estas empresas, dificulta sobremanera su persecución, pues se requiere el esfuerzo conjunto de la comunidad in-

ternacional, mediante políticas homogéneas y de cooperación judicial. En definitiva, el debate político criminal contemporáneo parte de la necesidad de que las personas jurídicas también respondan como sujetos activos de los delitos, siendo por tanto objeto de atención específica por parte del Derecho penal, dada su intervención en la comisión de delitos muy diversos. El problema es cómo configurar su responsabilidad, pues los instrumentos internacionales se limitan a obligar a los Estados pactantes a asumir las reformas legislativas necesarias sin dar ninguna indicación de cómo hacerlo.

III. LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA Y LA TRADICIONAL IMPUNIDAD DE LOS PODEROSOS

Nuestro país por supuesto tampoco ha sido ajeno a la criminalidad de los poderosos. En los 40 años desde la transición democrática, nos hemos visto salpicados de muchos casos de corrupción que han afectado a diversas parcelas de la actividad pública o privada: la financiación irregular de partidos políticos (casos Filesa, Naseiro, *Gürtel*, etc.), el fraude de subvenciones (caso del Lino) o fiscal, la contratación pública (casos Roldán, Palma Arena, *Gürtel*, *Nóos*) o la corrupción urbanística (caso Malaya). Esta última modalidad, en concreto, es la que más se producía en los años previos a la crisis económica, por la existencia de una concepción casi exclusivamente patrimonial del suelo por parte de los Ayuntamientos (su mayor fuente de financiación), una clara dejadez institucional en su protección y la práctica inexistencia de demoliciones frente a las irregularidades urbanísticas denunciadas y condenadas.

Ahora bien, y pese a todo el interés mediático que despiertan hechos como éstos en la sociedad española, es tremendamente difícil medir con exactitud el nivel real de corrupción, si bien uno de los instrumentos de medición más conocidos son los índices elaborados por la ONG *Transparencia Internacional*: el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), el Índice de Fuentes de Sobornos (IFS) y el Barómetro Global de la Corrupción (BGC). En cualquier caso, según el Repositorio de datos sobre procesos por corrupción ofrecido por el CGPJ, sólo en el periodo habido entre julio de 2015 y septiembre de 2016 los tribunales españoles procesaron a 1.378 personas por corrupción (muchos de ellos políticos) en un total de 166 causas. Sin embargo, a 1 de enero de 2017, y en atención a la misma fuente, sólo se encontraban en las cárceles españolas 87 personas por estos delitos (82 penados y 5 preventivos), lo que supone que apenas una 1/5 parte de los condenados (en total unos 400) acaban en prisión. Esto es, pese a que el CP castiga con penas en su mayoría de prisión, numerosos comportamientos característicos de

la corrupción, las estadísticas demuestran que las condenas por estos delitos no son frecuentes, sobre todo las que conllevan el ingreso en la cárcel, lo que causa gran frustración en los ciudadanos y les hace desconfiar de la justicia. En concreto, en materia de contratación pública y urbanismo —como los dos principales focos de la corrupción pública—, la cifra de condenas ha sido escasa en los últimos años, no correspondiéndose en absoluto con la percepción social sobre el volumen de corrupción pública. Pero, ¿por qué sucede esto? ¿Dónde está el problema?

Si partimos de que la caracterización de un acto, como corrupto o no, es sólo secundariamente un problema legal, siendo básicamente un problema político, una cuestión de poder a la hora de aprobar las normas, no debe sorprendernos la existencia de *marcos normativos que parecieran hechos a medida de los corruptos*. Normas “consensuadas” con los correspondientes grupos de presión, intencionadamente abstractas y confusas, con el fin de crear ambientes favorables para el desarrollo de sus prácticas ilícitas. Sea como fuere, iniciado el correspondiente procedimiento, es habitual encontrarse con el asunto de los *aforamientos*, que dificultan y dilatan su desarrollo. En nuestro país hay casi 18.000 aforados, lo que implica que estas causas se instruyan, y en su caso se fallen, por las Salas de lo Civil y de lo penal de los TSJ de las Comunidades Autónomas, cuando se trata de Diputados autonómicos y miembros del Gobierno autonómico; y por la Sala Segunda del TS en el caso de Diputados del Congreso, Senadores y miembros del Gobierno del Estado, entre otros. Causas que muchas más veces son *absueltas penalmente, desviándose al procedimiento administrativo*, por considerar el juez que la infracción cometida no es un ilícito penal sino una mera infracción administrativa *pese a tratarse de supuestos claros de prevaricación*. Es el caso, por ejemplo, de las adjudicaciones directas de contrato a familiares, amigos u otros militantes políticos, mediante el fraccionamiento ficticio a efectos de no superar la cantidad que permite la contratación directa y evitar así el concurso público. Algo que se ve con cierta “normalidad”, aunque lesiona el principio de igualdad de oportunidades. También es cierto que otras veces el sobreesimiento está plenamente justificado por tratarse de denuncias que sólo buscan el rédito electoral, mediante el daño a la imagen del oponente político. No es lo más habitual, pero sí se producen y ciertamente contribuyen a distorsionar mucho la realidad.

Otro gran motivo de la falta de sentencias condenatorias en casos de corrupción, se debe a la *gran concentración de causas en la etapa de instrucción, macroprocesos cuya instrucción se dilata tanto en el tiempo que acaban prescribiendo*. Con la proliferación de trámites incidentales como estrategias de la defensa, muchas de estas macrocausas acaban prescribiendo por el transcurso del tiempo. Ahora bien, pese a que la LO 5/10 de re-

forma del CP elevó los plazos de prescripción de la mayor parte de los delitos de corrupción, en 2015 se modificó la LECrim obligando a que las causas se instruyan en un plazo máximo de 6 o 18 meses, según los casos, lo que es prácticamente imposible (ej., el caso Gürtel lleva casi 10 años y aún no está cerrado), motivo por el que se le denominó Ley Berlusconi. Y más si tenemos en cuenta la *dificultad probatoria* de este tipo de procesos, añadida a la *falta de conocimientos especializados* (sobre todo contables y económico-financieros) *del personal a cargo de las investigaciones*, que por ello no saben discriminar ni valorar correctamente las pruebas (ej. la ley de contratación pública). Y es que nuestro modelo de persecución penal no es ni mucho menos apto para enfrentar delitos de esta naturaleza. Es imposible perseguir la corrupción política y los delitos económicos, con herramientas procesales pensadas para delitos convencionales y tiempos de mercaderes. La nueva criminalidad compleja y transfronteriza requiere, entre otras muchas cosas, de acuerdos de cooperación y asistencia jurídica mutua, aceleración de trámites (ej. exhorto, identificación de cuentas en el extranjero), etc.

En cualquier caso, si después de años de costosas investigaciones y largos procedimientos, por fin se logra condenar por estos delitos, nos encontramos con otro gran escollo: los indultos. Según la aún vigente *Ley del Indulto de 18 de junio de 1870*, el gobierno, sin tener que motivar en ningún caso su decisión, puede condonar total o parcialmente la pena impuesta, evitando con ello el ingreso en prisión. Ahora bien, mientras la tasa media de indultos es de 3 por cada 1000, cuando se trata de delitos de corrupción la proporción alcanza el 34 por cada 1000 (tasa que se elevó a 225 en 2006, y a casi 350 en 2000). Resultados escandalosos que sólo permiten afirmar un uso abusivo del indulto por quienes ejercen el poder político para beneficiar a empresarios y autoridades públicas (DOVAL).

En definitiva, es evidente la ausencia de un programa político-criminal contra este fenómeno delictivo, lo que no denota sino una real falta de interés en su persecución y castigo. Y es que, lo importante no es lo que digan las leyes, sino cómo se aplican por los tribunales. Esto es, de nada sirven muchas y buenas leyes anticorrupción, si éstas no son acompañadas por un real interés en su persecución y un eficaz procedimiento penal. Y la realidad es que tanto los corruptos como los delincuentes de cuello blanco parecen seguir inmunizados ante el sistema penal. Político-criminalmente, por tanto, y partiendo siempre de la necesidad de que la corrupción se debe visibilizar y denunciar, haciendo patente toda su crudeza a efectos de evitar la indiferencia frente a este fenómeno, son dos grandes frentes sobre los que hay que trabajar: la delincuencia de cuello blanco y la corrupción pública (política).

IV. MEDIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO

1. DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO Y DELITOS SOCIOECONÓMICOS

Mientras el Estado liberal propugnaba como valor esencial la propiedad privada y basaba su teoría económica en el modelo de mercado, en el Estado intervencionista el poder público participa en la economía, preservando las condiciones básicas de funcionamiento del sistema económico. En este contexto, junto a los tradicionales delitos contra el patrimonio individual (hurto, robo, apropiación indebida y estafa), aparece otro objeto digno de protección: el orden socioeconómico. La innovación más importante al respecto fue la introducción de los delitos societarios, buscando proteger a las entidades que participan en el mercado frente a las conductas de los gestores que pudieran perjudicarles. Ahora bien, la experiencia nos demuestra que estas medidas por sí solas son claramente insuficientes para atajar, aunque sea mínimamente, el problema de la delincuencia de cuello blanco.

Nos encontramos, en consecuencia, ante un nuevo ejemplo de “Derecho penal simbólico”. Ante el mero mensaje político de que se está luchando contra la corrupción y que nadie puede quedar impune, tampoco banqueros o empresarios. Y ciertamente, cada vez son más los casos instruidos y condenados (ej. Rodrigo Rato y caso Bankia, Díaz Ferrán y caso Marsans), pero aún así no es suficiente. La persecución y castigo de la delincuencia de cuello blanco no se consigue con la mera cobertura legal. Es necesario que se aplique la justicia sin interferencias, evitándose todo tipo de presiones para que los jueces sigan haciendo la vista gorda respecto de los delitos cometidos por los que más dinero tienen.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL

De su parte, y como ya adelantábamos, otro gran reto a afrontar es el de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos por ellas cometidos. En este sentido, entre las numerosas reformas del CP llevadas a cabo por la LO 5/10, sin duda una de las más relevantes fue la que introducía por primera vez en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis). Una incorporación que valoro positivamente, por considerarla necesaria en la lucha contra la criminalidad organizada que, como veíamos, está cada vez más relacionada con la delincuencia económica.

Actualmente, por tanto, ya es posible hablar de responsabilidad penal, autónoma y diferenciada, de las personas jurídicas. Ahora bien, es poca la eficacia que cabe esperar de esta nueva posibilidad sino se realizan ciertos “ajustes” en su regulación. Para empezar, sorprende que apenas pasados 4 años, y sin que hubiera recaído ni una sola sentencia condenatoria, por LO 1/15 se reformara el art. 31 bis hasta tal punto que actualmente cabe la atenuación, o incluso exención, de la pena a imponer a la persona jurídica por el mero hecho de haber adoptado y ejecutado determinados modelos y programas de prevención de delitos (“*compliance program*”). Un margen excesivamente amplio, sobre todo si hablamos de delitos cometidos por sus propios directivos. De su parte, la fórmula abierta “ni aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas” prevista en el art. 31 quinquies, podría suponer la puerta hacia la impunidad de partidos políticos y sindicatos, lo que sin duda es muy preocupante.

Por si eso fuera poco, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se prevé respecto a todos los delitos, sino sólo respecto a los supuestos expresamente previstos. Un listado en el que hay ausencias relevantes como, por ejemplo, los delitos contra los derechos de los trabajadores, las contaminaciones ambientales por imprudencia, etc.. Sería en este sentido deseable adoptar la solución aportada por los códigos belga, francés, austríaco o rumano, en los que rige el principio de generalidad, esto es, la responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a todos los delitos. Finalmente, es de destacar la escasa imaginación a la hora de prever las posibles penas a imponer a los entes colectivos, pues no se incluyen algunas que en el derecho comparado han demostrado gran eficacia. Me refiero a penas como la publicación de la sentencia en los medios de comunicación del área económica o de actividad en la que la empresa se mueve, la inscripción de la entidad condenada en determinados registros administrativos de carácter público, la prohibición de cotizar en el mercado, la prohibición de publicitarse, la pena de reparación, etc.. Nuestro CP parece pensar en la multa como única respuesta, lo que nos hace temer que ésta se llegue a asumir como un mero “gasto de empresa” a añadir en la contabilidad, despreciándose toda pretensión preventiva.

Sea como fuere, lo cierto es que desde instancias europeas no llegan tampoco directrices claras sobre cómo actuar en esta materia. El hecho de que se limiten a hablar de “medidas y sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”, sin concretar la naturaleza específica de las mismas, ha llevado a que no exista un modelo único de respuesta. Situación que, lejos de favorecer la armonización en la materia, dificulta enormemente la lucha contra la delincuencia de cuello blanco en un contexto

de libre circulación de los capitales. Y ello por no hablar de los intereses económicos que pueden llevar a colocar los entes colectivos en uno u otro Estado en el caso de empresas transnacionales. Comportamientos propios del *forum shopping*, o interés por someterse a los ordenamientos que ofrezcan la mayor protección y las menores obligaciones. Y es que la posibilidad de que los inversores se vayan a otro país es alta, y el “miedo” (o las presiones) para que eso no ocurra, puede ser la razón que esté detrás de la injustificada reforma del año 2015.

V. MEDIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

1. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN

Los delitos contra la Administración pública buscan respaldar el correcto funcionamiento de la misma, sancionando las conductas de autoridades, funcionarios y particulares que vician su eficacia o el cumplimiento de los fines que tienen constitucionalmente asignados. Estos delitos han sido reformados con la LO 1/15, que ha agravado de forma general las penas. Agravación reforzada por la introducción de una limitación para la obtención de la libertad condicional, que ahora se puede denegar si “el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado” (art. 90.4 CP). Ahora bien, para que estos delitos no se conviertan también en “papel mojado” y puedan desplegar la eficacia preventiva que de ellos se espera, es necesario solucionar ciertos problemas que su aplicación práctica aún genera.

Para empezar, hay que *delimitar bien las sanciones penales de las disciplinarias* (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público) ante la infracción cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, evitando con ello, tanto la vulneración del principio *ne bis in idem*, como las también indeseables derivaciones del Derecho penal al Derecho administrativo cuando nos encontramos ante una verdadera conducta delictiva. Se requiere, por tanto, y en aras de la seguridad jurídica, la mejor delimitación de aquellas conductas que, hoy por hoy, parecen tanto calificables como falta disciplinaria que como delito (por ejemplo, el delito de prevaricación del art. 404 CP parece coincidir con la conducta prevista en el art. 95.2.d) EBEP). En cualquier caso, y hasta que ello sea así, en estos supuestos lo más correcto es entender que entre la sanción penal y la disciplinaria existe una relación de progresión, en el sentido de que conforme al principio de *ultima ratio* la

sanción penal comprendería los casos más graves, derivándose a la falta disciplinaria los demás.

Un segundo problema es *qué debe entenderse por funcionario público y autoridad a efectos penales*, pues el concepto previsto al respecto en el art. 24 CP es más amplio que el que opera en el Derecho administrativo. Y esto resulta problemático a la hora de calificar como delito y/o falta administrativa la conducta realizada por quien, en caso de privatización de funciones públicas, tiene un vínculo orgánico con la Administración muy débil. Sea como fuere, al tratarse de delitos en su mayor parte especiales, también se plantea *el problema de la responsabilidad penal de los particulares (extraneus)*, y el modo en que esto puede afectar a la propia responsabilidad de la autoridad o funcionario público.

En todo caso, urge *prestar una atención adecuada a la penalidad*, pues sigue siendo enormemente llamativo que delitos como el de prevaricación siga castigándose únicamente con inhabilitación. La corrupción merece sancionarse con penas de carácter disuasorio, efectivas y proporcionales a la gravedad de la conducta, evitando en todo caso que un mismo hecho tenga pena inferior en el futuro, pues sería contrario a la necesidad de combatir la corrupción con mayor rigor que hasta ahora. Esto es, hay que evitar mensajes tan contradictorios (e insultantes), como el que supone acompañar un discurso político de lucha feroz contra la corrupción, con la inclusión de supuestos hiperatenuados como el introducido por LO 1/15 para la malversación de caudales (art. 434 CP). Una previsión absolutamente rechazable, y no sólo porque prevea una pena final que seguramente evite la entrada en prisión del condenado, sino porque, además, en atención al principio de retroactividad penal a favor del reo, conlleva la correspondiente revisión de sentencias con lo que no sólo beneficiará a los malversadores futuros sino también a los pasados. Y ello en el mismo CP que convierte las faltas en delitos y reintroduce la cadena perpetua en nuestro país.

En definitiva, es obvio que el recurso al Derecho penal para sancionar la corrupción no ha conseguido los resultados deseados, y ello pese a que en los últimos años se ha producido una expansión legislativa de los correspondientes tipos penales. Ahora bien, esto no es suficiente, y menos cuando se hace a tenor del escándalo de turno, con demasiada prisa y buscando exclusivamente el rédito político inmediato, lo que ha conllevado que estos preceptos contengan deficiencias técnicas que dificultan enormemente su aplicación. Sin duda, el Derecho penal puede hacer algo más, y para ello seguramente ya no son necesarios nuevos tipos delictivos (de hecho, algunos parecen sobrar dado que carecen de jurisprudencia, como el tráfico de influencias o los nombramientos ile-

gales), lo que sí se debe hacer es modificar los defectos técnicos detectados para que alcancen mayor efectividad judicial. Algo ineludible cuando del nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos se trata.

2. EL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS (ART. 304 BIS CP)

El dinero es la leche materna de la política, luego no es de extrañar que una de las formas más habituales de corrupción sea la financiación ilegal de partidos políticos mediante técnicas de lo más variado: condonación ilegal de deudas, cuentas sesgadas en las que no se computan los gastos e ingresos reales, extraños préstamos a fundaciones desconocidas, donaciones ilegales, etc. De hecho, para 51 de países de todo el mundo los partidos políticos son la institución más corrupta. Ahora bien, muchos de los líderes de partidos implicados en casos de financiación política aluden a que las conductas se hicieron por el bien del partido, como si tanto ese líder, como los consiguientes secretarios, tesoreros, consejeros provinciales y diputados no obtuvieran nada con ello. El argumento de “yo no he sido”, parece sin embargo haber convencido al Tribunal de Cuentas, como órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la *LO 8/2007, de 4 julio sobre Financiación de los Partidos Políticos (LFPP)*, pues nunca ha sancionado en firme a ningún partido, limitándose en muchos casos a declarar la prescripción de las infracciones conocidas.

Ante esta limitada eficacia de la LFPP, el Derecho penal sólo podía acudir a tipos penales como el delito fiscal, el blanqueo de capitales, el cohecho o el delito electoral, y sólo respecto de los supuestos en que se podría establecer una relación directa entre la donación y la “contraprestación del favor” (ej., concesión de una obra pública). Una prueba que es de todo menos fácil. Es por ello que, por LO 1/15, como una de las propuestas incluidas en el denominado “*Plan de Regeneración democrática*”, por fin se introduce en nuestro CP el delito de financiación ilegal de partidos políticos en el nuevo art. 304 bis. Sin embargo, este nuevo delito, configurado como una ley penal en blanco que toma como referencia el art. 5.1 de la LFPP, es también insuficiente pues se limita a convertir en delito sólo el recibir financiación privada directa, quedando fuera las condonaciones de deuda por parte de las entidades de crédito —problema de especial trascendencia en nuestro sistema de partidos, pues así adquieren estas entidades una privilegiada posición de poder sobre la voluntad de los partidos—, las operaciones asimiladas (asunción de gastos del partido por parte de terceros), las donaciones de inmuebles (por mucho valor que éstos tengan) o las donaciones a fundaciones vinculadas a partidos políticos, para las que tampoco rige el límite cuantitativo de los 50.000 euros (art. 5 LFPP).

Esto es, pese a los “cantos de sirena” de nuestros políticos en relación a su postura inflexible frente a la corrupción, lo cierto es que ahora es absolutamente legal que las empresas privadas contratistas con la Administración efectúen donaciones a las fundaciones para el pago de actividades de interés para el partido, acabando así con cualquier posibilidad de erradicar el denominado “*pay-to-play*” (o dinero a cambio de favores). Y ello porque se admite para las fundaciones lo que se prohíbe para los partidos, abriendo una vía de financiación indirecta, y además sin límites. De su parte, la pena prevista en llamativamente baja en comparación con la señalada para los otros tipos penales que venían aplicándose a estos supuestos. Es más, el que para aplicar el supuesto agravado (única forma de castigar estas conductas con prisión) haya que superar la cantidad de 500.000 euros, deja fuera la mayoría de los supuestos que sí merecerían pena de cárcel. Una cantidad 10 veces superior a la máxima permitida por la LFPP, y muy por encima de lo previsto en aquellos países que tienen tipos similares (en Estados Unidos, por ejemplo, la financiación ilegal se considera delito grave cuando supera la cifra de los 25.000 euros). Finalmente, en virtud del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, procesos ya abiertos podrían recibir, paradójicamente, un trato más benévolo que el recibido hasta ahora.

En definitiva, se trata de otro ejemplo de Derecho penal simbólico, que pretende mostrar a la sociedad una inflexibilidad frente al castigo de unas conductas que realmente no se quieren castigar, y que al final no se castigan. Hipócrita inflexibilidad que los partidos políticos no practican ni siquiera internamente, pues ni expulsan a sus miembros imputados por corrupción. Urge por tanto la reforma del delito del art. 304 bis, partiendo de que la financiación abusiva por sí misma pone en peligro la función pública, aun cuando no se conecte con ningún concreto acto político o administrativo.

V. PROPUESTAS POLITICO CRIMINALES

Como hemos visto, la política preventiva adoptada frente a los crímenes de los poderosos ha resultado claramente ineficaz, evidenciando muchas de las reformas penales un claro carácter simbólico, que incluso ha provocado un efecto “boomerang”. Esto es, en lugar de generar confianza en la ley y el sistema, el modo en cómo las reformas se han aplicado (o mejor dicho, en cómo no se han aplicado), ha llevado al convencimiento generalizado de que todos no somos iguales ante la ley.

Ciertamente es difícil que los sujetos con poder y responsabilidad se autorregulen, por lo que se hace imprescindible una apuesta fuerte por

generar normas, pero sobre todo por llevar a cabo actividades preventivas, apoyadas en suficientes recursos para vigilar su aplicación. Porque como decía TÁCITO “en un estado corrupto se hacen muchísimas leyes”, luego el gran desafío de la justicia no es aprobar más y más leyes, sino ganar en eficiencia profundizando en el Estado de Derecho, de modo que la justicia sea realmente igual para todos. Cabría hablar al respecto de tres grupos de acciones:

1. ACTUACIONES PREVENTIVAS: EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA GESTIÓN PÚBLICA Y LA NECESARIA CONCIENCIA SOCIAL

Una lucha eficaz contra la corrupción pasa necesariamente por la adopción de medidas preventivas que aborden sus causas y reduzcan las ocasiones en que se produzca. Por ejemplo, si los procedimientos de adjudicación de contratos y nombramiento de cargos no dieran tanto margen a la arbitrariedad, se cometerían menos abusos y no habría tanta necesidad de reprimirlos. El mejor control es sin duda el *interno*, el llevado a cabo por los propios órganos de la Administración pública. Si mediante la intervención y la inspección el aparato preventivo establecido funcionase debidamente, las prácticas corruptas serían casi imposibles.

Desde un prisma preventivo, por tanto, resulta esencial una *mayor y más eficaz intervención jurídico-administrativa*, dirigida al establecimiento de reglas que aseguren un funcionamiento claro y transparente del sector público; a la implantación de sistemas eficaces de control de autoridades y funcionarios y de las cuentas públicas; a la aprobación de códigos de conducta y la formación de los servidores públicos; así como a la periódica evaluación de la aplicación y conformidad de todos estos instrumentos, a cuyo efecto, la realización de auditorías sistemáticas puede ser de una inapreciable ayuda. Se deben neutralizar, en definitiva, las áreas institucionales que son campo más abonado para la corrupción, como los partidos políticos, cuya fiscalización le corresponde al Tribunal de cuentas. Y también acabar de una vez con el fenómeno de las “puertas giratorias”; o lo que es lo mismo, el permanente tránsito de altos servidores públicos a empresas privadas con las que previamente tuvieron una relación institucional. Porque si bien contamos desde hace ya una década con la *Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los Altos cargos de la Administración General del Estado*, lo cierto es que no ha evitado que 43 altos cargos se hayan integrado en los consejos de administración de las grandes empresas eléctricas.

Porque el problema no es quién debe mandar, sino cómo controlar al que manda. En este sentido, hay que valorar positivamente la *Ley*

19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que nos permite a los ciudadanos acceder a la información sobre la cosa pública. Y es que se requiere, sobre todo, la *conciencia social* sobre la gravedad de todos estos hechos mediante campañas y esfuerzos educativos, culturales y pedagógicos dirigidos al incremento de las exigencias y la censura y reproche en relación con la corrupción. Y lo cierto es que paulatinamente vamos tomando conciencia sobre que la apropiación de fondos públicos constituye apropiarse del dinero de todos los contribuyentes. Que quien roba al Estado ya no es un “listo”, sino un desalmenado que obstaculiza el bien social. Que el banquero que abusando de información privilegiada se beneficia de operaciones millonarias en bolsa, está poniendo en peligro la credibilidad del sistema financiero y perjudicando la economía del país. En definitiva, que todos ellos también son delincuentes y como tales deben ser tratados.

2. MEJORAS EN EL SISTEMA PENAL Y PROCESAL

Por supuesto, es también necesario modificar el Código penal, en aras a perfeccionar técnicamente los delitos implicados, pero lo que sin duda urge es la reforma del procedimiento penal. En él debe velarse por el cumplimiento de las garantías inherentes a un Estado social y democrático de Derecho, pues, por mucho que estos hechos creen gran estupor, el proceso penal no debe concebirse de forma diferente. Si bien el Estado de Derecho no debe dejar duda alguna sobre la voluntad de su represión, tampoco debe justificarse una utilización torcida de la justicia en la lucha contra el poder político y económico. El incremento notable de estos procedimientos, la evidente proyección social de algunos de ellos, y la dimensión que muchos adquieren (tanto por el número de delitos que se pretenden enjuiciar conjuntamente, como por la naturaleza compleja de algunos de ellos), da lugar a procesos en los que a veces parecen chirriar las normas procesales a aplicar, cuando no se producen auténticas distorsiones frente a las que debemos estar pendientes, para salvaguardar el buen fin de un proceso justo. No debemos permitir que la inercia nos lleve a ello, y debemos desterrar cualquier atisbo de diferenciación. Llevamos años reclamando una justicia igual para todos, y debemos ser consecuentes con ello. Ahora bien, no es menos cierto que un sistema procesal-penal sustentado sobre cimientos del siglo XIX, es de entrada claramente inefectivo ante un fenómeno cada vez más globalizado, especializado y conectado con formas de criminalidad organizada, lo que requiere grandes y profundos cambios.

A) *Especialización, medios e independencia de jueces y fiscales*

Para comenzar, además de apostar por una “especialización orgánica” del personal al cargo de este tipo de investigaciones y su enjuiciamiento, habrá que comenzar por dotar a la justicia penal de medios idóneos, proporcionales a la amenaza que sin duda representa la corrupción en nuestro país. Son necesarios más jueces, pero también más peritos especializados, más policía judicial experimentada en la materia y más recursos para la Fiscalía Anticorrupción, potencializando sobre todo los medios necesarios (técnicos y humanos) para recuperar los fondos ilegítimamente sustraídos al control público.

Sea como fuere, para que las figuras delictivas ya existentes sean realmente eficaces, se hace ineludible la independencia del poder judicial. La real capacidad de los jueces para enjuiciar y sancionar los delitos cometidos por políticos (funcionarios) en el ejercicio de sus funciones, y por empresarios beneficiados por la extracción ilegal de rentas públicas. Un poder judicial fuerte, independiente e inamovible, capaz de investigar y castigar la corrupción por encima de cualquier otra circunstancia. Actuando siempre dentro de la legalidad y sin la mediatización de quienes pretenden ejercer control político sobre él, tanto desde dentro como desde fuera. Una independencia que también debe llegar al Ministerio Fiscal, demasiado asociado todavía al Poder Ejecutivo, de modo que los fiscales tengan un ámbito de autonomía funcional, frente al poder interno del Fiscal General del Estado (elegido por el Gobierno). Autonomía presidida fundamentalmente por el principio de legalidad y generadora, en su caso, de la correspondiente responsabilidad criminal.

B) *La figura de la acusación popular*

De igual modo, considero figura ineludible para la persecución de este tipo de delitos la acusación popular. Aunque también hay que ponerle límites, de modo que se evite su uso por motivos espurios (políticos, económicos, etc.), el ejercicio de la acción popular ha sido decisivo en nuestra historia para la persecución procesal y posterior condena de hechos delictivos graves cometidos por personas poderosas. En concreto, fue la figura procesal utilizada por el colectivo Manos Limpias para mantener la acusación contra la ex Infanta Cristina por un supuesto delito fiscal en la trama *Nóos*. Al respecto, se quiso evitar la apertura del juicio oral contra ella, alegando la conocida como “doctrina Botín”, con la excusa tan absurda, como ética y políticamente escandalosa, de que el bien jurídico protegido por el delito fiscal no tiene naturaleza colectiva. De hecho, aún somos muchos los que temblamos al recordar la desafortunada declaración de la representante de la Abogacía del Estado, afirmando que lo de “Hacienda somos todos” no era más que un slo-

gan publicitario... Ciertamente, la ex Infanta salió finalmente absuelta, pero el mensaje preventivo general que conllevó, el verle sentada en el banquillo hasta la sentencia, no es nada despreciable.

C) Racionalización de los aforamientos

De su parte, si bien con el aforamiento se trata de proteger o garantizar la función propia del órgano legislativo o del ejecutivo en el marco de la división de poderes, es tiempo de plantear una profunda reconsideración del aforamiento, pues es más razonable el respeto al Juez predeterminedo por la ley para resolver cualquier hecho realizado por un ciudadano, sea quien sea. Se hace necesario, por tanto, abrir un debate sobre la necesidad de restringir el aforamiento, de modo que si bien podría preservarse la garantía funcional mediante un procedimiento específico en el que se valorara la verosimilitud de los hechos denunciados (una especie de comparecencia previa), una vez considerado que cabe la imputación del aforado, el procedimiento debería pasar a ser competencia del juez de instrucción correspondiente, y en su caso enjuiciarse los hechos por el Juez de lo Penal o la Audiencia provincial. Y ello porque, llegados a este punto, los hechos punibles nada tendrían que ver con su función parlamentaria y sí mucho con su desprestigio (FERRANDIS y TERUEL).

D) Revisión de la política de indultos

En relación con la política de indultos posterior a la finalización del procedimiento, la confianza en la posibilidad de acceder al perdón puede dejar sin efecto el mensaje amenazador de la pena, sobre todo cuando se trata de funcionarios o autoridades de alto nivel con conexiones políticas. Se hace por ello necesario evitar el uso arbitrario de esta figura. Para algunos la solución estaría en prohibir su concesión para estos casos, aunque lo lógico, de acuerdo con el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, es mantener la posibilidad (como para cualquier otro delito frente a casos extraordinarios) pero sometiéndole a unos límites que dificulten su uso arbitrario. Esto es, buscar la fórmula que, sin acabar con esta figura, sí evite su actual uso como instrumento alternativo de justicia a disposición del ejecutivo

E) Reforma de la legislación urbanística y medioambiental y mayor control administrativo de las irregularidades

Todos los informes internacionales destacan la presencia particularmente importante de la corrupción en el ámbito municipal, proyectada sobre todo en los excesos que se produjeron en el urbanismo y en la ordenación del territorio, para favorecer un desordenado y enloquecido auge de la construcción. En consecuencia, se hace necesario también

adoptar las reformas necesarias, administrativas y penales en materia urbanística y medioambiental, para evitar que se repita la anterior corrupción a gran escala en muchos municipios dentro de las decisiones de política urbanística.

En todo caso, no se debe olvidar que la jurisdicción contencioso administrativa es la primera línea de defensa frente a estas irregularidades. Por tanto, se requiere de ella, además de una mejor sincronización y colaboración con la jurisdicción penal, una mayor celeridad, un mayor empleo de medidas cautelares y, sobre todo, una mayor contundencia en la ejecución de sus resoluciones. En especial, y para reforzar el carácter preventivo general, las demoliciones de las edificaciones y obras ilegales deben ser obligatorias, reparando en su caso los daños provocados a terceros de buena fe.

F) La resocialización como fin de la pena

Finalmente, respecto al planteamiento que se hace sobre que la resocialización no es necesaria, pues la mayoría de estos sujetos ya se encuentran socializados, a nuestro juicio la solución no estaría, ni en reforzar el concepto retributivo de la pena como defienden algunos, ni en apostar ciegamente por los intereses preventivo generales sacrificando la prevención especial como defienden otros. Desde aquí apostamos por darle otro contenido distinto a la idea de resocialización sin abandonarla. Un concepto más amplio de resocialización, que no es simplemente el de sujetos no socializados, sino que abarcaría la capacidad para vivir en sociedad sin infringir las normas penales en general, incluso las socioeconómicas, pues con su delito han demostrado que no se motivan por la norma. Todo delincuente necesita reeducación, porque al delinquir demostró la no aceptación de las normas penales que son la base mínima e indispensable de una convivencia pacífica. En estos casos, el delito demuestra al menos el fracaso de la socialización en el ámbito concreto (negocios, política, etc.), por lo que la reeducación también aquí es necesaria (ZUÑIGA).

3. COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS Y FIN DE LAS AMNISTÍAS FISCALES

De su parte, el carácter supranacional de la corrupción requiere una respuesta judicial que actúe con agilidad por encima de las fronteras nacionales. Esto es, una política criminal impulsada por instituciones internacionales o regionales de las que España forma parte (ONU, OCDE, Unión Europea y Consejo de Europa). Porque en esta materia son ineludibles las actuaciones a nivel internacional, la implantación de espacios de verdadera colaboración judicial, tanto en la investigación como en la

extradición y la recuperación de activos, normalmente situados en paraísos fiscales. Es impostergable, en definitiva, la lucha contra los paraísos fiscales y contra la opacidad de la información bancaria, evitando el aprovechamiento de los beneficios económicos derivados de la corrupción.

Porque la política criminal a adoptar también debe buscar evitar el aprovechamiento de los beneficios económicos derivados de la corrupción. En este sentido, el *delito de blanqueo de capitales* ha sido modificado innumerables veces, regulándose con una excesiva amplitud, constitucionalmente cuestionable, pues puede llevar a castigar como iguales comportamientos que no lo son y a producir un alejamiento del bien jurídico originalmente protegido. Otro “simbólico” instrumento político para investigar y perseguir situaciones patrimoniales anómalas, que sin embargo choca con las amnistías fiscales encubiertas que suponen las regularizaciones fiscales, ofertadas de tanto en tanto por el gobierno y que privilegian a los defraudadores “amigos”. Recordemos sino la actuación llevada a cabo por el gobierno en 2010 que, al encontrarse con los nombres de 659 defraudadores de la lista *Falciani*, en lugar de abrirles una inspección fiscal, les dio un plazo para que pagaran sus deudas. Más tarde el *Real Decreto-ley 12/2012* volvió a premiar a los defraudadores, permitiéndoles regularizar los capitales evadidos y gravando la operación con un tipo impositivo muy inferior al general. Esto es, no sólo se les otorgó la impunidad, sino que se les dio un tratamiento fiscal favorable. Estas medidas no sólo contradicen de nuevo el pretendido discurso político de la inflexibilidad contra la corrupción, sino que además ofrecen una forma de blanquear al dinero, al admitir una declaración tributaria especial en la medida en que, junto a la exoneración de sanciones, intereses y recargos tributarios, se les exime también de pena, lo que obviamente nos lleva a denunciar su inconstitucionalidad.

Algo parecido sucede con la figura del *decomiso* de las ganancias provenientes del delito, y con la que se busca impedir que las personas condenadas se beneficien del producto del delito, incluso reinvirtiéndolo de nuevo en actividades ilícitas. Ahora bien, el modo en que se ha configurado finalmente la figura, supone una clara inversión de la carga de la prueba en contra del acusado que tampoco debe admitirse. A través de la figura del “decomiso ampliado”, introducido por LO 5/10, el decomiso no requiere la conexión causal entre el delito por el que se condena y los bienes, efectos y ganancias decomisadas, porque se establece una presunción de su origen ilícito en función de pruebas indiciarias. Es más, la LO 1/15 establece la inversión de la carga de la prueba, de modo que le corresponde al acusado demostrar que los bienes que se pretenden decomisar tienen un origen lícito. Y ello porque a pesar de ser consecuencia accesoria de la pena, la propia Exposición de motivos dice que

“no es una sanción penal”, para así poder justificar la vulneración del principio de presunción de inocencia que siempre supone la inversión de la carga de la prueba. Una contradicción intolerable e inadmisibles.

Sea como fuere, ¿ayudaría algo la inclusión del *delito de enriquecimiento ilícito*? La inclusión de esta figura en algunos ordenamientos, apoyada por la Convención de Mérida, suscita en España el debate sobre la oportunidad de tipificar o no esta conducta. De hacerse, se trataría de un delito construido como un delito de sospecha, y por tanto una manifestación de responsabilidad objetiva, al elevar a delito lo que en realidad constituye una prueba indiciaria: la no justificación por parte de un funcionario de un incremento patrimonial; la sospecha, por tanto, de la comisión de un hecho delictivo (BERDUGO).

En definitiva, no cabe duda que erradicar la corrupción es una tarea muy compleja, pero los obstáculos no se derivan tanto de esta circunstancia como de la falta de una voluntad política real, azuzada por una no menos real, y contundente, exigencia social. Mas valen por tanto medidas sencillas, llevadas a cabo con sinceridad, que grandilocuentes declaraciones de intenciones, casi siempre falsas desde el mismo momento en que se formulan. Y ahí los ciudadanos tenemos mucho que decir y hacer, porque la conciencia de impunidad, acompañada aún de una importante indiferencia social, que lleva a que los sospechosos de corrupción vuelvan a ser reelegidos gracias a nuestros votos, son los grandes alimentos de esta bestia que todo lo devora y aplasta.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS SÁNCHEZ, J., “Criminalidad empresarial y Derecho penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de la globalización y los llamados programas de cumplimiento efectivo”, en OLASOLO ALONSO, H., *Derecho internacional penal y humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., - MATERLLANES RODRIGUEZ, N., “Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013; BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, 2º edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; BRIOSCHI, C.A., *Breve historia de la corrupción. De la antigüedad a nuestros días*, Taurus, Madrid, 2010; BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 37, enero 2016, pp. 61 y ss; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad penal

de las personas jurídicas y la confiscación”, en *Revista Iuris et Praxis*, año 16, nº 2, 2010; CARRILLO DEL TESO, A. – MYERS GALLARDO, A., (Coord.), *Corrupción y delincuencia económica: prevención, represión y recuperación de activos*, Ratio Legis, Salamanca, 2015; CUGAT MAURI, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, transnacionalidad y *bis in idem*”, en *RGDP* 17 (2012); DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en *Revista electrónica de la AIDP*, 2011, A:05; DEMETRIO CRESPO, E., - GONZÁLEZ –CUÉLLAR SERRANO, N., (Dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, ed. Castillo de la Luna, Madrid, 2015; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Responsabilidad penal y responsabilidad política”, *Tansjus Working Paper* 2/2014; DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *InDret*, 1/2012, ([www. Indret.com](http://www.indret.com)); DOVAL-BLANCO, FERNÁNDEZ-PACHECO, VIANA Y SANDOVAL, “Las concesiones de indultos en España (2000-2008)”, en *Revista Española de Investigación Criminológica (REIC)*, n.9, 2011; FABIÁN CAPARRÓS, E., “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 16, 2011; GOMEZ RIVERO, C., (Coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2010; GORJÓN BARRANCO, M.C., “La extensión del comiso en la actualidad: algunas reflexiones”, en VALENCIA SÁIZ, A., (Coord.), *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del derecho*, Eumed.net, Málaga, 2014 (<http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/extension-comiso.html>); GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; JAREÑO LEAL, A., (Dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal*, Iustel – Ministerio de Economía, Madrid, 2014; LÓPEZ-MUÑOZ, J., *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015; MAROTO CALATAYUD, M., “Financiación ilegal de partidos políticos”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015; NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, 1997; ONTIVEROS ALONSO, M., (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; SÁNCHEZ BERNAL, J., “Nuevos perfiles de la corrupción y política criminal: los delitos de corrupción entre particulares y de fraude en el deporte en los ordenamientos jurídico-penales de España y Portugal”, en *Revista Penal*, nº 38, Julio 2016; SANZ MULAS, N., “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, en *RECPC* 19-05 (2017); SANZ MULAS, N., “Criminalidad transnacional y responsabi-

lidad penal de las personas jurídicas. La necesaria armonización en el marco de la UE”, en PÉREZ CEPEDA, A., (Dir.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La delincuencia organizada: un reto a la Política criminal actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2003; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.

CAPÍTULO 13

POLÍTICA CRIMINAL FRENTE AL TERRORISMO

“... bajo los cascos y en la zona cero comenzó a crecer una enredadera que ha terminado por cubrir todo el planeta. La flor que echa esa planta es muy venenosa. Se llama paranoia”.

M. VICENT

I. DELINEAMIENTOS GENERALES DEL FENÓMENO TERRORISTA

1. EL TERRORISMO COMO GRAN RETO DE LA POLÍTICA CRIMINAL

El terrorismo, como una de las formas más virulentas y preocupantes de crimen organizado, constituye el gran reto político criminal de la sociedad actual. Si bien este fenómeno nos preocupa ya desde hace tiempo, la vigente “cruzada internacional contra el terrorismo” se inauguró tras los atentados a las Torres Gemelas de Nueva York, el 11 de septiembre de 2001. La organización terrorista de Al Qaeda, dirigida por Oussama Bin Laden, se considera la responsable tanto de ese atentado como, entre otros, del producido en la estación de Atocha de Madrid, el 11 de marzo de 2004 y el perpetrado en el metro de Londres, el 7 de julio del año siguiente. Ambos atentados se “justificaron” por la participación activa de España y Reino Unido en la invasión de Irak. De su parte, el autoproclamado Estado Islámico (ISIS), con el atentado en París contra la revista francesa *Charlie Hebdo*, a principios de 2015, inauguró una secuencia de ataques terroristas en diversas ciudades europeas

(entre otras, Bruselas, Berlín, Niza, Múnich, Mánchester y Londres) que se han cobrado ya cientos de víctimas.

La consecuencia de todo ello, es por todos conocida: el planeta entero está en permanente estado de alarma, adoptándose políticas de seguridad basadas en el miedo. Políticas tendentes al cierre de fronteras, que están suponiendo, entre otras muchas cosas, la condena a muerte de miles de refugiados sirios huidos de la guerra y la miseria, pero a los que no se ayuda por miedo a que se “cuele” entre ellos algún *yihadista*. Esto es, la creciente interpretación de la migración como ámbito propicio para el radicalismo terrorista, lleva a considerar a los emigrantes como sujetos peligrosos y que por eso que deben ser controlados. Y a costa de sus propios derechos humanos, si es necesario (Capítulo 10).

2. EL TERRORISMO DE ETA Y EL TERRORISMO ISLÁMICO

Si bien hay otras manifestaciones de terrorismo, que van desde el terrorismo anarquista de principios de Siglo XX –que proclamaba la necesidad de luchar contra la propia existencia del Estado–, hasta el terrorismo de extrema derecha de finales de los 70 –que buscaba alterar el orden público para imponer una política interior de menor tolerancia y de mano dura (ej. los GAL, considerado elemento terrorista por el TS) –, aquí nos centraremos en dos fenómenos en concreto: el *terrorismo de ETA*, que tanto ha marcado la historia de España en el último medio siglo, y el actual *terrorismo islámico*, sustrato de la actual paranoia colectiva. Uno como problema exclusivamente interno y el otro como problema internacional.

A) *El terrorismo nacional de ETA*

Unida a otras manifestaciones europeas de terrorismo anticapitalista (la banda *Baader-Meinhof* en Alemania y las Brigadas Rojas en Italia), la banda terrorista ETA (*Euzkadi Ta Askatasuna*) nace en 1959 de la unión de una escisión de un sector radical de las juventudes del PNV y un grupo de universitarios independentistas. Desde sus orígenes ha perseguido la independencia del País Vasco y la creación de una república socialista sin clases sociales, gobernada por el proletariado vasco. Unos componentes nacionalistas e independentistas que han confluído con el ideario marxista-leninista, vinculados a la lucha armada como estrategia fundamental. O lo que es lo mismo, el aparato militar siempre se ha impuesto sobre el aparato político, comenzando sus actuaciones violentas en 1968, dándose a conocer a nivel internacional tras el atentado en 1973 del Almirante Carrero Blanco, por entonces presidente del gobierno franquista. ETA se convirtió así en el símbolo más relevante de la lucha antifranquista, siendo apoyada por muchos demócratas que se

oponían al régimen dictatorial, pensando que llegada la democracia la organización se disolvería. Sin embargo, ocurrió todo lo contrario, en la transición democrática fue cuando ETA asestó los golpes más duros al nuevo régimen constitucional, sobre todo en los años 1979 y 1980.

Y ello porque, hasta su actual práctica desaparición –en octubre de 2011 hizo público un comunicado anunciando el cese definitivo de su actividad armada, produciéndose el desarme definitivo el pasado 8 de abril de 2017–, ETA no buscaba una victoria militar, sino la desestabilización del poder estatal obligando al Estado español a aceptar las exigencias de la “Alternativa KAS”: amnistía de todos los presos de ETA con el retorno de los exiliados; legalización de todos los partidos políticos independentistas; salida del País Vasco de todas las fuerzas militares y policiales del Estado; mejora de las condiciones de vida y trabajo de la clase obrera vasca; y elaboración del nuevo Estatuto de Autonomía que reconozca el derecho a la autodeterminación previendo la inclusión de Navarra en un País Vasco independiente a corto plazo. Ahora bien, y pese a todo, la lucha armada continuaría dentro de una Euskal-Herría independiente (integrada también por los territorios del País Vasco francés) hasta eliminar la opresión burguesa estableciendo una república popular socialista. Un objetivo este último que ha ido desapareciendo al mismo ritmo que lo han hecho los sistemas de gobierno del denominado socialismo real en Europa.

Sea como fuere, a lo largo del tiempo, se ha ido evidenciando el debilitamiento de la banda, si bien ha gozado de un apoyo social claro. Al respecto no hay mejor muestra que los votos alcanzados en las diferentes elecciones por los partidos políticos que han actuado como portavoces de ETA (*Herri Batasuna, Euskan Herritarrok, Batasuna, Bildu*, etc.). En cualquier caso, su capacidad mortífera ha sido evidente, pues desde que comenzó su violencia se le atribuyen más de 800 asesinatos.

B) *El terrorismo internacional islámico*

Frente al terrorismo nacional, entendido como aquél que no trasciende los límites de la jurisdicción estatal que sirve de referencia, el terrorismo internacional se caracteriza por la extensión de sus actividades por diversas áreas geopolíticas del mundo y por la persecución de valores o intereses de la comunidad internacional en su conjunto. Ejemplo paradigmático de ello, es el terrorismo fundamentalista religioso de las organizaciones terroristas más peligrosas del planeta: *Al Qaeda* y el *yihadismo* del autoproclamado Estado Islámico (abreviado como EI), ahora sobre todo conocido como DÁESH (*al-Dawla al-Islamiya al-Iraq al-Sham*) tras el llamamiento hecho por los gobiernos occidentales a los medios

de comunicación para que no utilicen el acrónimo ISIS (del inglés *Islamic State of Irak and Syria*).

DÁESH, que cortó los lazos con *Al Qaeda* y en 2014 declaró la independencia del grupo y su soberanía sobre Irak y Siria, autoproclamándose califato musulmán, en la actualidad ocupa importantes extensiones de territorio y se comporta como un Estado soberano. Su estructura está conformada por redes asentadas en varias decenas de países, tanto dentro como fuera del mundo árabe e islámico, con capacidad para atacar en cualquier parte del planeta (Nueva York, Madrid, Londres, Bali, París, Bruselas, Estambul, Niza, Múnich, etc.). Actos de mega-terrorismo que no buscan sino afectar la estructura y distribución de poder de regiones enteras del planeta e incluso de la misma comunidad internacional. Y es que la importancia de estos grupos terroristas, no reside tanto en su capacidad operativa —que es menor de la que intentan mostrar—, como en su liderazgo mundial. Un movimiento global cuya finalidad es la instauración de un Califato o imperio político islámico, que se extienda desde el extremo occidente del Mediterráneo hasta los confines del sudeste asiático. Para ello buscan librar una guerra total, sin fronteras ni tiempos, pero con recursos limitados. Esto es, intentan imponer su programa político por la fuerza, pero carecen del poder militar necesario para combatir a sus enemigos en un conflicto convencional.

En definitiva, si bien el terrorismo *yihadista* recoge elementos del terrorismo tradicional (medios violentos, terror colectivo y finalidad política), presenta otros específicos que lo hacen más complicado de enfrentar, y que GONZÁLEZ CUSSAC resume en: su *sistema de organización en red*, disperso y con mayor autonomía, recuperándose la figura del lobo solitario, además de recurrir al terrorista suicida, lo que sin duda simplifica cualquier atentado porque no se requiere lo más complejo: la huida; un *gran manejo de las nuevas tecnologías y de la comunicación*, con disposición de enormes y sofisticados aparatos de propaganda, difusión y reclutamiento, pudiendo hablarse también de “*Uhma digital*” (redes sociales) y de guerra psicológica (ejecuciones en directo); y una *extensa red de financiación* a través de donaciones (provenientes sobre todo de Turquía, Kuwait, Catar y otros países del golfo pérsico por medio de ciertas organizaciones benéficas suníes), la venta de hidrocarburos en el mercado negro (pues controlan casi una docena de campos de petróleo y gas en Siria, algunas refinerías en Siria e Irak y el principal oleoducto que une Irak con Turquía), además de actividades propias del crimen organizado (contrabando de antigüedades procedentes de museos y vestigios arqueológicos iraníes, tráfico de mujeres y niños vendidos como esclavos, y pago de rescates de personas secuestradas).

II. POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL FRENTE AL TERRORISMO

1. CONCEPTO DE TERRORISMO: ELEMENTOS INTEGRADORES

El paso previo para adoptar cualquier política criminal en la materia, como veíamos respecto al crimen organizado (Capítulo 9), pasa lógicamente, por definir el fenómeno a regular, en este caso el terrorismo ¿Qué es el terrorismo? ¿Cuándo hablamos de terrorismo y cuando de un acto subversivo legítimo?

Por sus claras connotaciones políticas, no existe, ni existirá nunca, un concepto de terrorismo mundialmente admitido, pues además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar podría ser aplicado a realidades muy diversas en función de los intereses de cada Estado. Esto es, dependiendo de la perspectiva, unos mismos hechos pueden ser calificados tanto como terrorismo que como movimiento de resistencia, de liberación o incluso de guerra (ej. los maquis durante el franquismo). De hecho, los esfuerzos en la Unión Europea por elaborar un concepto consensuado de terrorismo han fracasado. Acuerdo imposible de alcanzar también en el escenario internacional, sobre todo por los diversos puntos de vista de Israel y de los Países Árabes. Es por ello que, en lugar de aportar una definición de terrorismo, los diferentes Tratados se limitan a enumerar los delitos a tipificar en el concreto contexto internacional protegido.

Sea como fuere, si entendemos la actividad terrorista como aquella dirigida a desestabilizar de forma violenta el sistema político-institucional, necesariamente debemos partir de la existencia de un poder estatal legítimo y democrático. Esto explicaría el repunte del fenómeno a partir de los años 70 en Europa, por tratarse de países con sistemas democráticos con alternancias de poder y respeto de los derechos humanos. En consecuencia, si se trata de un Estado autoritario o adopta cualquier otra forma no legítima, las conductas violentas encaminadas a la rebelión podrían contemplarse desde otra perspectiva e incluso justificar la lucha armada (ej. Primavera Árabe). Partiendo de esta base, se consideran elementos integradores de la actividad terrorista:

A) Estructura organizativa: las especiales características del terrorismo yihadista

La delincuencia terrorista constituye el paradigma del crimen organizado, pues es su carácter organizativo el que le confiere el carácter de es-

trategia. Por ello, el primer elemento es la existencia de una estructura organizativa fuertemente jerarquizada y con una clara distribución de roles entre los miembros y las células que integran la organización. Ahora bien, ante el fenómeno del terrorismo *yihadista*, actualmente se cuestiona si la organización debe seguir exigiéndose como uno de los elementos integrantes del delito. Porque, además de su vinculación con el Islam y el Islamismo, lo más característico de este fenómeno terrorista es su estructura organizativa más horizontal que vertical, lo que hace sumamente complicado determinar la organización terrorista y descubrir a sus miembros. Se hace por ello necesario elaborar un concepto de estructura con cuatro elementos: vinculación de los intervinientes, régimen de pertenencia, permanencia de la organización y estructura interna (CANCIO).

B) Componente ideológico: el terrorismo de Estado

En todo caso, el delito terrorista debe ser algo más que la utilización de determinados medios violentos, pues de ese modo se confundiría con el correspondiente delito común (asesinato, secuestro, daños, etc.), del que debe ser diferenciado. Esa diferencia es la finalidad política con la que la conducta delictiva se lleva a cabo. Esto es, un fuerte componente ideológico (político o religioso) es el que marca las directrices y los objetivos de la organización terrorista. En este sentido, el terrorismo de Al Qaeda y DÁESH es fundamentalista o religioso, pues luchan contra lo que ellos consideran una perversión política, cultural o religiosa por oponerse a su credo, de modo que en cada “infiel” ven un enemigo. Es más, no tiene porque tratarse de una única forma de terrorismo en estado puro. En este sentido, por ejemplo, el terrorismo de ETA sería claramente separatista o independentista, pero también podría considerarse revolucionario al pretenden implantar un sistema socialista en el País Vasco.

En cualquier caso, ¿podría hablarse también de terrorismo de Estado (ej., GAL)? La respuesta debe ser afirmativa, dado que la índole o clase de finalidad política debe ser irrelevante. Aunque lo normal es que se trate de un programa político revolucionario, transformador, eso no impide considerar también terrorismo al grupo políticamente conservador o contrarrevolucionario. Esto es, un grupo que hace de la violencia un obstáculo al cambio, ya sea al cambio legítimo en una sociedad democrática, ya el propio cambio revolucionario (LAMARCA).

C) Instrumentalización de la violencia

Finalmente, por muy perfecta que sea la estructura y muy viles que sean los objetivos perseguidos, no cabe hablar de terrorismo si los mismos

no se hacen valer a través de la violencia. Toda democracia debe tolerar asociaciones de todo tipo, incluso las que busquen su destrucción, siempre que las vías utilizadas no sean coactivas o violentas. En este sentido, el terrorismo trata de imponer por la fuerza una determinada ideología política o religiosa. Es, ante todo, una estrategia de comunicación a través de la utilización masiva de la violencia, simulando una capacidad de desafiar en términos militares al Estado que realmente no tiene. Para ello, buscando el miedo y la intimidación masivos, selecciona objetivos estratégicos y aleatorios que produzcan un temor que se extienda mucho más allá de las personas efectivamente atacadas. Algo a lo que sin duda contribuyen los medios de comunicación, con la inmensa cobertura mediática dada a los ataques terroristas producidos en los países occidentales (aún recordamos los aviones estrellándose contra las torres gemelas de Nueva York, o las personas saliendo despavoridas de la sala de conciertos *Bataclán* en París). Porque lo cierto es que cuando ocurren en Oriente el interés es mucho menor o casi nulo, y pese a que es allí donde se produce el mayor porcentaje de víctimas.

En definitiva, de los tres componentes inherentes al terrorismo, la violencia sin duda es el más importante y el que obliga a adoptar una política criminal contra este fenómeno. Ahora bien, recordemos que si esa violencia está desnuda de una finalidad política no debe hablarse de terrorismo, sino de otro fenómeno criminal. Es sumamente importante, por tanto, diferenciar el terrorismo de otras formas de violencia política o social, de carácter espontáneo, sin objetivos precisos a largo plazo y carentes de un diseño general para el uso de la propia violencia. Esto es, supuestos como la ocupación de fincas o viviendas, los piquetes de huelga, los enfrentamientos en manifestaciones políticas como las de los “indignados” o los “antisistema”, o incluso motines carcelarios, y por mucho que puedan pretender imponer determinadas decisiones a los poderes políticos. De otra forma, correríamos el riesgo de tachar como “terrorismo” toda forma de violencia con alguna relevancia política, directa o indirecta, incluso las que no pasan de ser meras e improvisadas protestas, y por ello muy lejanas a cualquier intención de formar parte de violencia estratégica orientada a la conquista o preservación del poder propia del terrorismo (LAMARCA).

2. LAS GUERRAS PREVENTIVAS Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO ESTRATEGIA INTERNACIONAL CONTRA EL TERRORISMO

Como veíamos, en los años 70 emergía el fenómeno de la violencia política y el terrorismo, frente al que los gobiernos occidentales no dudaron en aplicar fuertes medidas antiterroristas, con la elaboración de legislaciones excepcionales que se han ido recrudesciendo a la misma ve-

locidad que el fenómeno terrorista ha ido adoptando contornos internacionales. El terrorismo ha dejado de ser un “problema casero” de algunos países, para pasar a ser un problema mundial, lo que ha obligado a los Estados a tomar medidas de carácter global, evitando la formación de paraísos jurídico-penales ante una relativa falta de uniformidad en las regulaciones. Un objetivo nada fácil, ante la perenne existencia de desavenencias políticas entre los Estados que integran bloques o regiones con intereses muy diferentes (USA vs Rusia).

Sea como fuere, a raíz del 11-S el concepto de terrorismo internacional se ha confundido con el concepto de conflicto armado, lo que ha originado que la respuesta del Derecho penal al fenómeno del terrorismo internacional se entremezcle con el recurso a la fuerza armada (invasión de Irak por los marines estadounidenses con el apoyo de algunas fuerzas aliadas). Una estrategia bélica que se sigue alimentando, y más tras los últimos sucesos acaecidos en Francia, Bélgica, Alemania y Reino Unido, si bien ahora se aconseja identificar más cuidadosamente los objetivos y minimizar los daños colaterales. La actual política criminal frente al terrorismo es, en definitiva, la de las guerras preventivas, junto a toda una serie de normas penales excepcionales cuya principal característica es la minimización de las garantías penales y procesales (y qué mejor ejemplo que Guantánamo). Una tendencia antigarantista y violadora de derechos constitucionales, que nuestro país por supuesto también sigue, y lo hace hasta el punto de tachar de idealista romántico al que difiera de ella. Y eso en el mejor de los casos, porque en el peor directamente se tacha de “defensor de terroristas” (LANDROVE).

III. POLÍTICA CRIMINAL ANTITERRORISTA EN ESPAÑA

En España, al amparo del precepto constitucional que autoriza la suspensión de derechos en los casos de investigación por actuaciones terroristas (art. 55.2 CE), se han sucedido un gran número de leyes, penales y procesales, dirigidas a hacer frente a este fenómeno.

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA HACIA EL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO DE LA CONDENA (LO 7/2003)

La política criminal antiterrorista en nuestro país comenzó con la *LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de las bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución*. Esta ley, además de agravar las penas para estos delitos, equiparaba la frustración al delito consumado, fijaba penas mínimas para determinados actos delictivos y preveía atenuantes para terroristas arrepentidos. De su parte, en lo que al aspecto procesal se refería, limitaba derechos procesales bási-

cos: ampliación de los plazos de incomunicación y detención de los detenidos; restricción del derecho de asistencia letrada; facilitación de los registros policiales; interceptación de las comunicaciones privadas; y suspensión cautelar de asociaciones y cargos públicos.

Con la aprobación del actual *Código penal* en el año 95, se tipifica de forma autónoma la colaboración con los fines de la organización, donde se criminaliza el respaldo político, siendo equivalente los apoyos materiales al apoyo de las ideas, los objetivos políticos. Esto es, se posibilita el castigo de cualquier apoyo político al desarrollo ideológico de la organización. De su parte, con la *LO 7/2000, de 22 de diciembre, de reforma del CP y de la Ley Penal del Menor*, se introduce por primera vez el delito de humillación a las víctimas y al mismo tiempo se crea el delito de enaltecimiento del terrorismo, al desvincular la apología de su naturaleza de provocación indirecta del art. 18 CP. Con ello no se trataba tanto de actuar contra la actividad de las organizaciones terroristas, como de actuar contra el llamado entorno político o ideológico de dichas organizaciones. Luego el Derecho penal se usa como instrumento de control de aquellas organizaciones o colectivos que, sin recurrir al uso de la violencia, comparten los mismos objetivos políticos y planteamientos ideológicos que los que tratan de alcanzar las organizaciones terroristas.

Pero la cosa no acaba aquí, con la *LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, y con la finalidad confesada en su Exposición de motivos de aislar a los terroristas, se establece el cumplimiento efectivo de la sanción sin esperanzas en finalidades preventivas. Y ello porque se parte incluso de pensar que los beneficios penitenciarios pueden llegar a convertirse en instrumentos al servicio de los terroristas, bandas organizadas u otros delincuentes de gran peligrosidad. Esto es, con el objetivo de inocuizar a los terroristas, se modifica el límite máximo de cumplimiento de penas de prisión en el concurso real de delitos, que pasa de treinta a cuarenta años (art. 76 CP), y se crean innumerables obstáculos para que estos delincuentes accedan al tercer grado y a la libertad condicional, lo que al final lleva al cumplimiento íntegro de sus condenas, sin permisos ni acceso al tercer grado ni a la libertad condicional. De otra parte, se amplían los plazos de incomunicación para los detenidos integrantes de estos sectores, pudiendo el tribunal o juez acordar la detención o prisión incomunicadas durante un periodo de trece días (arts. 509 LECrim). Unas medidas antiguarantistas y contrarias a cualquier pretensión resocializadora que, además, se aplicaron retroactivamente, pues la Disposición transitoria dejaba claro que se aplicarían “con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o la fecha de la resolución”. Esto es,

también vulneró, sin tan siquiera sonrojarse, el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables.

2. LA LO 5/10, DE 22 DE JUNIO, Y EL CASTIGO DE LA CAPTACIÓN Y EL ADOCTRINAMIENTO

Al tratarse de un fenómeno cada vez más internacional, se busca darle a la lucha antiterrorista una orientación también internacional, y tanto respecto a sus facetas más tradicionales como las más sofisticadas y novedosas (financiación, blanqueo de capitales, secreto bancario o el uso de las redes sociales). Así, esta LO 5/10 supuso la transposición de la *Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre, para la adaptación de la regulación del terrorismo a la fisonomía de las organizaciones terroristas internacionales compuestas de grupos o células más autónomos y menos estructurados*, e hizo una profunda reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas. De este modo, se definieron los grupos y organizaciones criminales, ampliando el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista también a la captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación (castigo del acto preparatorio del acto preparatorio), y se tipifica expresamente el delito de financiación del terrorismo y la modalidad imprudente para el caso de los sujetos especialmente obligados a cooperar con la Administración en la prevención de dicha financiación. De otra parte, esta Ley, además de aumentar de forma generalizada las penas para los delitos de terrorismo, y de señalar la imprescriptibilidad tanto de estos delitos (art. 131.4 *in fine*) como de sus penas (art. 133.2 *in fine*) cuando se produzca la muerte de una persona, en su art. 96, y dentro de las medidas de seguridad no privativas de libertad, incluye la libertad vigilada (apartado 3.3^a). Una nueva medida que para los delitos de terrorismo es imperativa, y que se ejecuta con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión previamente impuesta (art. 106.2). Una medida post-penitenciaria difícilmente compatible con nuestro sistema penitenciario progresivo y cuyo incumplimiento además conlleva la comisión del delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP).

3. EL PACTO ANTITERRORISTA Y LA LO 2/15, DE 31 DE MARZO: LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO Y EL REGRESO DE LA CADENA PERPETUA

La última modificación hasta el momento es fruto del pacto antiterrorista acordado por el PP y el PSOE (al que posteriormente se adhirió Ciudadanos) y busca dar respuesta al fenómeno del terrorismo *yihadista*. Este Pacto denominado “*Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo*”, se fundamenta en la *Resolución del*

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, de 24 de septiembre de 2014. Resolución claramente basada en la cultura del “enemigo”, pues repite en 54 ocasiones el término “combatiente” refiriéndose explícitamente a su derrota mediante la fuerza militar. Notas características también de nuestra LO 2/15, que recoge expresiones propias de un entorno bélico (enemigo, fanatismo totalitario, combatientes, escenarios de conflictos bélico), evidenciándose aún más el cambio de orientación en la política criminal antiterrorista. Ahora bien, nuestro legislador, como ya casi nos tiene acostumbrados, no se ha limitado a cumplir los mandatos internacionales, sino que incluso ha ido más allá, hasta el punto de confundir lo que pueden ser medidas preventivas de carácter social, frente a la radicalización o de vigilancia policial frente al extremismo violento, con los límites y funciones del Derecho penal en un Estado de Derecho (PEREZ CEPEDA). Y ello porque:

A) Ampliación del concepto de “terrorista”

Para empezar, se da una nueva definición de delito de terrorismo buscando incluir el “terrorismo individual” (los lobos solitarios) característico del terrorismo *yihadista*. Para ello, a la hora de hablar de terrorismo no se precisa ninguna estructura que de soporte a la acción, sino que se considera terrorismo toda una serie de delitos graves contra bienes jurídicos de lo más heterogéneo (vida, integridad, libertad física y sexual, patrimonio, apoderamiento de aeronaves o buques, delitos contra la Corona, el medio ambiente, etc..), siempre que sea con la finalidad de: subvertir el orden constitucional o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o osciles del Estado u obligar a los poderes públicos a realizar actos o a abstenerse de hacerlos; alterar gravemente la paz pública; desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; y/o provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella (art. 573 CP).

En definitiva, se equipara al terrorista individual con el que esté integrado en una organización o grupo, pues lo único que importa es el elemento intencional, de modo que se calificará como terrorismo toda conducta que se lleve a cabo con cualquier de las finalidades citadas, aunque se cometan de manera individual y esporádica. Esto es, la reforma ha supuesto tal ampliación de lo que cabe entenderse por “terrorista”, que nos hace plantearnos si el terrorismo ya no se concibe como un delito político, y si cabe también calificar como terroristas a quienes sólo persiguen atentar contra el normal desarrollo de la vida ciudadana y sin la más mínima pretensión de subvertir el orden constitucional. Y es que, si ya no se requiere también la finalidad política, no podremos

distinguir el terrorismo de otros tipos delictivos comunes. Y lo que es peor, trataremos igual fenómenos absolutamente diferentes.

De su parte, mientras con la reforma del año 2010 se incluyen la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento y la formación (art. 577 CP), dejando fuera al “alumno”, ahora el castigo también se cierne respecto *al que desea ser adoctrinado o adiestrado*. Y para ello no es necesario estar integrado o estar colaborando con organización o grupo terrorista, sino que se castiga al que se prepara a tal fin. Peor aún, también se sanciona al que tiene la voluntad de adoctrinarse o formarse y pone los medios para hacerlo. Un inadmisibles adelantamiento de la intervención penal, sólo superado por el castigo de *quien se autoadoctrina o autoadiestra* —adoctrinamiento pasivo—, sancionándose también el mero acceso reiterado a páginas de Internet y la tenencia de documentos (575.2 CP), lo que generará graves problemas probatorios respecto de quien visita esas páginas por simple curiosidad o con otros móviles diferentes (ej. un trabajo de investigación académico o periodístico). Un despropósito punitivo a través de delitos de peligro abstracto y de mera actividad, que culmina con el castigo también de *quien se traslada o establezca en el extranjero con las finalidades de formarse o capacitarse*, para lo que es suficiente con que el territorio de destino esté controlado por un grupo u organización terrorista (art. 575.3 CP). Una conducta punible, por tanto, nada clara, dado que no se sabe a qué territorios se refiere el CP, si bien las detenciones hasta ahora practicadas están relacionadas con viajes programados a Siria, parte de cuyo territorio está dominado por el DÁESH.

En definitiva, se castigan meros preactos preparatorios por intereses político criminales o de prevención general, pues se presume que por realizar estas conductas pueden llegar a cometer actos terroristas, y que por ello deben ser castigados antes de que lleguen a ejecutarlo o incluso a planificar el hecho terrorista. Sospechas que no traspasan el umbral de la actividad reservada individual y donde el Estado no debería intervenir.

B) *La extensión de la punición por “colaboración”*

También se extiende el castigo a conductas como la mera colaboración, material o ideológica, con las actividades o finalidades de las organizaciones o grupos terroristas (arts. 576 y 577 CP) o la justificación o enaltecimiento del hecho en las redes sociales (art. 578). Es más, en el art. 577 CP se incluye la colaboración por imprudencia grave, que encaja muy mal con un delito inexorablemente vinculado a la acreditación de la intencionalidad entre el acto realizado y los fines terroristas. Finalmente, y por si quedara algún resquicio por el que pudiera infiltrarse la impunidad, en el art. 579 CP se castiga la difusión de mensajes idóneos para incitar a la comisión de actos terroristas. Esto es, actos preparatorios

de actos preparatorios, o actividades que, sin llegar al nivel de la provocación o la proposición para cometer delitos, ni de la inducción, inciten a otras personas a cometer estos delitos, reabriéndose el eterno debate de qué se entiende por libertad de expresión y cuáles son sus límites.

C) Ampliación del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas

En relación con este delito, las penas se endurecen y se añaden una serie de medidas punitivas y agravaciones, que buscan evitar la difusión del contenido ideológico o político, a través de Internet, de comunicaciones electrónicas o del uso de tecnologías de la información (redes sociales). Una acentuación de los rasgos de auténtico delito de opinión, característico de las democracias autoritarias, y cuya finalidad no es sino la de quitarse de en medio determinadas personas y planteamientos ideológicos o políticos. Esto es, cualquier corriente englobada en lo que hoy se podría calificar como pensamiento antisistema.

D) Incremento de las penas e incorporación de la prisión permanente revisable

Finalmente, la medida que más críticas merece es, sin duda, la incorporación de la prisión permanente revisable, como pena estrella de toda la reforma. Una pena según su propio nombre “revisable”, si bien en un sistema como el nuestro, de cumplimiento íntegro y efectivo de penas, tal revisión será poco menos que imposible. Una pena, por tanto, inoportuna y exagerada, al igual que todas las demás impuestas por la reforma, pues los delitos se pueden llegar a castigar con la misma pena con independencia del bien jurídico protegido. Una similitud punitiva, que en nada se corresponde con la enorme diferencia de penas con que se castigan cuando estas mismas conductas son cometidas sin la finalidad terrorista. Por ejemplo, en el art. 573 bis.3º se castiga con la misma pena de 15 a 20 años, el aborto, las lesiones, el secuestro, los estragos y los incendios.

4. DERECHO PROCESAL Y SUSPENSIÓN DE LAS GARANTÍAS PARA EL PRESUNTO TERRORISTA

Las excepciones, por supuesto, no acaban en el ámbito penal, sino que continúan en el procesal con: la ampliación del plazo de detención de 3 a 5 días y posible incomunicación a confirmar por la autoridad judicial en el plazo de 24 horas (art. 520 bis LECrim); en caso de incomunicación no cabe abogado de libre designación, no es posible la entrevista privada con el abogado defensor y se suspende el derecho a comunicar la detención a sus familiares u otras personas allegadas (art. 527 LECrim); es posible la detención y registro sin autorización judicial (art.

553 LECrim); se produce suspensión del cargo o función pública en caso de prisión provisional (art. 384 bis); y se suspende el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 579). De otra parte, y como ya sabemos, tanto la LECrim como la Ley de *Habeas Corpus*, niegan al presunto terrorista el derecho al juez natural del lugar de comisión de los hechos, siendo todos atribución de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional, a efectos de evitar la presión popular en el País Vasco. En definitiva, nos hallamos ante un sistema de emergencia que sustrae las más elementales garantías a las personas detenidas por un presunto delito de terrorismo.

5. LA EXCEPCIONALIDAD EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

En el ámbito penitenciario, de su parte, también son evidentes los efectos de esta cultura de la emergencia y la excepcionalidad frente al fenómeno terrorista. Aparte de la existencia de cárceles de máxima seguridad, orientadas al aislamiento y renunciando a toda finalidad resocializadora, de la política de dispersión de presos, contrariando la política general de traslados, y la creación de ficheros especiales (Ficheros de Internos de Especial Seguimiento o FIES), son muchas las especialidades habidas en relación al cumplimiento de las penas de prisión impuestas. Entre ellas, quepa mencionar: el periodo de seguridad obligatorio y sin posibilidad de vuelta al régimen general de cumplimiento (art. 36.2 CP); un límite máximo de cumplimiento excepcional de 40 años (art. 76.1.d) CP) y una serie de restricciones a la hora de volver el régimen de cumplimiento general del art. 78.2 CP); el deber de los condenados de colaboración activa con las autoridades y demás obligaciones impuestas para acceder al tercer grado de tratamiento y a la libertad condicional (arts. 76.2 LOGP y 90.8 CP); la imposibilidad de beneficiarse del adelantamiento de la libertad condicional (art. 90.8 CP); y los diversos límites de cumplimiento excepcionales para acceder a permisos de salida y al tercer grado, o a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable (art. 36.1 y 78 bis.3 CP). En definitiva, la actual cultura de la excepcionalidad también ha subvertido los principios humanistas y resocializadores de la reforma penitenciaria europea de los años 70, pasando de una finalidad resocializadora a una inocuizadora (prevención especial negativa) que busca la neutralización, incapacitación y paulatina desaparición del condenado terrorista.

6. CONCLUSIONES VALORATIVAS: TERRORISMO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Si bien se afirmaba que la cultura de la emergencia nació exclusivamente para combatir un fenómeno especial (el terrorismo), y que duraría

sólo el tiempo estrictamente necesario para ello, la realidad es que no ha sido así. Como hemos visto a lo largo de todos los capítulos, la vía de la excepcionalidad no sólo no ha terminado, sino que ha invadido otras muchas esferas de la vida y la legislación penal ordinarias (ej., delitos contra la libertad sexual de menores, crimen organizado, etc.). Las reformas llevadas a cabo en materia de terrorismo, y a las que le han seguido otras muchas en otras materias, muestran una tendencia político criminal caracterizada por la prevención de delitos antes de que se ejecuten, mediante la criminalización de sujetos peligrosos y la imposición de penas desproporcionadas. Es más, con el terrorismo *yihadista* entramos en la idea de que cabe la excepción de la excepción, esto es, se incrementan hasta el infinito las restricciones en aras a una pretendida seguridad. Quizás porque el ataque al poder sigue siendo, como desde el inicio de los tiempos, el crimen por excelencia, por más que otras conductas delictivas causen muchas más víctimas, como por ejemplo la violencia de género (LAMARCA).

En nuestra legislación lo único que parece, en definitiva, es que no interesan tanto los hechos realizados como que el que el sujeto siga o no siendo terrorista. O peor aún, que quiera o no serlo. Un adelantamiento de la intervención del Derecho penal inadmisibles, pues se pueden castigar simples manifestaciones de voluntad. Y es que ya no se requieren pruebas de la pertenencia del sujeto a una organización o grupo terrorista, sino que se castiga la posible identificación de un sujeto con una ideología, por el mero hecho de consultar de forma reiterada, o poseer, documentos que se suponen idóneos para llegar a formar parte de una organización terrorista. Nos encontramos, en consecuencia, ante un Derecho penal del autor y de la peligrosidad, cuyo principal objetivo son, no sólo los extranjeros islámicos, sino todos aquellos que, a juicio de la policía y los servicios de inteligencia, se muestran críticos y hostiles con el sistema, por lo que también acaba derivando en un Derecho penal policial, selectivo y discriminatorio. Sírvanos de ejemplo, la detención y prisión provisional de dos titiriteros por mostrar en una representación de marionetas una pancarta con el texto "*Gora Alka-Eta*", confundiendo así la realidad y la ficción, y por tener un "libro anarquista". O el incremento excepcional del número de causas y condenas por enaltecimiento del art. 578 CP, como la condena a un año de prisión a una internauta que puso en circulación, entre otros mensajes, la noticia de "Carrero Blanco, primer astronauta español".

Estamos en presencia, en definitiva, de un modelo autoritario que limita el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión, de asociación, de manifestación y reunión, el secreto de las comunicaciones, de pensamiento y movimiento. Un Derecho penal incom-

patible con un Derecho penal del hecho, pues no se centra en lo que el sujeto ha hecho, sino en lo que pueda llegar a hacer en su condición de radical. Un calificativo al que, sin embargo, se llega con el mero hecho de acceder a determinadas páginas de Internet, poseer determinados documentos o viajar a zonas extranjeras controladas por grupos terroristas (ej. detención de mujeres que viajan a Siria para casarse con los combatientes).

IV. ALTERNATIVAS POLÍTICO CRIMINALES CONTRA EL FENÓMENO TERRORISTA

Teniendo en cuenta que el efecto de la política criminal antiterrorista adoptada, ha sido precisamente el de fortalecer y legitimar coyunturalmente la acción terrorista, se hace obligado buscar otras soluciones.

1. DERECHO PENAL VS GUERRA PREVENTIVA: LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO CONSENSUADO DE TERRORISMO

Ante la actual tendencia a confundir terrorismo internacional con conflicto armado, se hace necesario distinguir con claridad entre el ámbito de actuación del Derecho penal como respuesta a este fenómeno y el ámbito de aplicación del “Derecho de guerra” como parte del Derecho internacional. Esto es, debe dejar de utilizarse el fenómeno del terrorismo internacional como excusa para justificar el recurso a la fuerza armada. En todo caso, si el Estado recurre a la fuerza bélica para enfrentarse al fenómeno terrorista, no debe olvidar que sus posibilidades de actuación en este marco están profundamente limitadas por el Derecho Internacional Humanitario (normas sobre el uso legítimo de la fuerza, el trato a los miembros del grupo armado subversivo, prohibición de la tortura y de los malos tratos, etc.). Normas que desde luego Estados Unidos no ha cumplido y, lo que es peor aún, que la comunidad internacional ha “tolerado”. Pensemos sino en Guantánamo, las cárceles y vuelos secretos de la CIA o los centros de tortura en Irak. “Espacios” donde era habitual (queremos pensar que ya no lo es) el uso de técnicas médicamente supervisadas, como el ahogamiento simulado, la alimentación e hidratación rectal, el encadenamiento de pies superior a 54 horas como parte de la privación del sueño, los desnudos integrales, el agua rociada a 44 grados *Fahrenheit* durante 18 minutos, etc.,

De otra parte, el Derecho penal en su cruzada contra el terrorismo tampoco debe obviar su carácter internacional. Es ineludible, por tanto, un concepto consensuado de terrorismo que evite las calificaciones abusivas. Hay que terminar con esta especie de “cajón de sastre” en que se ha convertido el terrorismo, esto es, con su utilización oportunista

(ej., actual situación en Turquía tras el intento de golpe de Estado en diciembre de 2016). Porque no es sólo un problema político criminal, sino también de técnica legislativa que excluya toda posibilidad de que el precepto excepcional pueda ser aplicado a situaciones para las que no fue pensado.

2. EL DERECHO PENAL GARANTISTA FRENTE AL TERRORISMO: LA RESOCIALIZACIÓN COMO FIN DE LA PENA

Sin duda el terrorismo merece una legislación especial, pero siempre dentro de los límites del debido proceso y de las condiciones de un Estado constitucional de Derecho. De hecho, la mejor opción preventiva está en la manifestación de la mayor normalidad jurídica, enviando el mensaje simbólico de que el condenado por un delito de terrorismo seguirá siendo un delincuente como otro cualquiera y nada más que eso. El reconocimiento de un estatus especial sólo puede fortalecerles en su actitud y legitimarles internamente. Esto es, reforzar su identidad de grupo, al saberse castigado por la pertenencia al mismo, lo que puede servir de acicate para que no lo abandone.

En cuanto a la posible eficacia de las penas, si bien en estos delincuentes por convicción normalmente no se encuentran síntomas de resocialización, aún así cabe interpretar la resocialización en el sentido visto en su momento para la corrupción y la delincuencia de cuello blanco (Capítulo 12). Se trataría de pretender educarlos para que no vuelvan a cometer el delito que cometieron, ya que, pese a que se puedan mostrar muy socializados en otros aspectos, en relación al delito cometido su conducta desviada prueba la no interiorización de ese grupo de bienes jurídicos. El abandono de las ideas políticas de los delincuentes terroristas o por convicción, desde luego, no puede ni debe incluirse como parte del proceso resocializador. Una resocialización democrática no puede pretender un cambio de convicciones internas, sino sólo la no comisión de delitos en el futuro. Deben recibir el mensaje de que en una democracia obviamente pueden luchar por sus convicciones políticas, pero nunca a través de la violencia.

3. LA NECESIDAD DE ACABAR CON SU FINANCIACIÓN Y DE ACTUAR SOBRE SUS CAUSAS

En cualquier caso, y haciendo honor a la verdad, no se han documentado grandes éxitos de la política criminal atribuibles a la degradación de los instrumentos penales y procesales. Más bien cabe intuir su nula eficacia frente al terrorista suicida o a redes con implantación global, estructura difusa y absoluta autonomía funcional de sus elementos, que

además se valen de la tecnología más avanzada —y más incontrolable— para planificar y difundir sus “golpes”. Es imposible vencer al terrorismo, sea cual sea su origen y finalidad, sino somos capaces de anular sus fuentes de financiación y, sobre todo, sino incidimos en las causas que están en la raíz del problema terrorista. Respecto a lo primero, no será posible acabar con su financiación sin la labor de los organismos internacionales y las actuaciones de los Estados para dotar de transparencia y efectividad las áreas más opacas. Y respecto a lo segundo, los Estados en su cruzada contra el terrorismo deben perseguir respuestas coordinadas en el marco de una cultura de auténtico multiculturalismo, o corren el riesgo de ser insuficientes. O peor aún, contradictorias (Capítulo 14).

Y ello porque resulta muy difícil, por no decir imposible, hallar un Derecho penal “antiterrorista” que sea puro Derecho penal y no también, en cierta medida, legislación normalizadora del conflicto político. Son necesarias, en consecuencia, políticas sociales que atajen las raíces económicas, políticas y culturales que están detrás de este fenómeno, promoviendo la tolerancia y el entendimiento entre civilizaciones, culturas, pueblos y religiones, previniendo su difamación.

Porque en las últimas décadas proliferan ataques de violencia política que no son sino expresión de la crisis del propio Estado de bienestar, en la medida en que el terrorismo es expresión, y no causa, de una sociedad en conflicto cuyo sistema político no ha sabido, o no ha podido, integrar plenamente a todos los individuos o clases que la componen. En este sentido, la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 8 de septiembre de 2006, presenta la “*Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo*” (A/RES/60/288), donde menciona como algunas de estas causas: “los conflictos prolongados sin resolver, la ausencia del imperio de la ley, las infracciones de los derechos humanos, la discriminación por motivos étnicos, nacionales y religiosos, la exclusión política, la marginación socioeconómica y la falta de buena gobernanza”. A este respecto, hay que aplaudir la *Alianza de Civilizaciones de las Naciones Unidas (UNAOC)*. Una iniciativa del Secretario General de Naciones Unidas que pretende mejorar el conocimiento y las relaciones de cooperación entre las naciones y pueblos más allá de culturas y religiones, y ayudar a contrarrestar las fuerzas que alimentan la polarización y el extremismo. Esta Alianza, establecida en 2005 por iniciativa de los gobiernos de España y Turquía, cuenta con el apoyo del *Grupo de Amigos* integrado por más de 100 países miembros y organizaciones internacionales. Los campos de acción prioritaria se sitúan en la juventud, educación, medios de comunicación y migración. Concretamente, se hace especial hincapié en la necesidad de integración de los inmigrantes de origen musulmán, evitando con ello el fenómeno de las

“sociedades paralelas”, verdaderos focos de radicalización y extremismo (CANO).

4. SOLUCIONES FRENTE AL RETO DE LAS SOCIEDADES PARALELAS

Se trata de las sociedades existentes en algunos barrios de las principales ciudades europeas (*Kreuzberg* y *Nukölln* en Berlín, *Slotervaart* en Ámsterdam o las *banlieues* de París), debidas a la estigmatización negativa de un determinado colectivo, así como a la constante discriminación y exclusión social de sus miembros. Sectores de extranjeros que habitando en “barrios étnicos” tienen contacto únicamente entre sí, viviendo conforme a sus propias normas y rechazando, más o menos abiertamente, los valores y reglas de la sociedad de acogida. Un asunto que, aunque viene ya de lejos, se muestra de máxima actualidad tras los ataques terroristas sufridos por Europa en los últimos años. La participación en todos ellos de inmigrantes musulmanes de segunda y tercera generación, ha reabierto el debate sobre la falta de integración de determinados colectivos en la sociedad autóctona de acogida y la creación de sociedades paralelas, colocándose el Islam como el origen o la característica más relevante de su desintegración social y su “guetización”. Algo especialmente visible en la tercera generación de migrantes, nacidos y crecidos en el país de acogida, pero sin modelos positivos que les indiquen que la vida puede transitar hacia un futuro de integración, pues ni sus abuelos ni sus padres son considerados ciudadanos de pleno derecho.

Jóvenes con pasaporte occidental, educados y escolarizados en la sociedad de acogida, que muchas veces dominan el idioma del país en el que viven, pero que no pueden encontrar un trabajo o entrar en una discoteca por su color de piel, y que son sistemáticamente abordados por la policía para identificarse, buscan en el Islam —mejor dicho su vertiente más radical y beligerante: la salafista— un sentido de comunidad y una protección frente al ambiente hostil que les ofrece el país en el que, sin embargo, han nacido. Esto es, el Islam les ofrece un espacio que les protege de la hostilidad del mundo exterior y les otorga una misión que cumplir: bien la conversión de sus padres, bien la creación de una microsociedad islámica en el seno de una no islámica, o bien la realización de la *yihad* contra los “enemigos del Islam”. Porque estos jóvenes se sienten ultrajados por el derramamiento de sangre musulmana en Irak, Afganistán, Siria y el conflicto árabe-israelí. Perciben la idea de que Occidente está librando un asalto contra el Islam y, por tanto, ven la “guerra contra el terrorismo” como una guerra que, en el fondo, se está librando contra el Islam, y por ello contra todo el pueblo musulmán. Una guerra en la que los europeos, fieles y obedientes aliados

del poder colonialista e imperialista de Estados Unidos, son en realidad cruzados contra el Islam.

En definitiva, se trata de una *reislamización* que viven como una especie de ruptura, y que además es susceptible de ampliarse gracias a las nuevas tecnologías, sobre todo Internet. Un elemento crucial para la expansión de la que ya se conoce como “generación *yihad*”, pues hace posible que sujetos separados por miles de kilómetros, y asentados en ámbitos y contextos socio-culturales distintos, puedan comunicarse e intercambiar experiencias e información, muchas veces relacionada con propaganda *yihadista*. Porque mientras en el pasado estos jóvenes alineados de sus sociedades “hervían a fuego lento” inmersos en un relativo aislamiento, incapaces de conectar o comunicarse con otros sujetos en su misma situación, hoy ese enfado es susceptible de ampliarse gracias a la tecnología del Siglo XXI. Y los resultados no se han hecho esperar, pues ya se cuentan por miles los jóvenes europeos que se han trasladado al primer frente de batalla de Siria o Irak. Se calcula que unos 720 lo han hecho desde Alemania, 562 desde Bélgica, alrededor de 500 desde el Reino Unido y más de 2000 desde Francia. En España, concretamente, desde el año 2005 han sido detenidas más de 600 personas por su vinculación con el terrorismo *yihadista* (83 sólo en el año 2016), siendo el 15% mujeres.

Tenemos por tanto un importante reto que afrontar, sobre todo respecto de los hijos y nietos de los primeros musulmanes llegados en las últimas décadas del siglo XX, y que por sus especiales características son proclives a convertirse en una provechosa “cantera” del *yihadismo*. La gran amenaza que sin duda supone el terrorismo *yihadista* para Europa, ha conducido a que los Estados se enfrenten a la ingente tarea de identificar y contrarrestar los procesos de radicalización en sus etapas más tempranas, pues resulta tremendamente importante prever cualquier atisbo de estigmatización y alineación de los jóvenes de origen inmigrante.

A) Integración y educación de los jóvenes musulmanes europeos

Es necesario empezar por contrarrestar el mensaje radical *yihadista*, difundido sobre todo en mezquitas y a través de Internet, ofreciendo a estos jóvenes algo más atractivo que lo que ofrece la organización terrorista. Como hemos visto, los déficits de integración son los factores más decisivos en los procesos de radicalización y reclutamiento *yihadista*, por tanto, una integración satisfactoria de la población inmigrante es un mecanismo vital para la prevención del extremismo y el terrorismo islamista. Es urgente, en consecuencia, ofrecerles formación escolar, la posibilidad de un empleo, y transmitirles sobre todo respeto, de

modo que se favorezca el diálogo intercultural y una cultura de tolerancia y respeto de las diferencias, cultivando en todo caso su sentido de pertenencia (Capítulo 14). Urge formar en el pensamiento crítico y si el proceso de radicalización ya está iniciado, la psicoterapia es fundamental de cara a la “desprogramación” o “desradicalización” (ej. programa Aarhus en Dinamarca).

B) Colaboración de las mezquitas y contrarranativa de la propia comunidad musulmana para acabar con la islamofobia

En cualquier caso, ¿cómo puede el Estado (de cultura cristiana) tratar el problema de la radicalización, sin que la comunidad islámica sienta que se está intentando abordar el problema por parte de personas que no entienden ni su cultura ni su religión? Es necesaria, sin duda, una colaboración de las mezquitas más profesional y objetiva que la que existe ahora, en que se trata de una relación eminentemente política y por tanto inflexible. Las mezquitas no preparan a sus fieles como ciudadanos, sino sólo para que acudan allí a rezar. Se deben por tanto llevar a cabo proyectos para crear espacios de diálogo en las mezquitas buscando dar más libertad a los jóvenes para meditar, pensar, liderar y ser responsables de la sociedad. En ellas también se debe educar a las personas para que vivan y convivan. Algo que realmente no se está haciendo, ni dentro ni fuera de ellas.

Urge, por supuesto, acabar también con la actual islamofobia, porque ésta es la mejor aliada del *yihadismo*. A quien más le interesa que haya un discurso del odio es precisamente al terrorismo, pues con ello capta a aquellos individuos desarraigados susceptibles de ser reclutados para la *yihad*. Debemos, por tanto, dejar de asimilar Islam a islamismo e islamismo a fundamentalismo, porque ni todo árabe o musulmán es islamista, ni el Islam o la religión musulmana implican una imposibilidad total de integración en nuestras sociedades. Esto es, hay que diferenciar el extremismo del Islam, pues no todas las personas que profesan el Islam son extremistas.

En este sentido, desde el ámbito político debe hacerse todo lo posible para contrarrestar toda la percepción extendida entre la población musulmana de que el Islam está siendo atacado por Occidente. La mal llamada “guerra contra el terrorismo”, debe ser reconducida de forma que no confirme la ideología de los islamistas radicales. Es fundamental, por tanto, prevenir acciones y prácticas que contribuyan a crear y consolidar el mito en torno al “sufrimiento del pueblo musulmán” y las “injusticias contra los musulmanes”. De igual modo, los medios de comunicación tienen una importante tarea en la lucha contra la islamofobia. Si uno ha nacido y crecido aquí, los medios de comunicación no

pueden bombardear con noticias de que el Islam es algo “extranjero”, uno debe sentirse como “español musulmán” “francés musulmán”, “belga musulmán”, una de las tantas combinaciones posibles entre nacionalidad y creencias.

En todo caso, la comunidad musulmana afectada debe implicarse sin reticencias en la problemática asociada a los procesos de radicalización islamista entre sus jóvenes. Esto es, para que la lucha contra el *yihadismo* tenga algún viso de eficacia, es sumamente importante la contranarrativa del propio colectivo musulmán, con sus líderes a la cabeza. Porque no son sino ellos los que, a través de la educación religiosa, deben transmitir a sus fieles los conocimientos necesarios que les permitan saber diferenciar el extremismo violento de los verdaderos valores religiosos que rigen en el Islam. Un credo religioso en el que, como todo el mundo debería saber, la convivencia, la paz y la hospitalidad son pilares fundamentales de la fe. Hay que dar voz, por tanto, voz a los musulmanes moderados en medios de comunicación escritos y audiovisuales.

En definitiva, tenemos que hacer todo lo contrario a lo que estamos haciendo, y que se limita a pretender luchar contra este fenómeno exclusivamente a través del Derecho penal y el cierre absoluto de fronteras por si se nos “cuela” algún *yihadista*. Las guerras, el hambre y la falta de oportunidades vitales hacen inevitable el traspaso poblacional desde el sur violento, pobre y deprimido al rico y pacífico norte. Algo que seguirá ocurriendo y no sin tensiones. Ya hemos empezado a vislumbrar algunas, pero teniendo en cuenta la vergonzante actuación del Primer Mundo frente a la desgracia humanitaria que está suponiendo la guerra civil en Siria y sus casi 5 millones de refugiados, me atrevería a predecir que lo peor está aún por venir.

5. PROPUESTA ALTERNATIVA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

Quepa concluir que es contraproducente afrontar el fenómeno del terrorismo *yihadista* utilizando únicamente el sistema penal como hasta ahora. El endurecimiento de las penas y la ampliación de tipicidad a cada vez más conductas, de poco van a servir para contrarrestar el fenómeno. De hecho, medidas como la prisión permanente revisable, van a tener nula eficacia preventivo general y especial cuando hablamos de actores, en la mayoría de los casos, suicidas.

Sea como fuere, partiendo de que el panorama criminológico global en materia de terrorismo ha cambiado en nuestro país, es momento de replantearse la política criminal en la materia y abogar por la desaparición de figuras específicas que ya no tienen razón de ser ante la práctica desaparición de la banda terrorista ETA (ej., injurias y amenazas a

miembros de corporaciones locales del art. 505.2 CP). Conductas que, por tanto, deberían ser reconducidas al régimen común. Por no mencionar que se requiere una redacción adecuada con los principios de seguridad y de proporcionalidad, y más aún tras la última reforma operada por LO 2/15.

En este sentido, y de acuerdo el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, urge, además de delimitar el concepto de terrorismo, y de no identificar autoría con participación, y consumación con tentativa o actos preparatorios: delimitar, objetiva y subjetivamente, el delito de colaboración terrorista (art. 577), de modo que se garantice que la aplicación de este delito no pueda dar lugar a una interferencia indebida del Estado en las libertades de expresión y asociación; suprimir el delito de apología (art. 578); suprimir el delito de difusión de mensajes y consignas (art. 579.1 CP); suprimir la tipificación del terrorismo individual; suprimir el delito de auto-adoctrinamiento y auto-adiestramiento (art. 575 CP), por su afectación manifiesta a la libertad de expresión; derogar el delito de humillación, menosprecio y descrédito de las víctimas del terrorismo (art. 578 CP), por implicar una diferencia de trato con el resto de las víctimas y, en todo caso, por poderse subsumir las conductas en otros delitos como las amenazas o injurias; revisar las sanciones previstas, conforme a los principios de proporcionalidad y de humanidad, con la eliminación de la medida de libertad vigilada y el replanteamiento de la pena de inhabilitación absoluta; derogar la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo, pues no se trata de un fenómeno delictivo cometido por organismos estatales que es lo que fundamentaría tal medida; suprimir todas las disposiciones de excepción en materia procesal y penitenciaria; y suprimir la Audiencia Nacional, pues la inactividad de ETA y el carácter internacional del terrorismo *yihadista* hacen que la justificación de su existencia haya desaparecido, lo que cabría extender a los Juzgados Centrales de Instrucción (también Juzgado Central de Menores) y del Juzgado Central de Vigilancia penitenciaria. Finalmente, y no por ello menos importante, se deben revisar las previsiones introducidas en la Ley penal del menor en materia de terrorismo, por ir en contra del principio de superior interés del menor y ostentar un claro efecto criminógeno, que parece ser el legislador no ha tenido en cuenta.

Y ello porque el fin no justifica los medios, y relativizar los principios fundamentales del Derecho penal liberal, con el objetivo de lograr una mayor eficacia, en el fondo, lo único que hace es deslegitimar el sistema punitivo y atentar contra la idea de justicia. De hecho, el TEDH ha condenado a España en varias ocasiones por no investigar de forma suficiente las denuncias presentadas por tortura, acusándonos también

de violar el principio de legalidad con la “doctrina Parot”. De su parte, el Parlamento Europeo incide en la necesidad de respetar los derechos fundamentales y adoptar medidas no necesariamente punitivas en la lucha contra el terrorismo. En este sentido, la Resolución de 11 de febrero de 2015 insta a la no radicalización de las medidas, la intensificación del control de fronteras exteriores del espacio Schengen y la mejora del intercambio de información entre los Estados. Finalmente, la tantas veces traída a colación Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, permitió que los tribunales españoles consideraran las sentencias dictadas en Francia a los efectos de los límites de la acumulación de penas. El gobierno, sin embargo, y con el propósito de restringir su efecto, incorporó una enmienda a la LO 2/14 de modo que limita los efectos de la Decisión Marco a las condenas posteriores al 15 de agosto de 2010, fecha límite de entrada en vigor de la norma internacional.

BIBLIOGRAFÍA

AMARA, F., *Ni putas ni sumisas*, 2ª edic., Ediciones Cátedra-Universita de Valencia, 2004; BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de política criminal*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia 2011; CAMPO MORENO, J.C., *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: La LO 2/2015*, Colección delitos, 113, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid, 2010; CANCIO MELIÁ – POZUELO PÉREZ (Coord.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008; CANO PAÑOS, M.A., “Las sociedades paralelas en Europa en el contexto de la inmigración y su eventual influencia en la radicalización islamista de sus miembros”, en BERNAL DEL CASTILLO, J., *Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014; CANO PAÑOS, M.A., “Relación de las Jornadas sobre Terrorismo Yihadista: Riesgos, Análisis y Respuestas”, en *RECPC*, 17-09 (2015); FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de renovación de la política criminal sobre terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985; OLÁSOLO, H., - PÉREZ CEPEDA, A., *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; PORTILLA CONTRERAS – PÉREZ CEPEDA, *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016; ROY, O., *El Islam mundializado. Los*

musulmanes en la era de la globalización, edic. Bellaterra, Barcelona, 2003; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ – DEMETRIO CRESPO (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2010; REINARES, F., “Terrorismo internacional, ¿qué es y qué no es?”, en *Política Exterior*, nº 106, 2005; SANZ MULAS, N., “De las libertades del Marqués de Beccaría, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, en *RECPC*, 14-10 (2012); SANZ MULAS, N., “Mundo globalizado y violación de los derechos humanos. Un enfoque desde el Derecho penal”, en SANZ MULAS, N., (Dir.), *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

CAPÍTULO 14

DIVERSIDAD CULTURAL Y POLÍTICA CRIMINAL

I. GLOBALIZACIÓN Y DIVERSIDAD CULTURAL

1. EMIGRACIÓN Y SOCIEDADES MULTICULTURALES: EL RETO DEL MULTICULTURALISMO

Pese a muros y fusiles las migraciones son inevitables (Capítulo 10). Desplazamientos que obligan a millones de personas a insertarse en sociedades distintas a las de procedencia, lo que aumenta de modo relevante la diversidad étnica, religiosa y cultural de las colectividades de acogida. Esto es, también característico de nuestro tiempo, son las sociedades en las que luchan por convivir razas, culturas, costumbres, religiones y tradiciones sorprendentemente diferentes. Una potencial fuente de conflictos, de encuentros y desencuentros, pues es precisamente la cultura de la globalización la que hace surgir una cultura de la diversidad y de la variación, y una mayor conciencia de las propias raíces étnicas y culturales (glocalización): es el gran reto del multiculturalismo.

2. CULTURA DE ORIGEN VS CULTURA DE ACOGIDA: LOS CONFLICTOS CULTURALES

A) Conflictos culturales y emigrantes de segunda y tercera generación: las revueltas colectivas

Mientras en las sociedades homogéneamente culturales, las normas de conducta tienden a convertirse en leyes, y disfrutar de un consenso más o menos general, en las sociedades modernas, heterogéneas culturalmente, son frecuentes las colisiones entre las normas del país de acogida y las costumbres propias de ciertas culturas. Son los *conflictos culturales*, que se manifiestan sobre todo entre los inmigrantes de segunda

y tercera generación, por encontrarse expuestos a normas contrapuestas —*desdoblamiento identitario*—. Jóvenes que viven suspendidos entre pasado y futuro, pues no se reconocen en la cultura de sus padres (generalmente portadores de valores en su mayoría superados), pero tampoco se identifican en la del país de acogida por no haber aún absorbido sus usos y costumbres, habiendo interiorizado sólo una parte de sus valores. Esto es, para estos individuos se presentan conflictos de “lealtades” valóricas, debiendo elegir entre respetar las normas y valores de su familia de origen o los de la sociedad que los acoge.

Ciertamente, en la primera generación el conflicto cultural también está presente, pero la mayor preocupación reside en insertarse para poder trabajar. Tienen asimilado que no son más que unos extranjeros y, por ello, sólo se sienten afectados por la vida política nacional cuando hay alguna reforma en materia migratoria. Sin embargo, sus hijos tienen otras exigencias, viviendo su relación con la sociedad de sus padres sólo como adhesión lejana con funciones de identificación. Una identidad a la que regresan en forma de rebelión o protesta en momentos de crisis (paro) o de agresión psicológica (racismo). Esto es, la percepción de un tratamiento injusto puede realzar los sentimientos preexistentes de diferencia, expresando de manera activa su resistencia al grupo dominante, al que desafían expresando con ello su insatisfacción por su condición social (CANO).

Recordemos sino las revueltas producidas en los suburbios de algunas ciudades francesas en el otoño de 2005. El tema central del debate era el problema de la integración de los jóvenes inmigrantes. Un conflicto de reconocimiento cultural, pues no se trataba de inmigrantes anclados en su cultura de origen, sino de jóvenes franceses, educados bajo la bandera francesa de la igualdad, pero en la práctica marginados en auténticos guetos en la periferia de las grandes ciudades (ej. *banlieues* parisinas). En definitiva, supuso la explosión de un problema de rechazo, marginación y búsqueda de reconocimiento. Algo similar sucedía en el verano de 2014 en Estados Unidos. Tras el asesinato de un joven afroamericano de 18 años, Michael Brown, por disparos de un policía blanco en Ferguson (San Luis, Missouri), se desató una ola de protestas raciales que acusaba a la policía (mayoritariamente blanca) de actuar con racismo. Situación que se repitió en julio de 2015, cuando una mujer negra, detenida por una infracción de tráfico, apareció muerta en una celda en Texas; en noviembre de ese mismo año, por la muerte de un hombre negro a manos de la policía en Minneapolis; en marzo de 2016 en Carolina del Norte por la muerte de otro hombre de color en similares circunstancias; y en repetidas ocasiones durante el verano de 2016, por iguales motivaciones.

B) Sociedades paralelas y radicalización

En algunos países receptores de inmigrantes también se advierte la formación de “sociedades paralelas”. O lo que es lo mismo, el progresivo aislamiento físico y social de algunas comunidades de inmigrantes, especialmente de religión musulmana, las cuales se retiran voluntariamente de la sociedad mayoritaria para así preservar su propia religión, grupo étnico o cultura.

En un principio, la formación de barrios de carácter homogéneo, étnica o culturalmente, no tiene porqué ser un obstáculo para la integración. Al contrario, puede actuar como “puente” para ello, ayudando a superar los problemas iniciales de aclimatación en el país de acogida, produciéndose la integración definitiva en la siguiente generación, donde los hijos de los primeros emigrantes se convierten en ciudadanos de pleno derecho. Eso, sin embargo, no ha sucedido con la inmensa mayoría de los inmigrantes musulmanes establecidos en Europa entre los años 60 y 70, donde los barrios iniciales no han sido puente, sino también destino final. Esto es, se produce una “estancada” en su integración social, de modo que con el tiempo adoptan los hábitos y costumbres de sus países de origen, y la vida religiosa se hace cada vez más notoria. Un asunto de máxima actualidad, tras los atentados terroristas sufridos en Europa durante los tres últimos años, y la participación en ellos de inmigrantes musulmanes de segunda y tercera generación (Capítulo 13). Una realidad, que nos lleva a preguntarnos sobre el papel que al respecto pueden jugar los sistemas de acogida, pues sin duda determinadas actitudes de nuestros gobiernos (ej. política migratoria) pueden fomentar la creación de tales sociedades paralelas.

II. MODELOS DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

En definitiva, siendo la multiculturalidad el rasgo más característico de las sociedades de nuestro tiempo, ¿cómo enfrentan los diferentes Estados esta diversidad cultural? En Europa la gestión de los problemas generados en las sociedades multiculturales se puede reducir a dos grandes modelos, según la diferente concepción que se maneje del principio de igualdad.

1. EL MODELO ASIMILACIONISTA FRANCÉS

La política francesa se inspira en un concepto formal de igualdad, que prescinde de las diferencias, luego opta por la integración de los inmigrantes sin preocuparse de cualquier posible resistencia a dicho proceso coactivo de asimilación. Esto es, aboga por el “afrancesamiento” de los

inmigrantes. Porque éstos asimilen la cultura del país sin trato especial ninguno en relación con sus posibles diferencias culturales. Una expresión extrema del modelo asimilacionista francés es la *Ley 228/2004, de 15 de marzo*, que, ante la polémica sobre el uso del velo en los centros educativos, prohíbe la ostentación de símbolos religiosos en la escuela. Para ello, hace incluso una reserva tanto al art. 27 del Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos de 1996, como al art. 30 de la Convención de los Derechos del Niño. Este modelo, por tanto, no evoca tanto la bienvenida a una sociedad de acogida, como la despiadada alternativa “integración vs marginación”, de modo que la integración equivale al acceso a los recursos de supervivencia (trabajo, educación, vivienda) sólo para los elegidos, socialmente elevados, mientras que los otros (la mayoría) únicamente significa sumisión a los valores de la sociedad dominante.

2. EL MODELO MULTICULTURALISTA INGLÉS

La política británica, sin embargo, se desarrolla sobre un concepto material de igualdad, que parte del reconocimiento de la existencia de diferencias, y por ello de la necesidad de admitir tratamientos diferenciales con el fin de gestionar justamente tales diferencias. Esto es, parte del reconocimiento y aceptación de la diversidad cultural, adoptando una serie de medidas que permitan a los inmigrantes conservar numerosos aspectos de su acervo cultural. En este sentido, a nivel legislativo se han adoptado algunas normas que derogan, eximen o establecen un régimen especial por la pertenencia a un grupo étnico: la *Race Relations Act of 1976*, que declara ilegal cualquier clase de discriminación, directa o indirecta, basada en la raza, el color de piel, o el origen étnico o nacional; la *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriage) Act of 1972*, que admite ciertos efectos jurídicos y la validez de un matrimonio contraído bajo una ley que permita la poligamia; *The Welfare of Animals (Slaughter and Killing) Regulations of 1995*, que permite a musulmanes y judíos sacrificar los animales según sus tradiciones (arts. 21 y 22); y la *Road Traffic Act of 1988* (secc. 16.2) y la *Employment Act of 1989* (secc. 11), que permiten a los *Sikhs* portar el turbante, en lugar del casco, cuando vayan en moto o cuando están trabajando.

Sea como fuere, ninguno de los dos modelos se ha aplicado de forma pura, ni siquiera en los países de referencia, sino que se ha producido un contagio entre ambos, no pudiendo evitar ninguno de los dos la marginación de los inmigrantes. De hecho, el modelo inglés está sufriendo un preocupante giro conservador, materializado en el triunfo del *Brexit* en junio de 2016, legitimando con ello el discurso ultraderechista de focalizar en la inmigración la causa de todos los problemas. Un discurso

que temo crecerá tras los atentados sufridos en el primer semestre de 2017 en Londres y Manchester, siendo cada vez más comunes los comportamientos xenófobos en unos ciudadanos otrora caracterizados por su mente abierta y multicultural.

De entrada, en cualquier caso, parece preferible el modelo multiculturalista, pues concibe la integración en un doble sentido: la minoría debe adaptarse a la mayoría, pero también ésta debe estar dispuesta a ofrecer condiciones más justas de adaptación. Porque cuanto más perciban los emigrantes que su acervo cultural original es respetado en su nuevo hogar, y cuanto menos perciban que ofenden, son expulsados, amenazados o discriminados debido a su identidad diferente, tanto más dispuestos estarán a abrirse a las ofertas culturales del nuevo país y tanto menos se aferrarán convulsivamente a sus propios hábitos separados.

Pero, ¿qué ocurre en España?, ¿cómo se está enfrentando nuestro país al reto que supone la cada vez mayor multiculturalidad de nuestra sociedad?

3. LA POSICIÓN CONTRADICTORIA DE ESPAÑA FRENTE AL MULTICULTURALISMO: EXPULSIÓN VS PROTECCIÓN DEL EXTRANJERO

Nuestro país, con carácter general, no cabe ser ubicado dentro del modelo asimilacionista puro, pues reconoce algunas disposiciones que excepcionan el régimen general por razones culturales. Es el caso, por ejemplo, de la autorización legal para sacrificar animales fuera de mataderos (art. 6.3 de la *Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio*), la adecuación del calendario laboral con el respeto del *Sabat* y de otras festividades judías (art. 12 de la *Ley 25/1992, de 10 de diciembre, que ratifica el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España*), o la solución adoptada frente al conflicto generado por el uso del velo en las escuelas, haciendo prevalecer el derecho a la educación de las niñas sobre la normativa interna de los centros escolares. Ahora bien, aunque la convivencia con los inmigrantes es generalmente pacífica, ésta se lleva a cabo, sin embargo, en un clima de separación y alejamiento. España, como el resto de Europa, se aferra a la política inmigratoria restrictiva, basada como vimos en el cierre de fronteras, en la negación de derechos civiles y políticos, en el rechazo de políticas de discriminación positiva para los inmigrantes, en la restricción de la residencia y la ciudadanía para los recién llegados y en la expulsión o el retorno “voluntario” (Capítulo 10), sobre todo de los colectivos de inmigrantes no deseados por no considerarse “no integrables” —filtro étnico—.

No se ha logrado, por tanto, diseñar una política diáfana y consecuente en materia de acogida e integración de los inmigrantes, encontrándonos incluso con normas contradictorias entre sí. Esto es, al igual que nuestros países vecinos, ante el temor a una oleada migratoria se ha adoptado una política de extranjería claramente restrictiva, al mismo tiempo que, irónicamente, se elaboran leyes y nos adherimos a tratados antirracistas y de fomento del respeto de los derechos humanos.

III. MULTICULTURALISMO Y DERECHO PENAL

Y es que el multiculturalismo también supone un importante reto para el Derecho penal, tradicionalmente construido sobre los valores de una sociedad (erróneamente) considerada homogénea, pero que hoy no tiene más razón de ser ante la evidencia de una gran mayoría de Estados pluriculturales.

Cuando la globalización no sólo traspasa las fronteras nacionales sino también las socioculturales, la pregunta a formularse es la de cómo debemos reaccionar ante los extranjeros, especialmente los “exóticos”, provenientes de una cultura jurídica distinta: ¿tienen los Estados derecho a aplicar su Derecho penal más allá de las fronteras culturales? En todo caso, ¿hasta dónde una sociedad democrática puede tolerar comportamientos que colisionan con aquellos que esa sociedad ha reconocido como suyos? Si es consustancial a una sociedad democrática la tolerancia, ¿dónde se fija el límite? ¿Dónde se limita la libertad de expresión? ¿Qué sucede con aquellos actos que son consentidos dentro de un contexto cultural pero delictivos en la sociedad en la que se insertan?

1. ACTUACIONES FRENTE AL RACISMO Y LA DISCRIMINACIÓN: LOS DELITOS DE ODIO

A) Planteamiento del problema

Como veíamos, los primeros movimientos migratorios de finales de los 80 y principios de los 90, no conllevaron graves problemas de integración porque se necesitaba mano de obra (Capítulo 10). Ahora bien, la segunda corriente migratoria producida a finales del siglo XX, producto de la desesperación y el hambre, no es sin embargo deseada, y en los países occidentales han aparecido fuertes brotes de racismo y xenofobia en algunos sectores de la población étnicamente mayoritaria. Una situación además avalada por el auge de la extrema derecha política, que con su discurso xenófobo y racista presenta a la inmigración ilegal como la causa de todos los problemas de paro, inseguridad ciudadana, reparto inequitativo de las ayudas sociales, etc. Esa ha sido, al menos,

la gran justificación del éxito del *Brexit* en Reino Unido, tras el cual se están empezando a producir ataques xenófobos y racistas en una sociedad hasta ahora caracterizada, precisamente, por su tolerancia. Y también tiene mucho que ver con el triunfo de Donald Trump en las últimas elecciones estadounidenses.

Se trata, sea como fuere, de una presentación distorsionada de la realidad, a la que, por supuesto, contribuyen los medios de comunicación generando la correspondiente alarma social (ej. la falsa atribución a refugiados sirios de los atentados de París de noviembre de 2015, de los producidos en Bruselas el pasado mes de marzo, y de la gran mayoría de las agresiones sexuales producidas en la Nochevieja de 2015 en la ciudad alemana de Colonia). Recordemos que la relación delincuencia-inmigración es uno de los “frames” más poderosos (Capítulo 5). Lo que aquí nos interesa, en cualquier caso, son las manifestaciones violentas de dicha discriminación y el modo en que las políticas criminales reaccionan frente a tales conductas.

En países como Inglaterra, Holanda o Alemania bandas de *skin-heads* y pandillas de jóvenes de ultraderecha, atacan a ciudadanos de color o de procedencia árabe o hindú simplemente por su origen o aspecto externo. De su parte, en Francia e Italia aparecen los conocidos como “comités de autodefensa”, integrados por grupos de ciudadanos que se defienden de la inseguridad criminal, pero que acaban en muchos casos haciendo su propia justicia contra determinados grupos de personas de otro color de piel y etnia. También se producen incendios a albergues de refugiados (tras los atentados de París), lesiones en grupo e incluso homicidios. De igual modo, debemos referirnos a las denominadas injurias colectivas o ataques verbales a todos los miembros de una comunidad étnica o religiosa, y que son la base del discurso político del nuevo y creciente radicalismo populista europeo (el Frente Nacional francés, el Partido Liberal austriaco, los Republicanos en Alemania, etc.). Por último, quepa aludir el creciente fenómeno de la negación del Holocausto judío, y que es conocida como “la mentira de Auschwitz”. Esto es, autores de ideología nacionalsocialista que niegan la existencia del genocidio judío durante la Segunda Guerra Mundial, suponiendo el resurgimiento de un fuerte brote de antisemitismo, inexplicable porque los judíos europeos no son extranjeros en los países en que residen.

En lo que a nuestro país se refiere, las actitudes discriminatorias que tienen una especial gravedad, y por ello son penalmente relevantes, responden a hechos como la distribución de material bibliográfico racista, la difusión de programas políticos, la formación de asociaciones ideológicas de la misma naturaleza, etc.,

B) *Los delitos de odio en el CP español (art. 510 CP)*

Como no podía ser de otra manera, son muchas las medidas antirracistas libradas para hacer frente a este creciente fenómeno: manifestaciones de apoyo de miles de ciudadanos a las minorías perseguidas, publicidad en los medios de comunicación, programas de intercambio cultural, estudio de los derechos humanos en todos los niveles educativos, etc. Concretamente en Europa, se han puesto en marcha observatorios cuya finalidad es sacar a relucir el contorno internacional del fenómeno, a efectos de ofrecer una respuesta jurídica adecuada según las conclusiones extraídas de los correspondientes estudios anuales. En España contamos con el *Observatorio español del racismo y la xenofobia* y la lucha contra la discriminación y el odio también ha sido el motivo de la creación de servicios especializados en la materia dentro de las fiscalías provinciales.

Por supuesto, también a nivel penal se han buscado soluciones frente a la violencia racista y xenófoba, debiéndose adaptar las políticas criminales a la exigencia de proteger, tanto los derechos propios de las minorías, como evitar la discriminación de las personas por su pertenencia a dichos grupos. En Europa, frente a la difusión de mensajes racistas y xenófobos, la solución mayoritariamente adoptada ha sido la de crear figuras delictivas de peligro abstracto, que sancionan la exteriorización de toda idea o expresión que busque alimentar el odio racista: son los conocidos como *delitos de odio*. Delitos justificados en el “discurso del odio” elaborado por el TEDH (citado expresamente por la *Recomendación núm. R (97) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de octubre de 1997*), y que parece prohibir cualquier expresión que pueda engendrar odio por discriminación. Ahora bien, según la interpretación que el propio TEDH viene realizando, en la búsqueda de un equilibrio entre la tipificación de la incitación a la discriminación o al odio (*hate speech*) y la libertad de expresión (*freedom of speech*), no se recomienda la extensión del castigo a conductas distintas a la incitación directa a la discriminación, intimidación, violencia o lesión efectiva de la dignidad del colectivo. Pero, ¿se ajusta nuestra legislación a dichas recomendaciones internacionales?

Nuestra Constitución reconoce el principio de igualdad y rechaza toda forma de discriminación en su art. 14, buscando su protección a través de diversas herramientas, entre ellas el CP. En concreto, a través de los conocidos como “delitos de odio” previstos en el art. 510 CP, con lo que el “circuito penal del odio” queda conformado por la agravante genérica discriminatoria (art. 22.4 CP), el art. 615 que sanciona los actos preparatorios contra la comunidad internacional (incitar directamente al genocidio, delitos contra el derecho de gentes, lesa humanidad, contra

personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), y el art. 510 que recoge los supuestos de *incitación indirecta* con móviles discriminatorios respecto a dichos delitos. La redacción dada a este artículo por LO 1/15 es, por tanto, bastante más amplia de lo que hubiera sido necesario y deseable, suponiendo un recorte de los derechos fundamentales, concretamente de la libertad de expresión.

La libertad de expresión tutela cualquier juicio, idea o pensamiento, incluso aunque este sea producto de un prejuicio racista o xenófobo. El límite está determinado por el propio contenido de ese derecho y el respeto de otros valores constitucionales como la dignidad de la persona. Esto es, cuando la libertad de expresión se utiliza para menospreciar a una persona o colectivo por razón de su origen o pertenencia, no hay ni tan siquiera un conflicto de intereses pues no existe ningún derecho fundamental a lesionar otro derecho fundamental. La legislación anti-racista está, por tanto, constitucionalmente legitimada. Otra cuestión es el modo en que se redacten los tipos penales correspondientes, y en este sentido el Derecho penal antirracista español presenta importantes rasgos de Derecho penal de autor, lo que nos lleva a cuestionar la legitimidad de alguno de estos delitos, caracterizados como *delitos de opinión*.

Esto es, nuestro CP no sigue la tendencia internacional a proteger el derecho a no ser discriminado, mediante la prohibición de comportamientos lesivos o dirigidos a la incitación directa a la discriminación o violencia con móviles discriminatorios, evitando sancionar el mero ejercicio de la libertad de opinión, expresión o ideológica, que de forma indirecta pueda llegar a generar odio hacia tales colectivos. La actual configuración del art. 510 CP no se ajusta, por tanto, a la *Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008*, pues ésta sólo sanciona los supuestos de incitación pública al odio y violencia. De igual forma, la actual regulación tampoco se ajusta a la línea iniciada por la STC 235/2007, pues mientras el TC admite la constitucionalidad de la incitación indirecta, sólo cuando conlleve un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda desembocar en actos discriminatorios o violentos, el CP no respeta ese límite y, junto a los casos de incitación —directa e indirecta—, amplía la conducta a los supuestos de “fomentar” y “promover” lo que serían participaciones impunes en tentativas. Y por si esto fuera poco, incluye el concepto de “hostilidad”, junto a los tradicionales de odio, violencia o discriminación. Un nuevo término que tampoco exige la Decisión Marco, y que cabe ser interpretado como creación de un contexto de conductas abusivas o agresivas por un móvil discriminatorio.

Por tanto, el art. 510 CP, con el castigo de la incitación al odio, realmente no busca proteger bien jurídico alguno, sino que es tan sólo la excusa para reprimir la libertad de expresión. Una configuración de los delitos de odio que más bien simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e ideología que, sin duda, como denuncia PORTILLA, hubiera llevado a la cárcel a Pablo Neruda por su alabanza a la Revolución Chilena. De hecho, como apunta este mismo autor, “sorprende que aquellos que se indignan ante el asesinato de los redactores de la revista *Charlie Hebdo*, llegando a identificarse con las caricaturas realizadas en nombre de la libertad de expresión, sean los mismos que tifican una incitación al odio que privaría de libertad a los autores de tales viñetas”.

En definitiva, y de acuerdo con el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, ciertamente los poderes públicos tienen el deber de adoptar medidas dirigidas a prevenir actuaciones discriminatorias en el seno de la sociedad, pero también el deber propio de evitar actuaciones que puedan interpretarse o de hecho signifiquen un trato discriminatorio, como es el caso de la expulsión del art. 89 CP para condenados o procesados. Se debe, en todo caso, revisar los cambios realizados por la LO 1/2015 en relación con los delitos de odio, pues es ineludible: compatibilizar la persecución penal de la discriminación con el respeto al contenido esencial de las libertades de expresión, ideológica y de asociación, garantizados por la Constitución; mantener el respeto al principio de responsabilidad por el hecho; seleccionar los comportamientos punibles en función del principio de intervención mínima; renunciar a la utilización meramente simbólica del Derecho penal a favor de una mayor efectividad de la prevención de las conductas punibles; y respetar en esta materia el principio de proporcionalidad.

2. LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS (DELITOS CULTURALES O CULTURAL CRIMES)

A) Planteamiento del problema

Las diferencias culturales se expresan, entre otras variables, en los diferentes modos de ver la vida, de entender las relaciones personales y entre los sexos, la definición de los ámbitos privado y público, la educación de los hijos y la conservación de ancestrales costumbres, religiosas y culturales. Tradiciones que van desde la gastronomía o el folclore, a prácticas que traspasan la barrera de lo penalmente relevante. Son los delitos culturalmente motivados (*cultural crimes*), y los ejemplos al respecto son de sobra conocidos: la mutilación genital femenina; ritos de iniciación que conllevan la desfiguración del rostro o del cuerpo de me-

nores; las muertes para resguardar el honor familiar; la obediencia intrafamiliar, los actos de maltrato familiar y los márgenes del derecho de corrección de los menores; los matrimonios incestuosos, polígamos o forzados; algunos ritos matrimoniales que en los códigos penales de occidente quedan integrados en los delitos sexuales o contra la libertad; la posesión y uso de drogas con fines terapéuticos; el trabajo infantil, etc.

B) *Definición y requisitos*

Por delitos culturalmente motivados deben entenderse los supuestos en que determinadas conductas contrarias a la norma penal del país “anfitrión”, se explican sin embargo en razón a la cultura a la que pertenece el infractor. También puede ocurrir que el comportamiento sea delictivo en ambas conductas, pero el tratamiento penal es diverso. En definitiva, son aquellos casos en que se presenta un conflicto entre el respeto a los valores comprendidos dentro de su cultura y lo que disponen las normas penales del país de acogida.

Compartiendo el concepto restrictivo de delito culturalmente motivado de DE MAGLIE, para confirmar su existencia debe pasarse por tres filtros o reunir tres requisitos. En primer lugar, se ha de atender a la *motivación del sujeto*, esto es, como elemento subjetivo del delito cultural, habrá que comprobar si la causa psíquica que ha llevado al sujeto a delinquir cabe ser explicada en sus valores culturales. Un segundo filtro pasaría por demostrar que su conducta es la esperable entre los miembros de su grupo de referencia. Una *coincidencia de reacción* que no tiene que ser absoluta o unánime, pero si predominante. Esto es, el imputado debe demostrar que su comportamiento ha sido coherente con las prácticas y las costumbres habituales de su grupo étnico, no pudiéndose inventar otras o referirse a ritos y tradiciones ya pasadas o extinguidas. Por último, se debe comparar la cultura del grupo al que pertenece el acusado con la del país de acogida, a efectos de identificar la *diferencia de tratamiento* entre ambos sistemas. Si se trata de una diversidad significativa, nos encontramos ante un delito cultural.

C) *Delito cultural vs delito cometido por un motivo cultural*

No es lo mismo, por tanto, un delito cultural que un delito cometido por un motivo cultural (ej. agresión *skinheads* a mendigos). El primero, para ser considerado tal, debe ser expresión no sólo de la cultura del individuo, sino también del grupo étnico minoritario del país de acogida al que pertenece, de modo que se podría afirmar que todos sus componentes se habrían comportado del mismo modo. Esto es, comete un delito cultural quien actúa motivado por su cultura, obrando bajo el con-

vencimiento de que el Derecho penal no obliga a quienes, como él, se comportan de acuerdo con las normas imperantes en su comunidad.

En consecuencia, se deben diferenciar los delitos culturales de los delitos por motivos religiosos (ej., negativa a la transfusión de sangre por los testigos de Jehová); los delitos por convicción (ej. terrorismo); los delitos por convicciones personales o motivos de conciencia (ej. eutanasia, aborto); los llevados a cabo por una particular concepción del honor o de la moral familiar (ej. crímenes de honor); y los delitos por costumbre o tradición local (ej. tradiciones que suponen el maltrato de los animales tan arraigadas en muchas localidades españolas). En concreto, en el autor por convicción el conflicto entre sus convicciones y el Derecho es irresoluble, pues antepone sus creencias al derecho oficial, siendo plenamente consciente de que su conducta es delictiva, motivo por el que no se le puede justificar ni exculpar, ni tampoco aplicar la figura del error de prohibición.

D) Estrategias frente a los delitos culturalmente motivados

En definitiva, ¿qué se puede hacer cuando el integrante de un determinado grupo cultural, en el ejercicio de determinadas costumbres y tradiciones, realiza un comportamiento que es delictivo en el sistema mayoritario? En estos casos ¿se debería tener en cuenta a la hora de enjuiciar la conducta la particular cosmovisión del autor? Si es así, ¿qué alcance tendría?, ¿cómo reconducirla dentro de las categorías tradicionales de la teoría jurídica del delito? ¿Si eximimos o atenúamos la pena, no se cuestionaría la respuesta dada por el sistema penal ante la desprotección del bien jurídico afectado o ante la duda sobre cuáles son finalmente los valores esenciales de la justicia ordinaria?, ¿cómo se garantizaría entonces la protección jurídico afectado por esa conducta culturalmente motivada?

En este sentido, si bien ni en Europa ni fuera de ella se ha introducido una norma destinada específicamente a resolver este asunto, comparando las diferentes soluciones adoptadas frente a la realidad de los delitos culturalmente motivados, cabe distinguir nuevamente dos modelos: asimilacionista y multiculturalista.

El *modelo asimilacionista*, como veíamos, es completamente insensible a la diversidad cultural porque, o bien hace una interpretación formal y fría del principio de igualdad, de modo que se trata igual al autor de un delito culturalmente motivado que a quien actúa sin tal motivación (modelo asimilacionista igualitario); o bien, y peor aún, actúa mediante reacciones hiperpunitivas frente a la adecuación de la cultura de acogida (modelo asimilacionista discriminatorio). Buen ejemplo

del primer caso es el Derecho penal francés, que salvo contadas excepciones no admite ningún tratamiento de favor en nombre de la diferencia cultural. Su traducción normativa es la ausencia de normas penales que atenúen la responsabilidad por razones culturales o que criminalicen prácticas culturales minoritarias de forma más gravosa, lo que no significa que finalmente no se persigan, sino que se hace con arreglo a las normas generales. De su parte, el modelo asimilacionista discriminatorio, que promueve desde el Derecho penal la imposición de la cultura dominante sobre el resto, teniendo como resultado un trato discriminatorio hacia los miembros de los otros grupos, tiene como ejemplo el art. 149 CP español frente a la mutilación genital femenina.

El *modelo multiculturalista*, de su parte, sí tiene en cuenta el trasfondo cultural que hay detrás de determinadas conductas criminales. Ahora bien, con la idea de marcar unos límites a la tolerancia, tampoco los países que lo siguen (ej., Estados Unidos, Inglaterra) han introducido una norma en la parte general que de una específica relevancia *pro reo* al delito cultural.

El debate, por tanto, sigue abierto y sobre todo gira en torno a la siguiente cuestión: ¿existen herramientas ya suficientes en los códigos penales para hacer frente a la posible existencia de un conflicto cultural en la conducta, o se debe dar un paso más e introducir una circunstancia específica (*cultural defense*)? En este sentido, son dos las direcciones seguidas por la doctrina con el objetivo de buscar espacios de exención o atenuación de la responsabilidad penal del autor cultural. Una de ellas consiste en hacer una relectura de las disposiciones legales vigentes y de las categorías tradicionales de la teoría del delito, buscando un acomodo adecuado para los delitos culturalmente motivados. Y la otra apuesta por crear una disposición legal (eximente cultural o *cultural defense*) que de una respuesta expresa a este problema. Ejemplo exponencial de la primera opción es la *cultural evidence (strategy)* norteamericana, mientras la segunda, si bien es la que ocupa el centro del debate, de momento no pasa de ser una (loable) propuesta doctrinal aún no materializada.

3. DELITOS CULTURALES Y SISTEMA PENAL ESPAÑOL

A) Delitos culturalmente motivados y práctica judicial

En la práctica judicial española no se ha utilizado aún el concepto de “delito culturalmente motivado” o “delito cultural” en el sentido aquí manejado. Aunque jueces y tribunales si han tenido que discernir sobre casos de conflicto cultural, suelen condenar tales comportamientos sin valorar la identidad cultural del autor. A veces, pero sólo excepcio-

nalmente, se atenúa la pena y otras no se sanciona, pero generalmente por apreciar la dificultad del sujeto para comprender la antijuridicidad de la conducta (error de prohibición vencible o invencible). Concretamente en los casos de mutilación genital femenina, se aplica a los padres el error de prohibición (generalmente vencible), atenuándoseles la pena prevista en el art. 149.2 CP, según el tiempo que lleven viviendo en nuestro país.

Sea como fuere, el primer gran problema surge a la hora de identificar si efectivamente se está o no delante de un delito culturalmente motivado. Esto es, si las conductas criminales en las que se centran son expresión o no de la cultura del grupo étnico minoritario del que forma parte el imputado, o son sólo indicadores para valorar la gravedad del delito y la capacidad de delinquir del sujeto. Lo cierto es que cuando se busca jurisprudencia con términos como “conflicto cultural” o “bagaje cultural”, éstos suelen ser utilizados en el segundo sentido; es decir, como prueba de que el sujeto conocía lo que hacía y la capacidad dañina de sus actos. Posiblemente un rasgo de la confusión entre los delitos culturalmente motivados y los hechos antijurídicos cometidos por sujetos que son inmigrantes, extracomunitarios o menores extranjeros, considerándose, en su caso, merecedora de exculpación su ignorancia de la norma penal, debida a su deficiente socialización que les ha llevado al error.

En todo caso, cuando nuestros tribunales se enfrentan a un verdadero conflicto cultural, apenas se aportan informaciones sobre el grupo étnico de pertenencia del autor, lo que hace difícil, por no decir casi imposible, la reconstrucción de su bagaje cultural, y por tanto la afirmación de la existencia de un delito culturalmente motivado. Las decisiones se limitan a hacer una genérica referencia a los orígenes del sujeto, limitándose a especificar su procedencia geográfica y resaltando su religión o la diferente regulación legislativa entre su país de origen y el nuestro. Y es que una rigurosa afirmación de la presencia de un delito cultural necesita, en todos los casos, el dictamen pericial de un antropólogo o especialista encargado de ilustrar en el juicio el bagaje cultural del grupo étnico del imputado. Un peritaje inexistente en nuestros juzgados.

De cualquier forma, no son inusuales las manifestaciones de intransigencia, minusvalorando determinadas tradiciones y creencias. Es el caso, por ejemplo, de la STS 835/2012, 31 octubre, al afirmar rotundamente que “la ablación del clítoris no es una cultura”. De su parte, la STS 651/2010, 24 de junio, refiriéndose al *vudú*, habla de “supersticiosa incultura”, al igual que la STS 1461/2005, de 25 de noviembre, al afirmar que, aunque las mujeres eran aparentemente libres, procedían “de países muy diferentes que arrastran unos miedos y creencias propias de esas culturas más atrasadas”. Finalmente, son sumamente significati-

vas expresiones como que la poligamia repugna al orden público español (SAP Guipúzcoa 181/2010, 30 de abril). Evidentes estereotipos y prejuicios que no denotan sino una clara postura asimilacionista basada en una presunta superioridad cultural.

B) La posición asimilacionista (discriminatoria) del sistema penal español

Esto es, es evidente la orientación netamente asimilacionista de nuestros juzgados y tribunales, obviando los conflictos culturales que están detrás de algunas conductas. Las sentencias sobre delitos contra la libertad sexual son una excepción (son habituales los supuestos de hombres latinoamericanos que mantienen relaciones sexuales con chicas menores de 16 años, apreciándose generalmente un error de prohibición venible), pues en los demás casos los tribunales no suelen dar importancia a la cultura del grupo étnico del autor, indicando en muchas ocasiones la no conciliación de los valores de su cultura con los de la nuestra, considerada “moralmente” superior. Para ello, es habitual la remisión a los principios constitucionales, llegando a considerar el diferente grado de civilización entre nuestro sistema y el de otras culturas.

En cualquier caso, en relación a la aplicabilidad del error de prohibición a los inmigrantes, se suele diferenciar entre los supuestos en que el inmigrante está más o menos integrado socialmente —y se presupone, por tanto, que conoce ambos ordenamientos—, y aquellos otros en que no conoce suficientemente nuestra legislación, porque acaba de llegar a nuestro país, desconoce el idioma o no cuenta con los recursos suficientes para informarse al respecto. Mientras en el primer supuesto no cabría alegar error de prohibición en el sentido previsto en nuestro CP (art. 14.3), en el segundo supuesto sí cabría acudir a esa figura. Esto es, a medida que la integración aumenta, se considera que el nivel del error de prohibición disminuye. Un parámetro de carencia de socialización que supone pensar que unos determinados años de estancia, algún curso de idiomas, visitas al asistente social, algún folleto informativo y algún anuncio televisivo son suficiente para romper vínculos, borrar recuerdos y nostalgias y eliminar ritos y tradiciones (DE MAGLIE).

Nuestro modelo, por tanto, no debe tacharse sino de anacrónico e hipócrita, pues detrás no se esconde sino la propuesta de aparente “homogeneidad” (principio formal de igualdad). El deseable modelo de tolerancia recíproca no ha calado en nuestro Derecho penal, que ha asumido la posición más radical del asimilacionismo, la discriminatoria. El legislador español fija como límite a la diversidad cultural el respeto por los derechos humanos (occidentales). Respeto que incluso exige de forma coactiva frente a las tradiciones o costumbres culturales que se opongan a ellos. En concreto, tipifica expresamente la poligamia, el

matrimonio forzado o la mutilación genital, con lo que parece descartar cualquier recurso a la diversidad cultural, como factor susceptible de ser encuadrado en cualquier de las figuras que gradúan la culpabilidad. Una tipificación innecesaria porque los tipos generales ya protegen de modo suficiente estos bienes jurídicos. De hecho, agravar la respuesta punitiva hacia los delitos culturalmente motivados, so pretexto de reforzar la confianza de nuestra sociedad en los valores que la sustentan, es un error imperdonable.

4. HACIA UN MODELO MULTICULTURALISTA DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL: PROPUESTAS ALTERNATIVAS

El pluralismo cultural ha venido para quedarse, y este nuevo orden social sólo se podrá conseguir protegiendo y respetando la diversidad cultural, porque de ello depende, más que nunca, el porvenir de nuestras sociedades. Se hace necesario, por tanto, adoptar un modelo multiculturalista de gestión de la diversidad cultural. Algo, sin embargo, especialmente complicado en un momento en que el interés de los juristas parece haberse desplazado hacia temas más propios de la actual etapa de constitucionalismo oligárquico y elitista de nuevas corporaciones y grupo de interés. Esto es, el retomado interés de los especialistas hacia temas como los delitos económicos y la seguridad ciudadana, conlleva el peligro cierto de que la reflexión de la alteridad colectiva se lleve a cabo con criterios puramente sociopolíticos, no étnicos.

A) El bien jurídico como límite frente a la moralización del Derecho penal

Sea como fuere, y para empezar, no debemos prescindir de la referencia legitimadora del bien jurídico, pues no hacerlo abre la puerta a que la Ética, como en tiempos de las monarquías absolutas (y de las dictaduras), retorne como justificación del carácter delictivo de un comportamiento. Partiendo de la realidad multicultural de nuestras sociedades, dominadas por un pluralismo ético cada vez mayor, la idea de que existe una moral, quizá sostenida en una religión, carece de todo fundamento. Y ello porque no sólo existen morales laicas de diversa naturaleza y contenido, sino también distintas creencias religiosas, cada una de las cuales tiene una moral propia. Para nosotros, por ejemplo, pueden ser “amORALES” prácticas como la poligamia, pero no el ingreso de nuestros ancianos en residencias, algo que otras culturas consideran absolutamente imperdonable.

B) La necesidad preventiva de pena y la previsión de una eximente cultural

Ahora bien, el criterio fundamental que debe seguirse a fin de castigar o exculpar al delincuente cultural, debe ser la necesidad preventiva de

pena, porque si bien la culpabilidad es condición necesaria, no es sin embargo suficiente. Esto es, se sugiere valorar la oportunidad de introducir una eximente cultural (*cultural defense*), una zona de impunidad a favor del autor cultural. Una inclusión que se vislumbra necesaria teniendo en cuenta el fracaso de los objetivos de prevención general y especial en este sector de criminalidad. De igual forma, por motivos de ineficacia del Derecho penal frente a los comportamientos culturalmente condicionados, debemos pensar también en nuevas fórmulas de sanción capaces, tanto de prevenir la reincidencia, como de promover la inserción de estos autores en el contexto del sistema mayoritario. En este sentido, hay que valorar la oportunidad de la justicia restaurativa, tanto en la resolución del conflicto penal como en la posterior ejecución de la pena. Porque no debemos olvidar que en muchos de los delitos culturales la actuación va presidida por la promoción de la víctima, su integración en la sociedad, esto es, la víctima no es el enemigo, sino un ciudadano amigo. El único problema es que el resto de la sociedad no lo comprende porque no comparte dichos valores culturales.

C) Igualdad de derechos y evitación de las generalizaciones

En cualquier caso, no debemos olvidar que a veces las personas migradas tienden a reforzar sus prácticas y tradiciones e incluso devenir más religiosos o tradicionales en destino de lo que eran en origen por motivos diversos. Por ello, las condiciones que las sociedades de destino dispongan para las personas migradas son determinantes, y a mayor igualdad de derechos, mayores posibilidades de integración y prevención de los delitos culturalmente motivados. Se hace necesario, por tanto, aumentar los recursos y esfuerzos en ámbitos tan trascendentales como la educación, la vivienda y las oportunidades de empleo, evitando con ello las actuales bolsas de aislamiento y exclusión de emigrantes. Urgen un sistema educativo integrador, un acceso igualitario al mercado de trabajo y a la vivienda, una participación política donde defender los propios intereses y, sobre todo, un cambio radical en la imagen del Islam en Europa (Capítulo 13).

Se hace necesario, en definitiva, no sólo unos cambios trascendentales en la política migratoria, sino también en los ámbitos social, económico y cultural, por ser trascendentales para la integración de los extranjeros. Y para ello debemos comenzar por evitar las generalizaciones y los estereotipos que tanto daño provocan. De hecho, es lamentable la creciente tendencia doctrinal que identifica el Islam con determinadas versiones sesgadas del Corán elaboradas por suníes y chiíes (rechazando la pluralidad de opciones sobre el dogma religioso) o con el comportamiento de los talibanes en Afganistán, Pakistán, respecto al adulterio, el asesinato de la mujer violada, la lapidación, etc. Tales me-

didadas no forman parte de la cultura islámica; es más, no sólo contradicen el espíritu de una de las religiones monoteístas más tolerantes que han existido, sino que se oponen al contenido de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994.

D) La ineludible perspectiva de género en el debate multicultural

Finalmente, aunque no por ello menos importante, en todo este contexto no se puede seguir obviando la perspectiva de género, pues se puede afirmar, sin temor a equívoco, que muchas veces se apela a la cultura para legitimar la subordinación de las mujeres. De hecho, los conflictos culturales más llamativos suelen tener a éstas como tristes protagonistas, tanto como víctimas que como victimarias, por ser quienes ostentan un doble papel en relación a la cultura: por un lado, son transmisoras de tradiciones y, por otro, son sujetos pasivos de prácticas que perpetúan su posición de inferioridad dentro de una sociedad. Una compleja relación entre género y cultura, que coloca a las mujeres en una situación especialmente problemática, pues su doble rol de transmisora y víctima a la vez, de prácticas que la discriminan, dificulta el establecimiento de su responsabilidad y la garantía de sus derechos. La mutilación genital sin duda es el ejemplo más controvertido, pero también están la selección prenatal del sexo, la poligamia, el infanticidio femenino, los matrimonios forzados, el uso del velo islámico, la discriminación hereditaria frente al varón, la prohibición de caminar solas, de trabajar, de hacer deporte e incluso asistir a espectáculos deportivos.

Se hace por ello necesario adoptar, a nivel internacional, un enfoque que sitúe estas costumbres y tradiciones en el contexto de la violencia y la discriminación de las mujeres en las diferentes culturas. Porque es en relación a las mujeres que las prescripciones religiosas y comunitarias se traducen a menudo en formas de opresión y discriminación, y eso es algo que, lejos de atenuarse, se refuerza con el propio fenómeno migratorio. Ahora bien, siempre partiendo de algo que se suele obviar: la opinión de las propias mujeres. La clave radicaría en su libertad de elección con la ausencia de coacciones. Esto es, debemos garantizar, por todos los medios, y sobre todo en relación con las mujeres inmigrantes, el ejercicio de acciones lo más libres posibles (ej. uso del velo islámico). Pero, ¿cuál es el umbral de condicionamiento bajo el que una elección puede considerarse libre?

Pues lo cierto es que todos, también nosotros, estamos condicionados por el entorno. Un contexto, el occidental, que nos bombardea con imágenes constantes de lo que se supone es la felicidad, y que necesariamente pasa por ajustarse a unos determinados patrones de belleza y juventud —en especial las mujeres—. Objetivos vitales ineludibles, para

los que se ofertan infinidad de medios (cirugía estética, *lifting*, *botox*, dietas, etc.) y en cuya consecución dedicamos demasiado tiempo. Tampoco nosotros (sobre todo nosotras) somos tan libres como nos gusta pensar (y presumir) cuando nos comparamos con otras culturas. La clave, por tanto, es la educación, pues es gracias a ella que nos convertimos en personas adultas que pueden hacer sus propias elecciones en relación con credos, vestimentas o tradiciones culturales.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., “Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima: modelo español”, *EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 21, diciembre 2007; BERNAL DEL CASTILLO, J., (Dir.), *Delito y minorías en países multiculturales: estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, 2014; BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de política criminal*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; CARNEVALLI, R., “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, en *Política criminal*, nº 3 (2007), 23 (www.politicacriminal.cl); CORNACCHIA, L., - SÁNCHEZ-OSTIZ, P., (Coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012; DE LUCAS, (Coord.), *Europa: derechos, culturas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Colección Derecho penal y Criminología, Marcial Pons, Madrid, 2012; FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Diversidad cultural y sistema penal”, en *Revista Penal*, nº 22, julio 2008; GÓMEZ RIVERO, C., *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Vol. II, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 2015; GUERRA PALERMO, M.J., “Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, en *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 38, enero-junio 2008; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Revisión y actualización de las propuestas alternativas en la regulación vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; HÖFFE, O., *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2000; KALINSKY, B., *Justicia, cultura y Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000; LANDA GOROSTIZA “Inci-tación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del 510 CP y propuesta de *lege lata*”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 7, enero 2012; MAQUEDA ABREU, ML., El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; MONGE FERNÁNDEZ, A., *El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008; PÉREZ DE LA FUENTE (ed.), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid, 2007; PORTILLA CONTRERAS, G., “El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la

teoría jurídica del delito”, en PÉREZ CEPEDA, A., (Dir.), *Política Criminal ante el reto de la Delincuencia Transnacional*, Tirant lo Blanch/Ediciones Universidad Salamanca, 2016; PÉREZ VAQUERO, C., “La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea”, en *Noticias Jurídicas*, Diciembre 2011 (www.noticiasjuridicas.com); PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del <discurso del odio>”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015; PORTILLA CONTRERAS, G., “La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y posmodernistas”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., (Dir.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; RODRIGUEZ MESA, M.J – RUÍZ RODRÍGUEZ, L.R (Coord), *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 16-11 (2014); SANZ MULAS, N., *Delitos culturalmente motivados*, Colección delitos n° 139, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. TORRES FERNÁNDEZ, E., “La mutilación genital femenina, un delito culturalmente condicionado”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 17, 2008; TORRES FERNÁNDEZ, E., “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, *AFDUAM* 17 (2013); VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dyckinson, Madrid, 2010.

EPÍLOGO

¿POLÍTICA CRIMINAL O POPULISMO POLÍTICO? INCIDENCIA EN LAS REFORMAS A LA LEY PENAL PANAMEÑA

Digna M. Atencio Bonilla¹

I. Antecedentes

Ha pasado una década desde la entrada vigencia del Código Penal de 2007 -23 de mayo de 2008 al 23 de mayo de 2018- cuya orientación político criminal, según indica el legislador “tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana” y “sólo se tipifican aquellas conductas y comportamientos cuya incriminación resulte indispensable para la protección de los bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad”.

Este Código punitivo visibiliza el principio de intervención mínima, que propone tipificar como delito las conductas que realmente impliquen un daño o peligro para la sociedad, que solamente se aplique una sanción penal cuando otros mecanismos de control social resulten ineficaces y conlleven una ruptura del orden y la paz social, y exalta la búsqueda de la solución del conflicto social que surge por el quebrantamiento de la norma, a través de los métodos alternos de resolución de conflicto.

Sin embargo, la orientación político criminal a que hace referencia la excerta legal no está del todo clara o definida en la práctica, como se desprende de los temas que han sido objeto de las 30 reformas legislativas del Código Penal.

1 Profesora e Investigadora de Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de lo Penal, República de Panamá.

II. Sobre la Política criminal y el Populismo punitivo: su incidencia en las reformas a la ley sustantiva penal

La Política criminal es entendida como la política jurídica en el ámbito de la justicia penal que cumple con la importante misión de orientar al legislador en la tarea de creación del derecho penal positivo. Permite identificar qué comportamientos sociales deben ser tipificados como delito, así como criticar el derecho vigente partiendo de los resultados obtenidos por la labor dogmática y formula propuestas de enmienda y reformas legales.

El Populismo punitivo, se define como un conjunto de medidas adoptadas por el legislador empleando el derecho penal sustantivo para privilegiar las demandas mayoritarias expresadas por la opinión pública, las víctimas y los sectores sociales que se identifican como potenciales víctimas, rebasando los límites normativos consagrados en la Constitución, recurriendo en muchos casos al denominado derecho penal simbólico.

Estas medidas conllevan el uso del poder punitivo como medio para obtener el apoyo electoral de algunos grupos en detrimento de las garantías de quienes resultan destinatarios de la aplicación de las penas.

Para lograr ese fin, se opta por crear nuevas figuras delictivas sin atender al principio de intervención mínima, incrementar las penas de los comportamientos que ya han sido tipificados como delito o bien, eliminar o flexibilizar determinadas garantías o beneficios que la ley reconoce al imputado.²

III. Los cambios legislativos ¿obedecen al principio de intervención mínima?

Es indudable que las reformas al Código Penal de 2007 obedecen a temas que son parte de los compromisos adquiridos con organismos internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, blanqueo de capitales y la corrupción, pero no podemos dejar de lado que también responden a las denominadas campañas de mano dura y tolerancia cero, de casos que han generado sobresaltos y sin sabores en nuestra sociedad. A partir de una casuística se han creado tipos penales que en nada o poco tienen que ver con la real tutela de bienes jurídicos, de lo que nos ocuparemos a continuación.

2 Cfr. Romina Frontalini Rekers. Populismo y castigo penal. Recuperado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/10/doctrina34815.pdf> consultado 28 de abril de 2018.

A. AUMENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

Hemos sido testigos que en las campañas electorales se ha propuesto en los planes de gobierno como discurso central la seguridad y si bien existe una demanda real de seguridad, hasta el momento las políticas públicas estatales no han sido del todo eficientes para disminuir en la población el sentimiento de incertidumbre y el temor de ser víctimas del delito.

Como promesa de campaña cumplida, se ha dado la prevalencia del aumento de las penas privativas de la libertad, por ejemplo, la más grave de hasta treinta años de prisión en el caso del delito de homicidio calificado y a través de la Ley 62 de 2009 se introdujo en nuestra legislación la acumulación aritmética que regula el artículo 87 del Código Penal que establece que cuando el concurso delictivo comprenda alguno de los siguientes delitos: homicidio por remuneración o encargo, secuestro, tráfico ilegal de personas, tráfico ilegal de drogas, robo agravado, blanqueo de capitales, asociación ilícita, pandillerismo, delito de desaparición forzada o terrorismo, la aplicación e individualización de las penas por motivo de acumulación, concurso ideal o material será el resultado de la adición y acumulación de todas las penas de cada uno de los delitos cometidos que integren el concurso delictivo, sin exceder la pena máxima de 50 años de prisión.

La medida de incrementar las penas de prisión se apartan del modelo acusatorio pues, éste potencia la solución del conflicto social con métodos alternos de solución de conflicto y la aplicación de medidas cautelares distintas a la detención preventiva con lo que se pretendía reducir el hacinamiento en nuestras cárceles. No obstante, el aumento de las penas conlleva a que más delitos sean objeto de la detención preventiva –aplicable en aquellos casos que superan los cuatro años de prisión– ello no va aparejado con las condiciones actuales de los centros penitenciarios en los que debe cumplirse la medida restrictiva de la libertad o la sanción tras dictarse la condena, como se puede observar en las emblemáticas sentencias en las acciones de hábeas corpus colectivos dictadas por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 12 de marzo de 2009 y de 29 de diciembre de 2011³ en los que se ordena al Ministerio de Gobierno, Ministerio de Economía y la Dirección General del Sistema Penitenciario a obtener los fondos necesarios para proveer al Centro Femenino de Rehabilitación “Doña Cecilia Orillac de Arias”, el Centro de Rehabilitación de Nueva Esperanza, la Cárcel Pública de Colón y el Centro Femenino de la Provincia de Colón, de nuevas estructuras para

3 www.organojudicial.gob.pa consultado el 28 de abril de 2018

albergar a los internos, dadas las condiciones de hacinamiento e insalubridad, la falta de colchones, entre otras necesidades.

B. NUEVAS FIGURAS DELICTIVAS.

Quiero hacer mención en este momento de tres figuras en particular: el femicidio, el hurto a los turistas y la invasión de tierras.

Respecto de la tipificación del feminicidio, se fundamentó en el incremento de la violencia en las relaciones de pareja y las muertes violentas contra nuestro género, fue introducida mediante la Ley 82 de 2013 “Que adopta medidas de prevención contra la violencia en las mujeres y reforma el Código Penal para tipificar el Femicidio y sancionar los hechos de violencia contra la mujer”, cuya vigencia es a partir del 25 de diciembre de 2013.

La excerta legal señala que busca garantizar el derecho de las mujeres de cualquier edad a una vida libre de violencia, proteger los derechos de las mujeres víctimas de violencia en un contexto de relaciones desiguales de poder, además de prevenir y sancionar todas las formas de violencia contra las mujeres, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado.

Es importante destacar que tanto el homicidio agravado como el feminicidio – tipos penales calificados- son sancionados con una pena máxima de 30 años de prisión.

Cabe preguntarse si ¿el derecho penal es la solución para éste conflicto social?, cuando el fenómeno de la violencia contra la mujer requiere, además de un cambio de mentalidad a través de la educación sobre los derechos que tenemos todos los seres humanos, invertir en programas de apoyo con equipos interdisciplinarios que acompañen a las mujeres y las familias que atraviesan por estas situaciones como una medida de reacción a corto plazo, lo que implica destinar más fondos para las políticas públicas que permitan mejorar la calidad de vida de los asociados.

En otro orden de cosas, el incremento de los robos y hurtos a los turistas que ingresaban a nuestro país para hacer compras en la Zona Libre de Colón, a los conductores o los usuarios del transporte público de pasajeros fue la base para la reforma adoptada por la Ley 5 de 2009, que introdujo dos numerales al artículo 214 que tipifica el delito de hurto agravado con una sanción de cinco a diez años de prisión en los siguientes casos:

14. Cuando el hurto se cometa en perjuicio de un turista nacional o extranjero.

15. Cuando el hecho se cometa contra los conductores o los usuarios del transporte público de pasajeros durante la prestación del servicio.

Vemos como la distinción en el sujeto activo calificado conlleva el incremento de la sanción para lograr un efecto disuasivo en el colectivo social, cuando, insistimos, se hace necesario suplir otras necesidades de los sectores populares para lograr la disminución de estos hurtos.

Por otra parte, el legislador también elevó a la categoría de delito la ocupación de terrenos. Existen en nuestro país grandes extensiones de tierras que son propiedad del Estado, de particulares o personas jurídicas. Estos terrenos son invadidos por personas que carecen de una vivienda propia por no contar con suficientes recursos para optar por una hipoteca o en el peor de los casos la imposibilidad de pagar un alquiler de un apartamento, casa o cuartos de inquilinato.

Pues bien, el artículo 1 de la Ley 44 de 2013 adicionó el artículo 229-A al Código Penal que preceptuaba:

Artículo 229-A. Quien, sin autorización, ocupe total o parcialmente un inmueble, terreno o edificación ajeno será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana.

La norma fue demandada por inconstitucional y así lo reconoció el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 23 de marzo de 2014 por considerar que al tipificarse la ocupación sin autorización como delito, se impide el ejercicio de la prescripción adquisitiva extraordinaria como una de las formas para obtener para obtener la propiedad.

La Corte precisó que el artículo 229-A del Código Penal establece como conducta punible, uno de los requisitos, elementos o presupuestos de la figura de la usucapión extraordinaria, y si esto es así, nadie podrá prescribir y, por tanto, no podrá acceder a la propiedad privada que reconoce y salvaguarda el artículo 47 de la Constitución Nacional, a través de este medio reconocido por la ley.

Continúa señalando que resulta claro que en este caso no se está estableciendo como delito el ocupar de forma violenta o a la fuerza del bien inmueble, sino el hecho de ocupar "sin autorización del dueño" determinado previo, que tal y como hemos mencionado, es uno de los presupuestos o elementos para que se surta la usucapión extraordinaria.

Agrega que si lo que se pretendía evitar era la invasión de un número plural de personas a un inmueble que no les pertenece en determina forma, la redacción de la norma debió ser en otro sentido, e incluso, podían incorporarse o establecerse otros mecanismos para salvaguardar los derechos de los legítimos dueños de determinado terreno.

Para el Pleno resultó evidente que la normativa atacada de inconstitucional, constituía un impedimento para acceder al derecho de la propiedad privada que contempla la Carta Magna en el artículo 47 y por ello decretó la inconstitucionalidad de la disposición objeto de estudio.

Más adelante, se plantean otras consideraciones de la Corte que nos llevan a concluir que estamos ante una norma de tipo populista.

Respecto a la contravención de esta norma debemos advertir, que los argumentos desarrollados en torno a este punto, no guardan una debida relación con el artículo que se cuestiona. Ello es así, porque el hecho que se considere como delito la ocupación sin autorización, no va a obligar o no al Estado a que cumpla con su función de establecer políticas de vivienda en beneficio de toda la población. No es este nuevo tipo penal el que establecerá una nueva política en ese sentido, precisamente porque no es a través de la consideración de la usucapión extraordinaria como delito, que el Estado le ofrecerá a los ciudadanos las herramientas para poder adquirir una vivienda.

El establecimiento de este tipo de políticas se rige por reglas muy distintas a lo relacionado o establecido en el tipo penal, y atiende a un plan de gobierno.

La población puede requerir el cumplimiento de esta obligación, pero ello no está supeditado o guarda relación con lo que ahora se analiza, y que es el establecimiento de una conducta como delito.⁴

Salta a la vista la falta de una real política criminal en la toma de decisión de elevar a categoría de delito esta figura cuando lo que corresponde es establecer otras políticas que, como señaló la Corte, permitan suplir la demanda de la población que necesita una vivienda.

C. DISMINUCIÓN DE GARANTÍAS O BENEFICIOS QUE LA LEY RECONOCE AL IMPUTADO O SENTENCIADO.

Los subrogados penales tienen como propósito lograr la reinserción social de aquellas personas que por primera vez son declaradas culpables de la comisión del delito y la sanción contemple una pena grave, es decir, la pena de prisión que no supere los cuatro años o arresto de fin de semana.

4 Sentencia 23 de septiembre del pleno de la corte Suprema de justicia de Panamá, Registro judicial digital. Publicación del Órgano Judicial. Recuperado de www.organojudicial.gob.pa Consultado el 21 de abril de 2018.

En principio, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el reemplazo de las penas cortas privativas de la libertad eran aplicables a todos los delitos.

No obstante, a raíz de dos procesos que causaron gran conmoción en la sociedad panameña por tratarse de la comisión de delito de violación sexual cometido en perjuicio de menores de edad, se dio la exclusión del derecho a la suspensión, reemplazo y aplazamiento de la pena: en el primer caso la víctima era una infante de cinco años de edad y la causa fue resuelta a través de un Acuerdo de pena en el que se impuso una sanción de cinco años de prisión al autor del delito. En el segundo caso, el agente era familiar de una menor de edad que fue abusada sexualmente por varios años y denunció el hecho siendo ya una adolescente, proceso que culminó con una sentencia condenatoria por acuerdo de pena imponiéndose la sanción de diez años de prisión.

A raíz de estos dos procesos, se reformó ambos subrogados penales mediante la Ley 21 de 2018, que agregó un párrafo a los artículos 99 y 102 del Código Penal preceptuando que “no se aplicarán cuando sea una persona sancionada por delito contra la libertad e integridad sexual, en perjuicio de una persona menor de catorce años”, ¿es esta una fórmula para la solución del conflicto social?

Termino, destacando un punto de vista positivo en medio de las treinta reformas: la introducción de la pena principal del arresto de fines de semana para tipos penales considerados menos lesivos con una duración de cuarenta y ocho horas, con la potestad del juzgador de imponerla en días de semana. También se contempla como penas sustitutivas el arresto domiciliario y el trabajo comunitario, que están dando buenos resultados en nuestro país como alternativa frente a la prisión.

Bibliografía

FRONTALINI R. “Populismo y Castigo Penal. Pensamiento Penal”. Enero, 2012. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/34815-populismo-y-castigo-penal>; ANTÓN-MELLÓN J., Antón Carbonell E., “Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)”. Revista Internacional de Pensamiento Político - I Época - Vol. 12 - 2017 - [133-150] - ISSN 1885-589X Recuperado de <https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/viewfile/3230/2510>; Sentencia 23 de septiembre del pleno de la corte Suprema de justicia de Panamá, Registro judicial digital. Publicación del Órgano Judicial. Recuperado de www.organojudicial.gob.pa

LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN UNA SOBERANÍA LIMITADA: ¿DERECHOS HUMANOS O CAPITAL?

Sergio J. Cuarezma Terán¹
Diego Cuarezma Zapata²

I. A manera de introducción

La solidez de las instituciones de justicia y del Estado de Derecho, en cualquier país, constituye la base del buen funcionamiento de las instituciones políticas y de los procedimientos democráticos. Hay un vínculo axiológico y práctico entre la calidad del Estado de Derecho y la estabilidad política y el desarrollo económico y social de la sociedad. Esta correlación de las sociedades y una creciente expectativa que se vincula con estándares de mayor acceso a los sistemas de justicia y de resolución de conflictos, es un derecho a la satisfacción de los derechos y garantías de la población. Actualmente el desarrollo debe sustentarse en mayores niveles de equidad y de acceso de todas las personas a las oportunidades. Estas condiciones de equidad, participación y seguridad, suponen la existencia de instituciones públicas fuertes, ágiles, transparentes y eficaces, especialmente de la justicia, pero una independiente e imparcial, un árbitro que pueda hacer respetar las reglas (previas) del juego democrático y generar, en consecuencia, seguridad jurídica.

II. El nuevo rol de la justicia

La justicia (y su reforma), en esta línea de pensamiento, viene ocupando, aunque con lentitud, un plano importante dentro de los temas políticos e institucionales de la región. La razón de ello es evidente, los países no habían enfrentado con la profundidad requerida y, por tanto,

1 Profesor e investigador de Derecho penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. www.sergiocuarezma.com

2 Asistente de investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

el tratamiento debido a la cuestión de la justicia, la cual ha evolucionado muy lentamente en el pasado siglo.

Para el profesor Ramón de la Cruz Ochoa, «la desigualdad entre desarrollo económico y político, incluso institucional con la organización de la Justicia ha contribuido al agotamiento y deterioro de las estructuras y procedimientos judiciales, y a la llamada «crisis» de la que tanto se habló en la postrimería del siglo XX».³

Esta crisis de la justicia y su reforma se manifestó en un proceso mundial de cambios y transformaciones de los sistemas políticos a nivel mundial, por ejemplo, el desmantelamiento de los regímenes socialistas, la aparición de un nuevo orden político y el nacimiento de la globalización, en la cual, la economía y las finanzas ocupan una atención singular. Estos cambios, entre otros, obligaron a que el tema de la justicia, pasara a considerarse no «sólo factor de desarrollo», sino «destinada a impulsar el desarrollo». Así, la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como fundamento para su reforma la promoción y la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico (justicia y economía), como un presupuesto para la seguridad de las inversiones económicas, financieras y empresariales, y por tanto, asegurar las grandes inversiones extranjeras directas en la región. La justicia y su importancia, pasa pues, de un interés «local» a un interés «regional», y, su fundamentación del plano de los «derechos humanos», al plano predominantemente «económico». Recientemente, por ejemplo, “en junio de 2017 (Miami) y octubre de 2018 (Departamento de Estado), EEUU, México y los países centroamericanos del triángulo norte debatieron sobre emigración, inversión y seguridad. En el primer encuentro, denominado, La Conferencia de Prosperidad y Seguridad en Centroamérica, que se realizó en Florida International University, en Miami, fue inaugurada por el secretario de Estado, Rex Tillerson, quien anunció la necesidad de “reforzar la seguridad nacional y proteger las fronteras de Estados Unidos”, con el fin de evitar la migración ilegal, resaltando que “un desarrollo económico sin seguridad no es posible la estabilidad”⁴. En la segunda conferencia, también denominada La Conferencia de Prosperidad y Seguridad en Centroamérica con la emigración como uno de sus temas centrales, se analizaron los avances de los proyectos realizados en el área y las po-

3 De La Cruz Ochoa, Ramón, Reforma de la Administración de Justicia en América Latina, Conferencia Pronunciada en el Congreso de la Asociación Americana de Juristas celebrado en La Habana, Cuba, 18 de octubre, 2000.

4 Diarios las Américas. 15 de junio de 2017. <https://www.diariolasamericas.com/florida/paises-centroamerica-se-reunen-miami-el-gobierno-trump-n4124442>

líticas para promover la inversión, facilitar el crecimiento sostenido y mejorar las condiciones a favor de los negocios privados. Asimismo, el combate el crimen organizado, la reducción de la violencia, la promover la cooperación en seguridad y detener la inmigración ilegal. Los gobiernos de El Salvador, Guatemala y Honduras, instituciones financieras y el sector privado anunciaron al término de la primera conferencia una inversión conjunta de dos mil 500 millones de dólares en proyectos de energía, transporte, agua y turismo en esos países; y las administraciones asumieron el compromiso de realizar cambios para mejorar el clima de negocios y la transparencia, y agilizar los procesos de formalización empresarial.”⁵ Los derechos humanos, no fue tema de agenda.

La justicia, expresa John Rawls en la Teoría de la justicia, está íntimamente relacionada a la satisfacción de los bienes sociales, que permitirán el mejoramiento de las oportunidades de las personas. Este sería, como expresa Gago Priale, “el centro de la estructura de la sociedad: de un lado, la mayoría de libertades de la tradición liberal y democrática, y por el otro, el establecimiento de un cuadro institucional que permita la distribución de la renta y la riqueza de manera tal que asegure la igualdad de oportunidades”.⁶

La viabilidad de todo desarrollo depende, sin duda, de la estructuración de las instituciones públicas y legales, que organizan políticamente a la sociedad. Sin estas, entre las cuales destaca la justicia (independiente), la comunidad carece de norte y de medios para definir y realizar sus intereses y expectativas comunes. Así, el desarrollo de una sociedad está condicionado, entre otros factores, por un Estado de derecho convencional, constitucional y de justicia cuyo desempeño sea eficiente y eficaz. Los derechos humanos en la dialéctica del desarrollo juegan un papel fundamental de principios verdaderos del sistema institucional, que definen el modelo constitucional. Esta inescindible correlación llevó a Pérez Luño⁷ a considerar “el estrecho nexo de interdependencia genético y funcional, entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican su realización al Estado de derecho”.

5 NODAL noticias de América Latina y el Caribe. <https://www.nodal.am/2018/10/presidentes-del-triangulo-norte-centroamericano-se-reunen-con-mike-pence-en-euu/>

6 *Ibidem*.

7 Pérez Luño, A, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993, p. 19.

Por esta razón, dice Pérez Luño⁸, “cuanta más intensa se revela la operatividad el Estado de derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que en la medida en que se produce una vivencia de los derechos fundamentales se refuerza la implantación del Estado de derecho” Esto, obviamente, es imposible en sociedades donde no hay constituciones políticas o habiéndolas no hay división de poderes, es decir, en sociedades gobernadas por un Estado absoluto, porque es incompatible con las libertades individuales y políticas. En el estado policial del absolutismo, “el ejecutivo solo necesitaba una orden del soberano para justificar sus actuaciones” en cambio el Estado de derecho “era considerado el hecho de que cualquier acto que interfiriera con la vida de los ciudadanos debía adoptarse en virtud de una ley”⁹. Esto hace que la importancia del Estado de derecho radique en el “principio general de que toda actuación del Estado debe ser calculable y previsible. Sólo puede existir seguridad jurídica allí donde los ciudadanos saben con exactitud, qué es lo que el Estado puede hacer y qué es lo que ellos mismos deben hacer o dejar de hacer.”¹⁰.

La justicia desde esta perspectiva, es un mecanismo para el mejoramiento de la calidad de vida y un factor destinado a impulsar el desarrollo, sin perjuicio que no tenga un modelo de desarrollo predeterminado, ya que cada sociedad lo determina según sus necesidades; para este supuesto, es lo justo, lo cual equivale a un bien tangible, relacionado a lo objetivo y socialmente demarcable, no la justicia trascendental¹¹. Por esta razón los insumos del desarrollo “deben de provenir del derecho y de la habilidad del Estado de generar o incentivar un sistema jurídico que permita a la sociedad plural articularse internamente y re-actualizarse permanentemente con el mismo Estado.”¹² Esto permite que el desarrollo se convierta en un proceso de “expansión de las libertades reales de que disfrutaran los individuos”, como expresó Amartya Sen, Premio Nobel de Economía de 1998. Para este desarrollo, es fundamental la eliminación de las fuentes de privación de libertad: “la

8 Pérez Luño, A, op. cit., p. 26.

9 Birkenmaier, W., “El Estado de derecho la República Federal Alemana”, en AA. VV., La noción del Estado de derecho: evolución histórica y elementos, Estado de derecho y democracia, Konrad –Adenauer- Stiftung Buenos Aires, 1997, p. 85.

10 Besson, W. y otro, “Elementos del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público” en AA. VV. Elementos del Estado de derecho como garante de los derechos humanos y de la democracia, Estado de derecho y democracia, Konrad –Adenauer- Stiftung, Buenos Aires, 1997, p. 125.

11 Gago Priale, H., op. cit., p. 50.

12 *Ibidem*.

pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas, el abandono de los servicios públicos, la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos”. La idea de Sen, según Gago Priale, “es el del desarrollo en su acepción integral: humano, social, económico, también político e institucional, y de la libertad real igualmente plena: economía, civil, política. Desarrollo y libertad, entonces, se entrelazan y retroalimentan, no existen ni se dan, menos se hacen sostenibles por su cuenta, más bien depende el uno de la otra. De la respuesta a la pregunta cuán libres realmente son los ciudadanos de un país de las varias cadenas que existen: pobreza, ignorancia, exclusión, depende el saber si ese país (nuestro país) es nada, poco o mucho desarrollado”¹³.

III. La reforma de la justicia en una soberanía limitada

Esta reforma regional, y la visión renovada de la justicia como “impulsora del desarrollo” económico, pasa además por un momento de transnacionalización de sus Estados y de sus soberanías “limitadas”. Mediante estos procesos, señala el profesor de la Universidad de Western, Ontario, Andrés Pérez Baltodano¹⁴, «el Estado transfiere importantes cuotas de poder a los centros transnacionales alrededor de los cuales se organiza la globalización, adquiriendo niveles de inmunidad ante las sociedades de estos Estados. Todo ello deteriora los poderes nacionales o bien, anula todo intento de construcción de un Estado originado del consenso contractual de la sociedad. La pérdida del poder de los Estados es parte de la globalización, reduce a los actores nacionales a la impotencia frente a los problemas reales que se plantean en sus comunidades».

Para Zaffaroni¹⁵, la globalización, «como momento de poder mundial consecuente de la revolución tecnológica, presenta una serie de contradicciones, pero el elemento más notorio es la pérdida de poder por parte de los Estados nacionales». Bob Jessop citado por Andrés Pérez Baltodano¹⁶, plantea que «el aparato estatal transnacionalizado sufre una pérdida progresiva de unidad en términos de la coherencia vertical entre los diferentes niveles de organización, y de coordinación horizontal entre las diferentes áreas de actividad estatal. En estas condiciones, el

13 *Ibidem*.

14 Pérez Baltodano, Andrés, “El futuro de las identidades políticas de América Latina”, *Confidencial*, en *Semanario de Información y Análisis*, n° 233, 2001, p. 1.

15 Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 10-11.

16 Pérez Baltodano, *op. cit.*, p. 2.

Estado pierde capacidad para promover la integración social y la formación de identidades políticas nacionales. La transnacionalización del Estado en la región, además, obstaculizará las posibilidades de desarrollo de verdaderas sociedades civiles fundamentadas en estructuras efectivas de derechos ciudadanos. La transnacionalización del Estado disminuye significativamente la capacidad de la política democrática y de la participación política organizada como fuerzas constitutivas de la Nación. La pérdida de poder local crea normas y valores determinados por la racionalidad e intereses del poder transnacional que condicionan a los estados nacionales debilitados e inducen a las sociedades a aceptarlos como parte del progreso».

Un ejemplo de esta exigencia, es la reforma de la justicia, la cual, y en particular, de la penal, fueron condicionadas de forma exógena, y no se construyeron desde las particulares necesidades, valores y contradicciones de la sociedad, sino, como expresa Daniel Giarone¹⁷, para “someter a los poderes judiciales y a evitar que los tribunales se conviertan en un escollo mayor del que hoy representan” en el actual orden mundial y latinoamericano, “justo cuando los Estados Unidos intentan afianzar su hegemonía en la región a través del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) y los Estados nacionales resignan el ejercicio de su soberanía frente a las exigencias de los organismos internacionales de crédito y el capital financiero transnacional”, en tal punto, que “las bases conceptuales de la reforma de la justicia fueron sentadas por las entidades multilaterales fundamentalmente por el Banco Mundial, quien comenzó a sistematizarlas a partir de 1992”. Siempre bajo este criterio, Germán Burgos, investigador colombiano de los procesos reformistas, establece que “para el Banco Mundial, el BID y el FMI, la necesidad de reformas de los marcos legales en los países en vías de desarrollos, aparece como condición central para el éxito del modelo económico orientado por el mercado”¹⁸.

En esa línea de pensamiento, podemos observar que la reforma regional de la justicia (sin perjuicio de sus aspectos positivos), estuvo inducida o condicionada por los países centrales o industrializados para optar a un nuevo modelo de justicia y, por su coste, a menor acceso a la justicia, nos referimos al Common Law. Este sistema de tradición anglosajona, como advierte Umaña¹⁹, «desarrollado en principio en el Reino

17 Giarone, Daniel, Disponible en World Wide Web: <http://www.visionjusticia.f2s.com/justiciaSA.htm> , 2001, p. 1.

18 Giarone, D., op. cit., p. 1-2.

19 Umaña, Mario, Inversión Extranjera Directa en Centro América: el rol de la se-

Unido y traslado posteriormente a Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, está basado en el precedente judicial, más que la legislación escrita. Se contrasta con el sistema de la tradición del Derecho Civil o Tradición Romano Germánica donde la fuente primaria del derecho es la norma escrita». A pesar que, como expresa Lawrence M. Friedman²⁰, “el sistema del «Common law» es complicado por naturaleza, para saber lo que dice el Derecho deberíamos (en teoría) buscar y rebuscar los casos publicados, volumen tras volumen. El Derecho hecho por los jueces es, en los Estados Unidos, con sus cincuenta estados, particularmente desordenado, contradictorio e incongruente. Resulta más claro y conciso redactar un código de normas jurídicas. Quizás resulte más correcto puesto que, desde un principio, se sabe con claridad lo que dice el Derecho. Como señalaba el filósofo inglés Jeremy Bentham, a principios del siglo diecinueve, los jueces del «Common law» elaboran las normas de la misma manera «como lo haría un hombre para con su perro. Cuando se quiere impedir que el perro haga algo que el dueño no quiere, se espera hasta que lo haga y entonces, se le castiga por ello», Los sistemas de Derecho civil, con sus códigos lógicos y bien estructurados parecían, al menos, muchos más racionales.”

Para Gómez Colomer²¹, las diferencias entre el Common law y el de Civil law, son tan grandes, “que repercuten en cualquier institución jurídica que se considere. Si esta es procesal, las diferencias pueden ser y de hecho son abismales”

IV. La naturaleza de la reforma de la justicia

En el contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia, como expresa Ramón de la Cruz Ochoa²², «no debe sorprendernos que las reformas económicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos países en desarrollo impulsan a los de la región a abordar la reforma de la justicia como complemento necesario a la reforma económica y no como en lo que en realidad debe ser, un camino para el mejora-

guridad jurídica, 2002. Documento en proceso, disponible en World Wide Web: <http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen443.pdf>, p. 28.

20 Introducción al Derecho norteamericano, 1988, p. 108.

21 La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional. En la prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, Luis Miguel Reyna Alfaro (Director), 2007, p. 226

22 De La Cruz Ochoa, R., op. cit.

miento del Estado de Derecho y de la democracia y de mayor respeto para los derechos humanos».

Lo cierto es que ambas categorías merecen tutelas, los derechos humanos y la seguridad de las inversiones, cada cual con sus matices, la primera, por ser fundamento vital del Estado de Derecho, y la segunda, para la promoción de las inversiones y el consecuente desarrollo económico de la región. Hay un acuerdo común respecto a que el proceso de liberación económica que vive la región, plantea relevantes exigencias de reformas legales e institucionales, encaminadas a asentar estratégicamente esos procesos y, a la vez, para hacer frente a las múltiples desigualdades sociales heredadas y provocadas por modelos económicos desprovistos de un perfil humanístico en su esencia de funcionamiento.

Para De la Cruz Ochoa²³, «la reforma de los sistemas de justicia ha sido estimulada en gran medida por actores internacionales económicos, países desarrollados donantes y otras instituciones internacionales. Estas ocurren en el marco de la modernización del Estado y se ofrecen como argumento los vínculos estrechos entre crecimiento económico y sistemas legales y de justicia eficaces, informalizados, accesibles, previsibles, entre otros. Esta cruzada internacional por la transformación legal y judicial llevada a cabo por muchas agencias internacionales no tiene en cuenta las justificaciones y el sentido político de la reforma legal y de la administración de justicia judicial que deben tener en la región y sólo su preocupación económica asume y promueve las reformas como cambios técnicos necesarios para una modernización adecuada del Estado y un crecimiento económico guiado por el mercado».

Estas reformas para Giarone²⁴, denominadas de segunda generación, constituyen el complemento político de las reformas macroestructurales. «A principios de los '90, a través del llamado Consenso de Washington, los Estados Unidos se propusieron adaptar la economía latinoamericana a las nuevas bases del capitalismo mundial. El protagonismo del capital privado en el marco de la economía de mercado, la redefinición del rol del Estado, las privatizaciones de empresas públicas y la reducción del déficit fiscal constituyeron los cimientos de las nuevas políticas diseminadas en la región. La seguridad jurídica para los grandes inversores y la legalidad de las nuevas reglas de juego pasaron a ser una cuestión esencial».

23 *Ibidem*.

24 Giarone, D., *op. cit.*, p. 2.

Esta tendencia de la reforma judicial desarrollada exclusivamente con lineamientos técnicos y económicos, como lo plantea De la Cruz Ochoa, sin atender el tema de los derechos humanos, debe de generar una atención y preocupación particular en la sociedad regional, y nacional, porque incide en la vida cotidiana de las personas en sus países. Es decir, si el enfoque de la reforma de la justicia está orientada a lo económico, sin duda, este modelo de justicia (economicista) determinará, queramos o no, el contenido de la reforma de la justicia, el modelo y la función de las instituciones de la administración de justicia y su normativa orgánica, sustantiva y procesal. Esto sucedió en el modelo económico colonial, que para su seguridad estableció el modelo de justicia penal inquisitivo (europeo continental), como expresión de dominio hegemónico de aquel momento histórico. Por su parte, hoy, el modelo de mercado económico de la globalización impone su propio modelo de justicia penal, el modelo acusatorio (con un fuerte componente inquisitivo).

Dichos en palabras más sencillas, “el nuevo modelo económico necesita legitimarse a través de su legalización”²⁵. Este autor recuerda que durante la "Conferencia del Banco Mundial sobre la Reforma Judicial en América Latina y el Caribe", realizada en Washington durante el 13 y 14 de junio de 1994, la entidad crediticia estableció que la reforma judicial "debe promover un ambiente judicial y jurídico que sea el instrumento que haga posible la financiación, la inversión y el intercambio" y sugirió que "la implementación con éxito de cambios fundamentales de política en el ambiente empresarial y en el sector financiero requiere normalmente cambios igualmente fundamentales en el marco institucional y jurídico global".

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en el año 2000, en una investigación sobre la Seguridad Jurídica e Inversiones realizado en Centroamérica y Panamá²⁶ pone de relieve la relación justicia y economía. Esta investigación que trata, entre otras cosas, sobre el concepto de seguridad jurídica, sistema de registro, inseguridad ciudadana e inversión, expropiación e indemnización e inversión, protección a la propiedad intelectual e industrial e inversión extranjera, legislación ambiental y ordenamiento territorial ante la inversión extranjera, clima de negocios e inversión, competitividad e inversión, establece que «para empresarios de sesenta y nueve países, son importantes para la inversión económica la credibilidad del Estado, la previsibilidad de las nor-

25 Giarone, D., op. cit., p. 3.

26 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Seguridad Jurídica e Inversiones, Acceso a la Justicia en Centroamérica y Panamá. San José, Costa Rica, 2000.

mas y de las políticas, las percepciones sobre la estabilidad política y seguridad de la propiedad, la relación Estado-Empresas, la incertidumbre creada por la ineficiencia del gobierno en la prestación de servicios, la importancia de la criminalidad, la confianza en la aplicación de la ley por la justicia, las trabas burocráticas y la importancia de la corrupción».

Los presidentes reunidos en la Segunda Cumbre, realizada en Santiago de Chile en abril de 1998, dos años antes de la investigación del PNUD, declararon estar "convencidos que una administración de justicia independiente, eficiente y eficaz, juega un papel esencial en el proceso de consolidación de la democracia; fortalece su institucionalidad; garantiza la igualdad de todos sus ciudadanos; y contribuye al desarrollo económico, por lo que se comprometieron a reforzar "nuestras políticas de justicia" y a impulsar "aquellas reformas que sean necesarias para promover la cooperación jurídica y judicial"²⁷.

V. La gran reforma del siglo XX

En la región, desde inicio de los años noventa, coincidentemente con el señalamiento del profesor de la Universidad de Múnich, BERND SCHUNEMANN, en su trabajo, la marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo, tiene inicio la reforma de la justicia penal, la "gran reforma del siglo XX", como le denominaron algunos académicos.

Esta reforma implica la transformación del sistema de justicia en cada uno de sus componentes, la policía en el área de la investigación criminal, la reforma del código penal, el código procesal penal y la legislación penitenciaria de cada país, entre otras áreas. No obstante, pensamos que el impacto de mayor transcendencia se produjo en la reforma de carácter procesal penal, no solo por el cambio de sistema o modelo procesal (del inquisitorial al acusatorio), sino también por la fuente de donde se origina el mismo. La región asume un modelo propio del sistema jurídico comparado del Common Law y marca distancia con el europeo continental, del Civil Law, basado en la ley escrita.

El nuevo modelo procesal penal, instauro el modelo acusatorio. El impacto de este modelo radica, entre otros aspectos, en la exigencia de que exista una correlación entre la acusación y la sentencia, o como expresa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España 4/2002, 14 de enero, "nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse", y se-

27 Giarone, D., op. cit., p. 4. La negrita me pertenece.

gundo, en la separación de los roles de las partes que intervienen en el proceso. Para que esto pueda ser posible, que el principio acusatorio tenga vigencia, la estructura del proceso penal de modelo acusatorio, separa con claridad las funciones de acusar y juzgar. Lo anterior, sumado a los principios del debido proceso y, en especial, al derecho a la defensa, que permite al acusado rechazar la acusación que contra él, en el marco de una audiencia oral y pública, dominada por el debate contradictorio.

Este principio, el acusatorio, para Gómez Colomer²⁸, es una garantía esencial del proceso penal, elevado a rango de derecho fundamental dentro del cual se encuentra la exigencia de la imparcialidad del juez, lo que supone la separación entre las funciones de instruir, acusar y juzgar. Para este autor, y partiendo del sentido original del término referido a la imparcialidad judicial, el principio acusatorio significa: “a) No puede existir proceso sin acusación formulada por persona distinta a quien juzga; b) No cabe condena por hechos distintos ni persona distinta a los señalados en la acusación y; c) la imparcialidad del juzgador.”

A diferencia del proceso acusatorio, el modelo inquisitivo es el enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad y la centralización del poder; todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano. El principio inquisitivo consiste en que el órgano jurisdiccional desarrolla su actividad en relación con uno o varios sujetos que se encuentran en posición pasiva respecto de esa actividad, es decir, el juez inicia de oficio las investigaciones y lleva el proceso adelante respecto de una sola parte (el imputado), frente a la cual investiga y dicta sentencia. El juez instructor, como director y artífice de la investigación, puede acordar todas las diligencias que considere convenientes o útiles para la comprobación del delito e identificación de los culpables; las partes personadas en el juicio pueden colaborar en la instrucción pidiendo la práctica de las diligencias que estimen oportunas, y que deben, en todo caso, acordarse por el juez si las considera conducentes, o no. Otro rasgo del proceso penal inquisitivo es el carácter escrito de las actuaciones, que permite revisar la cuestión en segunda instancia y aún en casación, compensando —y limitando— de esta manera los grandes poderes del juez inquisidor, que dicta sentencia de primer grado con base en sus averiguaciones.

28 La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional. En la prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, Luis Miguel Reyna Alfaro (Director), 2007, p. 226-227

El modelo procesal acusatorio, en cambio, exige que una parte distinta al juez promueva y sostenga una acusación o pretensión punitiva para que pueda iniciar el juicio penal y, en su caso, pueda condenarse al acusado. En el principio acusatorio el acusador es persona distinta del juez. El Estado separa ambas funciones de acusar y juzgar en diferentes sujetos, para evitar que coincidan.

VI. El retorno de viejas políticas autoritarias

Estas reformas de corte economicistas, han empujado a la región a importar políticas puramente represivas, como, sobresalen, la denominada “ley y orden”, “tolerancia cero” o “Derecho penal del enemigo” que tienden a “criminalizar la pobreza”²⁹ y cualquier malestar social. Este tipo de política tiene un grave impacto en los derechos humanos, especialmente de los derechos fundamentales de las personas sometidas a investigación policial, controlada legal y fácticamente por los órganos represivos de seguridad. Esta política punitiva, en palabras de Eduardo Galeano³⁰, no es otra que «la represión plan bestia, pócima mágica elogiada por los medios de comunicación, se descarga generalmente con saña sobre los sectores marginales y otras minorías».

La reforma abre la puerta para el retorno de la vieja concepción de la policía autoritaria del siglo XIX, contexto en el cual esta agencia represiva se originó, primero, como institución de carácter urbano y, segundo, con el objeto de cuidar o proteger, “la enorme concentración de riqueza y, a la vez, cuidar la “concentración” de la miseria”³¹. Precisamente, la globalización de la economía ha traído consigo, según palabras de Muñoz Conde³², un “aumento de una población subproletariada, con gran número de desempleados, escasa cualificación laboral, emigración ilegal (...) que lógicamente está abocada a la delincuencia, o por lo menos a un cierto tipo de delincuencia de supervivencia”. Esta globalización del

29 Muñoz Conde, F, De la tolerancia cero al derecho penal del enemigo, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2009, p. 36.

30 Galeano, Eduardo, Patas Arriba, La Escuela del Mundo al Revés, Siglo XXI editores, México, 1999, p. 88.

31 Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n° 18, 2000, p. 9; Cuarezma Terán, Sergio et al. “La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano: El Caso Nicaragua”, en AA. VV., La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación, Ambos, Kai, Juan-Luis Gómez Colomer y Richar Vogler. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Ltda., 2003, p. 423)

32 Muñoz Conde, op. cit., p. 36-37.

modelo económico, provoca una reducción del Estado social de derecho y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario, y la idea de tolerancia cero (menos garantías más represión) no es más que la expresión “de un pensamiento único sobre cómo proceder y prevenir la delincuencia, que se quiere extender a todo el mundo, independientemente de las diferencias económicas, culturales y sociales de cada país”³³.

La reforma además, atribuye a las fuerzas públicas extensas facultades para la fase de investigación policial, esto sin contar o sumar las también extensas facultades que el Ministerio Público tiene derivadas tanto de sus leyes orgánicas como de la legislación procesal. Este tema es sensible, si tenemos en consideración que para el caso de los países donde la policía depende del Poder ejecutivo, esta situación hace además del poder que tienen, que se convierta en un factor distorsionante de la investigación. Cuando el Poder ejecutivo no quiere que se investigue, el fiscal queda sin la cooperación necesaria y, por ende, en imposibilidad de hacerlo. No basta que los códigos procesales penales digan que la policía tiene la facultad, según sea el caso, de investigar los delitos o faltas, puesto que es sabido, como expresa, y con razón, Zaffaroni³⁴, «que ésta averigua si lo desea, es decir, que en caso contrario se limita a cumplir órdenes y está en condiciones de desviar gravemente la investigación con total impunidad, pues no tiene nadie capacidad de controlarla». En este sentido, Zaffaroni³⁵ pone de manifiesto que el problema no se resuelve cambiando de nombre a las instituciones: si el Ministerio Público (el nombramiento del Fiscal General) depende del Poder ejecutivo (en el supuesto de que éste sea seleccionado por la Asamblea Nacional de la propuesta del Poder ejecutivo) y la policía una dependencia de éste, la investigación a cargo del mismo no sería un paso hacia el sistema acusatorio, sino la puesta de la investigación de todos los delitos bajo los dictados e intereses del Poder ejecutivo o, lo que es lo mismo, que la policía se haya transformado de facto en el Ministerio Público, y este en el brazo ejecutor de aquel.

El Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal (ILANUD) ha tratado este tema de forma muy amplia. En el 2007, diecisiete años después de iniciada la reforma de la justicia penal en la región, llevó a cabo una investigación en Lati-

33 *Ibídem.*

34 Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 7-11.

35 *Ibídem.*

noamérica³⁶, bajo la dirección científica del profesor Zaffaroni, sobre Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. En esta investigación se destaca el poder autónomo de la policía, que debilita la consolidación del sistema acusatorio, favoreciendo por ende a “modelos autoritarios de justicia penal. No otra puede ser la conclusión cuando se reduce a la mínima expresión el rol protagónico que el Ministerio Público debe asumir en el proceso penal, al extremo de someterlo al regateo de sus atribuciones con otros órganos de poder”³⁷.

También advierte que la delegación de la “instrucción en la policía” por parte de fiscales a los que el volumen del trabajo no les impide realizarla personalmente, conduce por razones estructurales a la formación de un “poder policial autónomo al que se le van tolerando vicios que se disimulan: no se pregunta cómo se llega a las noticias, se admiten explicaciones absurdas y banales, se acepta tácitamente el trabajo con informantes pagos con impunidad”³⁸. La cuestión se torna paradójica cuando, en casos aislados, el fiscal quiere investigar y “la policía le niega auxilio material”³⁹. Lo cierto, dice el informe, es que esto “pone de manifiesto que la investigación puede llegar a valerse de medios ilícitos aunque tolerados por quienes deben de controlar la legalidad del proceso, mientras lo haga la policía”⁴⁰. En todo caso, como se advirtió arriba, la investigación afirma, que las policías (dependientes del poder ejecutivo) terminan siendo “las verdaderas autoridades de instrucción o sumario”⁴¹.

Este hecho, que la policía sea la verdadera autoridad de instrucción, sin duda tiene un impacto sobre los derechos humanos de la persona sometida bajo su investigación. La investigación de ILANUD⁴², arroja datos de graves violaciones de los derechos fundamentales en la instrucción policial de las personas imputadas, propias de un modelo procesal inquisitivo.

36 Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007.

37 Zaffaroni, op. cit., p. 49.

38 *Ibíd*em, p. 19.

39 *Ibíd*em, p. 19.

40 *Ibíd*em, p. 19.

41 *Ibíd*em, p. 21.

42 *Ibíd*em, p. 47.

En la etapa de la instrucción penal practicadas por los cuerpos policiales, se advierte, entre otras cosas, que a los detenidos (imputados) no gozan del derecho a la presencia de un defensor y se encuentran incomunicados; que las declaraciones que brindan los detenidos en la policía en el proceso el judicial no las excluye, les da valor probatorio contaminando la imparcialidad de los jueces, legitimando el modelo materialmente inquisitivo en sede acusatorio; que la policía y el Ministerio Público asumen poderes arbitrarios o incontrolados; también que el hecho de que la detención, custodia y alojamiento del detenido o imputado recaiga en un mismo cuerpo, debilita la defensa del detenido; que respecto al valor procesal de la prueba obtenida ilícitamente, quedó claro que existen en las normas procesales y practicas judiciales orientadas a salvar las deficiencias en la investigación policial para permitir una valoración positiva de los elementos obtenidos ilícitamente; que estos vicios por parte de la judicatura revela que se ha adoptado a nivel latinoamericano una doctrina jurídica de origen europeo que propicia estados legales de derecho y no estados constitucionales de derecho, privilegiando la seguridad de respuesta por sobre la seguridad jurídica.

Para Hassemer⁴³, el Estado ha cambiado fundamentalmente su papel, “de una amenaza a los derechos individuales se ha convertido ahora en un garante de la seguridad. La clásica relación de tensión entre la seguridad y la libertad, que se manifiesta en la experiencia, en donde el aumento de la seguridad frente al delito debe ser organizada mediante el Derecho penal y acompañada de limitaciones a las libertades públicas, ya no constituye algo vivo”.

En el 2011, cuatro años después, ILANUD llevó a cabo una investigación sobre las Reformas al sistema de justicia penal en Japón y América Latina. Logros, problemas y perspectiva. En las conclusiones generales, la investigación puso de relieve serias disfuncionalidades de la reforma, o dicho en palabras de BINDER “una tarea inconclusa e imperfecta”.

Entre las conclusiones, destaca el hecho que la prisión preventiva, medida cautelar extraordinaria, es utilizada aún de forma indiscriminada no sólo en las peticiones que los fiscales hacen a la hora de la acusación, sino también en la imposición de los jueces. A pesar que los Códigos de la región han incorporado mecanismos alternos de solución de conflictos, son utilizados de forma insuficiente para evitar que los hechos sean llevados al sistema de justicia penal y evitar una respuesta

43 Hassemer, W, “El Derecho penal en el Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, en AA. VV., Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad, Editorial B de F, Argentina, 2009, p. 186-187.

violenta. Uno de los más graves problemas que enfrenta la reforma es el escaso apoyo que el Estado da a la defensoría pública, especialmente en el tema presupuestario. Esta institución es el fundamento democrático del proceso penal, y sin una defensoría pública fuerte muy difícilmente el modelo procesal acusatorio podrá consolidarse. Los roles de los actores procesales y su consolidación, es otro de los problemas que presenta la reforma veinticinco años después. A pesar que el nuevo modelo procesal establece la separación de roles, el fiscal ejerciendo la acción de acusación y el juez, resolviendo, lo cierto es que en la práctica no son pocos jueces que se inmiscuyen en roles o funciones derogadas. Otro aspecto, es la escasa articulación operativa entre el Ministerio Público y los organismos de investigación y el predominio de una cultura inquisitiva o autoritaria entre los operadores de justicia.

Estos problemas que apuntan las interesantes investigaciones del ILANUD, 2007 y 2011, exigen, sin duda, retos que no pueden posponerse. La investigación del 2011 propone como recomendaciones, primero, dotar de mayores garantías procesales a las partes dentro del proceso, de acuerdo con los estándares internacionales sobre la materia, y, segundo, la búsqueda de mayor eficiencia y eficacia procesal.

Estas recomendaciones, se orientan a la implementación de la oralidad en el sistema o modelo procesal acusatorio, eliminando en lo posible la formalización del proceso o rigurosos formalismos escritos, propios del modelo inquisitivo (pocos países, como Panamá, suprimió exitosamente el expediente en el proceso). La necesidad de implementar los mecanismos de resolución alternativos de conflictos y evitar que la creciente conflictividad social sea trasladada al escenario judicial. Además, es recomendable impedir en la medida de lo posible, que la falta de acuerdos entre las partes en el conflicto, desemboque por parte del Ministerio Público en acusación y, por el contrario, estimular que los hechos permitidos por la ley lleguen se resuelvan por estos mecanismos. El derecho a la participación de la víctima en el proceso penal, es otro reto de la reforma procesal penal. La reforma contemplaba una mayor participación de la víctima del delito, sin embargo, todavía hoy el papel de la misma es pasivo y reducido al papel de testimonio, como si no pudiera colaborar de forma activa y positiva en el hecho criminal. La participación ciudadana en la justicia penal, es otro reto para la reforma, como el desarrollo de una contracultura acusatoria, para desplazar los resabios del modelo procesal inquisitorial.

Y, por último, y no menos importante, la región tiene el desafío (o el compromiso) de racionalizar la intervención penal, es decir, considerar al Derecho penal como la última ratio, sobre todo en momentos que

la región trata de desarrollar políticas de tolerancia cero o ley y orden, que se traducen en mayor violencia con meno garantías, dirigidas especialmente a los sectores poblacionales empobrecidos, que demuestra, a propósito, lo que el Estado puede hacer solo por ellos. Como expresa en una reciente entrevista al diario argentino La Nación, el sociólogo noruego Nils Christie, la «prisión lastima a la gente»⁴⁴.

VII. De la confesión al Plea bargaining system

Cuando todo indicaba que la prueba de la confesión, como reina de las pruebas en el modelo procesal inquisitivo quedaba abolida con la reforma de la justicia penal, esta surge, y con mayor vigor, en una versión mejorada denominada la plea bargaining system.

Este sistema, injertado en la justicia de la región, ha instaurado una «justicia rápida» (fast justice) más pudorosamente traducido como negociación⁴⁵.

La plea bargaining system (regateo de la justicia), de tradición anglo-norteamericana, es consecuente a la naturaleza economicista de la reforma de la justicia. Esta institución excluye al juez del conflicto, igual que en el mercado libre excluye a los agentes reguladores, y pone en manos de particulares (fiscal y defensor) la decisión del caso penal que debería estarlo en la figura del juez constitucional. En este sentido, según De Diego Díez⁴⁶, para los econometricians la plea bargaining es un “mal necesario” y propugnan su mantenimiento como algo deseable. «Para ellos el proceso penal no es sino un sistema de mercado, un método de distribución de recursos escasos, y dan por supuesta la imposibilidad de los operadores judiciales de varia el quantum de los recursos disponibles. A partir de estas premisas afirman –en armonía con la concepción de libre mercado propugnada a nivel económico- que la intervención “reguladora” de la autoridad pública, identificada en el proceso penal con la decisión del Juez sobre la pena, puede dar buenos resulta-

44 Nils Christie, “Las prisiones son un instrumento para que haya más criminales.” 27 de septiembre de 2007, Diario La Nación, Argentina. Véase en <https://www.lanacion.com.ar/947424-las-prisiones-son-un-instrumento-para-que-haya-mas-criminales>

45 Zaffaroni, Raúl, “El Curso de la Criminología”, en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n° 18, 2000, p. 7-11.

46 De Diego Díez, Luis Alfredo, “La plea bargaining de los EE.UU”, en AA. VV., Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 61.

dos solo si el “precio” fijado por la autoridad competente coincide con el que las partes contratantes han convenido”.⁴⁷ FEELEY⁴⁸, la compara «con los supermercados en los que los precios de los distintos productos están claramente fijados y etiquetados [...]. En un supermercado, los clientes pueden quejarse de los precios, pero raras veces regatean [bargain] para que se les rebaje».

La plea bargaining o regateo de la justicia promueve procedimientos «reacios a los preceptos éticos, que nada tienen que ver con la justicia ni la equidad», como expresa José Carlos Barbosa Moreira⁴⁹, que la reforma pretendía eliminar del viejo modelo inquisitorial. Este sistema de justicia, llamados por algunos, justicia mil por horas o la macdonalización de la justicia, «encierra un peligro en la pretensión de implementar formas rápidas de condenación, que pretenden que nada quede por escrito, creando la ilusión expeditiva y pragmática»⁵⁰. O, dicho en palabras de Hassemer⁵¹, el deal es un instrumento desformalizador, el cual “abarata y acelera la justicia penal a costa de las tradicionales formalidades del proceso mediante un acuerdo entre los participantes”.

Para Zaffaroni⁵², en la investigación comparativa, Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina, «la publicidad con que se divulgan estos modelos en la región es preocupante, porque puede ser fácilmente vendible a los políticos preocupados por las demandas públicas de una justicia penal más rápida». Para Zaffaroni⁵³, estas propuestas, dadas las características de la región, «no llevarían más que a un proceso penal destinado a la rápida y barata condenación de pobres, perfectamente compatible con el modelo economista incompatible con la dignidad de la persona».

47 *Ibidem*, p. 61 – 62.

48 *Ibidem*, p. 52.

49 Barbosa Moreira, José Carlos, “La Transacción Penal Brasileña y el Derecho Norteamericano” en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n° 17, 2000, p. 52.

50 Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007, p. 46.

51 Hassemer, op. cit., p. 184.

52 Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007, p. 46.

53 *Ibidem*.

En los foros académicos y científicos de los Estados Unidos esta institución es duramente criticada, a tal punto que un eminente Magistrado no vaciló en llamarle a la plea bargaining un “sórdido proceso” y John Langbein⁵⁴, de la Universidad de Chicago, ha llegado a contrastarla con el derecho medieval europeo sobre la tortura, «las semejanzas entre el sistema moderno de la plea bargaining y el antiguo sistema de tortura judicial son muchas y escalofriantes». Asimismo, indica Langbein⁵⁵ que la plea bargaining es un «procedimiento sin juicio establecido para declarar culpables y para condenar a personas acusadas de delitos graves. Sin alguien busca en la Constitución de los EE.UU. algún fundamento para la plea bargaining, buscará en vano. En su lugar encontrará, una garantía opuesta, la garantía del juicio previo».

En este sentido, Zaffaroni⁵⁶ expresa que la plea bargaining se convierte fácilmente en una fuente de extorsión que reemplaza a la tortura: «Quien carece de defensa de calidad no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la negociación o regateo, pues de lo contrario se le amenaza con un pena mucho más grave. De este modo se logra reducir el número de presos preventiva, puesto que se los condena a todos rápidamente». Además se trata de otro recurso que llena otro requisito fundamental podrá la selectividad estructural del poner punitivo: perjudica sólo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él. En tercer lugar, los jueces pueden seguir ejerciendo el manejo de la prisión preventiva como pena, aunque ya a modo de pena formal».

Para De Diego Díez⁵⁷, «la plea bargaining es tan frecuente en el sistema criminal norteamericano que mediatiza su organización hasta tal punto, apoyándose en los criterios de Newman y Anderson, que el orden del día del Tribunal, el personal judicial, y otros recursos están determinados de antemano dando por hecho que habrá un alto índice de declaraciones de culpabilidad». El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso Santobello v. New York (404 U.S. 257,260, [1971]), es-

54 Langbein, John H., “Tortura y plea bargaining”, en AA. VV., en El procedimiento abreviado, Julio Mayer y Alberto Bovino -compiladores-, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 9.

55 *Ibidem*.

56 Zaffaroni, Raúl, “América Latina: Análisis regional, proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad”, en AA. VV., Documentos penales y criminológicos (DPC), Diego-Manuel Luzón Peña, Ernesto Pedraz Penalva y Sergio Cuarezma Terán -directores-, Volumen I, HISPAMER, 2001, p. 352.

57 De Diego Díez, L., *op. cit.*, p. 54.

tableció que este tipo de acuerdo “representa un componente esencial de la administración de justicia”.

La fundamentación que se aduce para justificar la validez de esta institución es la «eficacia». Entre ellas se menciona, como señala DE DIEGO DÍEZ⁵⁸, «el enorme número casos que el Ministerio Público debería afrontar, el costo de cada proceso para el Estado, la oportunidad de no malgastar los recursos económicos destinados al servicio judicial, la necesidad de concentrar los esfuerzos de la acusación en los casos de provocan mayor alarma social, entre otros».

En este sentido, como plantea DE DIEGO DÍEZ (1999, p. 18), «parece que beneficia a todos los involucrados en la justicia penal, desde el acusado, su defensor y el fiscal. Por ejemplo, el acusado evita gastos, retrasos e incertidumbres, así como el riesgo de una condena más grave (aunque sea inocente) que la que de hecho se le impone; el abogado defensor obtiene sus honorarios con menores esfuerzos y economizando tiempo. Sin embargo, esta tentadora perspectiva empuja fácilmente al defensor a convencer a su cliente de que se declare culpable».

Alschuler, citado por De Diego Díez⁵⁹, refiriéndose a este tema, expresa que «todo el actual sistema de justicia criminal estadounidense parece diseñado, en suma, para inducir al abogado defensor a adoptar la siguiente máxima: en caso de duda, entrégale (cop him out)... y negocia. Al Ministerio Público le permite, con la resolución “contratada” del proceso, controlar la carga de trabajo y además, en caso se llevaran a jurado, la condena sería incierta. El Estado, determina la culpabilidad muy económicamente porque no tiene que cumplir la obligación constitucional de aportar pruebas».⁶⁰

La plea bargaining altera el sistema de legalidad y su vigencia (y, en consecuencia, el de seguridad) vinculado al Estado de derecho, en el cual, la justicia se aplica, no se negocia. En este tema lo que está en juego es la respuesta jurídica ajustada a la legalidad, incompatible con la disponibilidad del proceso penal en manos de particulares (fiscal y defensor). No hay que olvidar que la misión constitucional del Poder judicial de la mayoría de los países de la región, es la tutela de los derechos humanos mediante la aplicación (y no la negociación) de la ley. Conforme a este mandato constitucional los particulares, en virtud del monopolio

58 *Ibidem*, p. 55.

59 *Ibidem*, p. 59.

60 La cursiva me pertenece.

estatal, no pueden ni deben disponer del Derecho penal, ni de la consecuencia jurídica penal, ya que éste se aplica (o debería aplicarse) sólo por jueces y tribunales constitucionales en el marco de un proceso penal, propio de un sistema de división de poderes. En el Derecho penal la descripción de las conductas delictivas (tipos penales legales) formalizan y delimitan la justicia, pero ésta sólo puede realizarse en el proceso penal, debidamente desarrollado y con el debido proceso legal, sólo así se puede “condenar y remover la presunción de inocencia”.

No cabe duda que la negociación o el regateo de la justicia conduce a la privatización del proceso penal (de la justicia penal), es, como expresa Amodio⁶¹, «una verdadera y propia exaltación de la autonomía de las partes». Este criterio encuentra su fundamento conceptual en la existencia de una relación horizontal entre partes, de la que se originan derechos y obligaciones. El fiscal y el defensor cuando “negocian” un delito por otro o la responsabilidad del acusado o un privilegio a cambio de una información, están realizando un “negocio de carácter privado”. Este toma y data⁶², «expropia a las partes de sus específicos papeles y las reduce, en la mejor de los casos, al nivel de mercaderes; en el peor, a intrigantes. Jueces y abogados olvidaran su deber de contribuir a la búsqueda de la verdad, mientras los representantes de la acusación y los defensores no se dedicaran a preparar el proceso penal con el interés necesario».

Esta institución procesal anglonorteamericana, como expresa la investigación del ILANUD sobre Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina⁶³, “encierra un serio peligro en materia específicamente procesal, la pretensión de implementar formas rápidas de condenación, expeditivas, que pasan por sobre las formas procesales más elementales”, es un instrumento desformalizador, el cual “abarata y acelera la justicia penal a costa de las tradicionales formalidades del proceso mediante un acuerdo entre los participantes”⁶⁴.

No es posible pues, conciliar la legalidad (ley escrita) con la negociación (sistema no escrito). Este tipo de justicia (de regateo) supone,

61 *Ibídem*, p. 75.

62 *Ibídem*, p. 59.

63 Zaffaroni, Raúl, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007, p. 46.

64 Hassemmer, *op. cit.*, p. 184.

en expresión del profesor norteamericano Friedman, negociar a la sombra de la ley.

VIII. Consideraciones finales

No dudamos que la justicia es un presupuesto para la tutela de los derechos humanos y para el desarrollo económico, que además no solo es factor de impulso, sino factor para el desarrollo de la economía, pero también es cierto que una reforma, como la apuntada, que sacrifique la tutela de los derechos humanos para proteger el capital, sin duda, crea un desbalance o desequilibrio en el propósito original de la reforma de la justicia penal, y, por tanto, tal diseño impacta gravemente en las libertades, derechos y garantías de la persona de la persona sometida a persecución penal. El reto, es el equilibrio, una reforma de la justicia penal para ambos supuestos, para la protección de los derechos humanos de la persona y además para garantizar un marco de seguridad a la economía, con la finalidad de promover el desarrollo de la región.

El desafío es sin duda mayúsculo: hacer que la reforma de la justicia penal se oriente, en consecuencia, a transformar las bases de legitimidad sobre las cuales funciona. Ello supone un cambio sustancial en las relaciones con la sociedad, un «encuentro con la persona y su desarrollo», diseñada dentro de una estrategia a largo plazo y dirigida fundamentalmente a producir un cambio en el comportamiento y en la estructura de pensamiento, entre los cuales los sujetos económicos juegan un importante papel, pero no exclusivo, pero desde una visión procesal penal de y para la región. Tal perspectiva constituirá un «cambio cultural» de primera magnitud con respecto a los esfuerzos de la justicia emprendida en los países de la región.

Bibliografía

ALVARADO, R., y otro, “La Negociación en la Justicia Penal: La Posición del Juez. Estudio Comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua)”, INEJ, 2004; BARBOZA MOREIRA, J., “La Transacción Penal Brasileña y el Derecho Norteamericano” en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n° 17, 2000, p. 49-53; BESSON, W. y otro, “Elementos del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público” en AA. VV. *Elementos del Estado de derecho como garante de los derechos humanos y de la democracia, Estado de derecho y democracia*, Konrad –Adenauer- Stiftung, Buenos Aires, 1997, pp. 121-129; BIRKENMAIER, W., “El Estado de derecho la República Federal Alemana”, en AA. VV., *La noción del Estado de derecho: evolución histórica y elementos, Estado de derecho y democracia*, Konrad –Adenauer- Stiftung

Buenos Aires, 1997, pp. 83-99; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio” en *Justicia*, n° 3-4, 2013, pp.121-132; CUAREZMA TERÁN, Sergio et al. “La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano: El Caso Nicaragua”, en AA. VV., *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Ambos, Kai, Juan-Luis Gómez Colomer y Richar Vogler. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Ltda., 2003, p. 423- 461; “El desafío de la justicia”, en AA. VV., *El PNUD y Nicaragua ante el tercer milenio. Una visión nicaragüense sobre gobernabilidad y desarrollo humano*, Managua, 2001, p. 63-68; “La Posición del Juez en Nicaragua. La Administración de Justicia como garante de los Derechos humanos en Nicaragua”, CEIJ, Editorial-Imprenta UCA, Managua, 1996; DE DIEGO DÍEZ, L., “La plea bargaining de los EE.UU”, en AA. VV., *Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; DE LA CRUZ OCHOA, R., “Reforma de la Administración de Justicia en América Latina”, Conferencia Pronunciada en el Congreso de la Asociación Americana de Juristas celebrado en La Habana, Cuba, 18 de octubre, 2000; ELBERT, C., “El control sin Estado y sin políticas criminales en la América Latina globalizada”, en AA. VV., *Documentos Penales y Criminológicos. Volumen 1*. Luzón Peña, Diego Manuel, Pedraz Penalva, Ernesto y Cuarezma Terán, Sergio J. -directores-, Managua, HISPAMER, 2001, p. 555-568; FRIEDMAN LAWRENCE M., “Introducción al derecho norteamericano”, traducción de Joan Vergé i Grau, Librería Bosch, Zaragoza, España, 1988; GAGO PRIALE, H, “La idea del derecho en perspectiva del desarrollo y de los derechos humanos”, *Derecho y Desarrollo*, UPCP, Lima, 2011; GALEANO, E., “*Patas Arriba, La Escuela del Mundo al Revés*”, Siglo XXI editores, México, 1999; GIARONE, D., Disponible en World Wide Web: <http://www.visionjusticia.f2s.com/justiciaSA.htm> , 2001; GÓMEZ COLOMER, J.L., “*Adversarial system*, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos”, en *Revista Poder Judicial*, n° especial XIX, pp.25-77, 2006; “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”. En la prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, Luis Miguel Reyna Alfaro (Director), *Juristas Editores e INEJ*, 2007, Perú; GÓMEZ MARTÍN, V., *¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2007; JIMENO-BULNES, M., “American criminal procedure in a european context”, en *Cardozo journal of international and comparative law*, volume 21.3 (spring), pp. 410 – 459, 2013; LANGBEIN, John H., “Tortura y plea bargaining”, en AA. VV., en *El procedimiento abreviado*, Julio Mayer y Alberto Bovino -compiladores-, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2001; PÉREZ BALTODA-

NO, A., “El futuro de las identidades políticas de América Latina”, Confidencial, en *Semanario de Información y Análisis*, n° 233, 2001; PÉREZ LUÑO, A., “*Los derechos fundamentales*”, Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Seguridad Jurídica e Inversiones, Acceso a la Justicia en Centroamérica y Panamá. San José, Costa Rica, 2000; Proyecto Estado de la Región – Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá. Proyecto del Estado de la Región. San José, Costa Rica, 2003, p. 282-304; Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá. Resumen del Capítulo 7: El Desafío de la Democratización de la Justicia y del Fortalecimiento de la Rendición de Cuentas. San José, Costa Rica: Disponible en World Wide Web: <http://www.estadonacion.or.cr/Region2003/Paginas/prensa/Resumen-7.pdf>; Memoria de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (1996-2000), Managua. Publicación de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua; MONTERO AROCA, J., “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, en AA. VV., *Prueba y proceso penal*, J.L. Gómez Colomer-coord-, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.17-66; MUÑOZ CONDE, F., “*De la tolerancia cero al derecho penal del enemigo*”, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Managua, 2009; HASSEMER, W., “El Derecho penal en el Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, en AA. VV., *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Editorial B de F, Argentina, 2009; UMAÑA, M., *Inversión Extranjera Directa en Centro América: el rol de la seguridad jurídica*, 2002. Documento en proceso, disponible en World Wide Web: <http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen443.pdf>; ZAFFARONI, R. y otro, “*La Justicia como garante de los derechos humanos: La independencia del Juez*”, ILANUD, San José, Costa Rica, 1996, p. 5-37; “El Curso de la Criminología”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 18, 2000, p. 7-11; “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina”, en AA. VV. Zaffaroni, E. Raúl y Elías Carranza -coordinadores-, México, 2007; “América Latina: Análisis regional, proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad”, en AA. VV., *Documentos penales y criminológicos (DPC)*, Diego-Manuel Luzón Peña, Ernesto Pedraz Penalva y Sergio Cuarezma Terán -directores-, Volumen I, HISPAMER, 2001, p. 339-362; “Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad”, AA. VV., *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, 2003, p. 3-24; “La justicia como garante de los derechos humanos en México y en América Central: La independencia del Juez”, AA. VV., *La Justicia como garante de los Derechos Humanos: La independencia del juez*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1996, p. 5-37.

La política criminal en sus distintas dimensiones muestra un panorama amplio y sombrío, en especial con las nuevas formas de delincuencia, el surgimiento de nuevos actores que inciden en ella y la creciente tendencia a la internacionalización o globalización de la prevención del delito.

En la presente investigación, Nieves Sanz Mulas, expone con claridad y precisión un análisis holístico de los componentes tradicionales y más recientes de la política criminal, así como los aspectos oportunos y pertinentes para el estudio y la correcta aplicación de esta en un contexto en que se producen cambios sustanciales y globales en la sociedad contemporánea.



INEJ
Fundado en 1995

