manuales

CURSO DE POLÍTICA CRIMINAL

2ª EDICIÓN

Emiliano Borja Jiménez

TIRANT LO BLANCH

CURSO DE POLÍTICA CRIMINAL

2ª Edición

Emiliano Borja Jiménez
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

tirant lo blanch
Valencia, 2011

Copyright ® 2011

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (http://www.tirant.com).

© EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
I.S.B.N.: 978-84-9004-329-5
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

A Belén Pascual de la Parte,
A su amor a la vida…
A su vida de amor.
A nuestra eterna amistad…
A nuestra amistad eterna.

Índice

Otra breve indicación del autor 13

I. PARTE GENERAL

Lección 1ª
POLÍTICA, POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL

1. Concepto de Política Criminal 19
2. Política general y política criminal 22
3. Derecho Penal: Dogmática y Política Criminal 27

Lección 2ª
EVOLUCIÓN DEL ESTADO Y EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL

1. Evolución de la legislación penal y Política Criminal 33
2. Ilustración y Codificación: El nacimiento del Estado liberal de Derecho 42
3. Intervencionismo y Derecho Penal: El Estado social de Derecho 48
4. Derecho Penal y garantías individuales: El Estado democrático de Derecho 52
5. La concepción político-criminal de la Constitución Española 56

Lección 3ª
POLÍTICA CRIMINAL, CRIMINOLOGÍA Y SISTEMA PENAL

1. Criminología y Política Criminal 61
2. Victimología y Política Criminal 65
3. Sistema punitivo y Política Criminal: Especial referencia a las penas de muerte, de prisión y a sus alternativas. Breve referencia a la mediación penal 69
4. Sistema penitenciario y Política Criminal 79
5. Sistema de enjuiciamiento penal y Política Criminal 85
6. Sistema de responsabilidad penal del menor de edad y Política Criminal 95

Lección 4ª
MODERNAS TENDENCIAS Y PROYECCIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN UN MUNDO GLOBALIZADO

1. Globalización y Política Criminal 105
2. Política Criminal y Derecho Penal funcionalista 107
3. Política Criminal y Derecho Penal simbólico 109
4. Política Criminal y Derecho Penal del enemigo 111

II. PARTE ESPECIAL

Lección 5ª
TUTELA PENAL DE LA VIDA

1. Protección jurídico-penal de la vida humana 119
2. La distinción entre homicidio y asesinato 121
3. El suicidio y el debate social sobre la eutanasia 123
4. Legalidad e ilegalidad del aborto consentido por la mujer embarazada 128

Lección 6ª
TUTELA PENAL DE LA LIBERTAD

1. La libertad como objeto de protección penal 138
2. Libertad de movimientos: Detención y secuestro 141

Lección 7ª
TUTELA PENAL DE LA AUTODETERMINACIÓN E INDEMNIDAD SEXUAL

1. La libertad e indemnidad sexual en el Estado de Derecho 147
2. Libertad sexual, prostitución y dignidad humana 152
3. Protección penal de la indemnidad sexual de los menores de edad e incapaces 154

Lección 8ª
LÍMITES PENALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Honor, intimidad y libertad de expresión 157
2. Medios de información y conflicto de derechos constitucionales 162

Lección 9ª
TUTELA PENAL DE LA FAMILIA

1. Conflictos intrafamiliares en sentido amplio, respeto a la vida privada e intervención de los poderes públicos 172
2. Violencia doméstica y de género: la respuesta del Derecho Penal 175

Lección 10ª
TUTELA PENAL DE LOS INTERESES COLECTIVOS

1. Protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales 186
2. Política penal en materia de tráfico de drogas 189
3. Ordenación del territorio, medio ambiente e incendios forestales: Deterioro, política y reacción penal 201
4. Política penal en materia de seguridad del tráfico rodado 213

5. Los delitos socio-económicos y la denominada delincuencia de "cuello blanco". La respuesta penal frente a la corrupción económica y política 219

Lección 11ª
DERECHO PENAL POLÍTICO

1. Tutela penal de la comunidad internacional 230
2. Tutela penal de la Constitución y del orden público: Terrorismo..... 239
3. Política criminal y diversidad cultural. Los retos del Derecho Penal de las sociedades heterogéneas 254

Lección 12ª
POLÍTICA CRIMINAL Y MODERNAS TECNOLOGÍAS

1. Revolución tecnológica y de las comunicaciones, evolución de la sociedad y transformación del Estado..... 274
2. Las nuevas formas de criminalidad y los retos del Derecho Penal de la Tercera Revolución Industrial..... 278

Otra breve indicación del autor

La asignatura Política Criminal se impartía por primera vez en la Universidad de Valencia en el curso académico 1999/2000, dentro de la Titulación de Graduado en Criminología, título propio que dependía institucionalmente de la Facultad de Derecho. Meses antes del inicio de este módulo, nos reuníamos, de una parte, el Prof. Dr. D. Juan Carlos Carbonell Matéu, Catedrático de Derecho Penal de esta Universidad (quien me concedió el gran honor de prologar la primera edición de esta obra), y de otra parte, el autor de la misma, con la finalidad de elaborar el programa marco de esta disciplina. Recuerdo perfectamente que nuestras ideas sobre su contenido y desarrollo coincidieron desde el primer momento, y en una sola tarde elaboramos el esquema que sería utilizado como programa docente del módulo Política Criminal. Ambos teníamos la intención de impartir conjuntamente las clases, pues la tarea de conformar día a día "la materia base" nos parecía realmente sugestiva.

Sin embargo, las obligaciones derivadas del cargo de Decano de la Facultad de Derecho de mi compañero, impidieron que se pudiese llevar a cabo nuestra idea de la docencia compartida de la asignatura, de tal modo que decidí tomar yo la responsabilidad de impartirla de forma exclusiva, siguiendo el programa que ambos habíamos elaborado, y que había sido aprobado oficialmente por las correspondientes instancias académicas.

Curso tras curso, hasta que feneció, fui el profesor que se ocupó y preocupó de explicar en las aulas la disciplina en la Titulación de Graduado de Criminología, siguiendo siempre ese esquema diseñado en 1999, con algunas ligeras modificaciones (introduje los aspectos político-criminales del sistema penal juvenil, añadí un epígrafe relativo al racismo y la xenofobia dentro del tema dedicado al Derecho Penal político e incorporé una última lección sobre la criminalidad dentro de las modernas tecnologías). Desde el primer momento me enfrenté con el grave problema de no encontrar ninguna obra en la literatura universitaria que se adaptase mínimamente a la propuesta docente que habíamos llevado a cabo. Pese a los esfuerzos realizados por ofrecer una recomendación bibliográfica que abarcaba varias monografías en el programa de la asignatura, la realidad y los comentarios de los alumnos me llevaron a la idea de que existía una absoluta carencia de materiales adecuados para responder a los correspondientes contenidos del programa. Era evidente que los estudiantes se regían casi exclusivamente por los apuntes que se vertían en mis clases. Y eso me incomodaba, pues siempre he sido de la opinión de que el peor de los manuales es preferible al mejor de los apuntes. Esta situación me indujo a elaborar cada uno de los temas, pensando siempre en que sus receptores iban a ser mis alumnos del módulo Política Criminal.

La primera edición de esta obra, *Curso de Política Criminal*, era, fundamentalmente, un libro dirigido a los estudiantes de Criminología. Al mismo tiempo, aproveché la ocasión para hacer un ensayo sobre algunos planteamientos personales que se me presentaron en la elaboración de los correspondientes temas. Pero en todo caso, preferí, por tanto, que este libro fuera el reflejo de la obra de un profesor universitario que escribe pensando en sus alumnos. La ausencia de notas a pie de página, la utilización de un lenguaje directo y sencillo, la apretada y breve indicación bibliográfica en cada una de las lecciones, todo ello perseguía una lectura fácil y amena del estudiante que se enfrenta a los problemas y contenidos que le habían sido presentados en clase. Y, de igual forma, siendo un trabajo de un investigador, quise siempre, después de analizar las distintas opciones, exponer mi personal planteamiento de la cuestión estudiada. Pues nunca me gustaron las medias tintas.

En el curso académico 2006/2007, merced a la extinción del título propio de Graduado de Criminología, y a la implantación de la Licenciatura de Criminología en la Universidad de Valencia, tuve que modificar de nuevo el programa de la asignatura. Introduje un tema en la parte general relativo a las modernas concepciones político-criminales del Derecho Penal, y, en la parte especial, desglosé el tema de los ataques a la libertad e indemnidad sexual de los atentados a la libertad. El temario cambió de este modo, y de las diez lecciones se pasó a las doce actuales. Pero estas modificaciones no estaban recogidas en la primera edición de la obra, que databa del año 2003. En el curso académico 2010/2011 añadí, dentro del sistema punitivo y sus alternativas, una referencia a la relevante materia de la mediación penal.

El curso académico 2011/2012 entra en la Universidad de Valencia con otra modificación, y en el Grado de Criminología se imparte en su segundo curso, y por primera vez, la asignatura de Política Criminal.

Todos estos cambios, además de la evolución de la realidad social, de la criminalidad, y de las medidas político-criminales que la enfrentan en estos últimos años, dejaba maltrecha la primera edición de este *Curso de Política Criminal,* y su contenido, en muchos casos, desfasado. Se justifica de esta forma la elaboración y puesta al día de esta segunda edición.

Continúo con una breve exposición de los objetivos que persigue este manual y con una somera explicación del contenido del mismo.

Ese contenido responde a las exigencias de un módulo de carácter eminentemente formativo y cultural, frente a otros en los que pueda primar el aspecto técnico. No se trata de volver al análisis de la legislación penal (tarea que es propia de los módulos Derecho Penal I —Derecho Penal, Parte General— y II —Derecho Penal, Parte Especial—, fundamentalmente), sino que se pretende explicar cómo los movimientos culturales y políticos influyen en las respuestas que los poderes públicos adoptan para prevenir y reprimir la criminalidad, estudiando así, entre otros, el resultado de la elaboración de los textos punitivos y de sus correspondientes reformas.

Los medios de comunicación de masas utilizan con frecuencia el análisis de hechos en los que aparece el crimen como elemento de información, y de esta forma, la ciudadanía va adquiriendo cierta conciencia (más o menos veraz o deformada) respecto de los problemas más graves en materia de criminalidad, y las posibles soluciones a los mismos. La opinión ciudadana en este ámbito, a su vez, influye en el poder público a la hora de establecer las medidas necesarias para garantizar un mínimo de seguridad ciudadana o responder a los conflictos que necesitan de una respuesta. El estudio de estos debates que determinan la forma de actuación del Estado ante el fenómeno criminal, constituye, por tanto, uno de los objetivos de la asignatura, como se desprende del presente programa que constituye el índice de este compendio.

Se divide en dos partes, la general y la especial. En la Parte General se pretende aportar una información básica que permita comprender el análisis de cada uno de los problemas político-criminales que se explican en la Parte Especial. De ahí que se aporte el concepto de Política y Política Criminal, se compare con otras disciplinas (Derecho Penal, Criminología, Victimología o Derecho Penitenciario, entre otras) y se realice una evolución histórica de su influencia en la legislación y en el Estado, hasta llegar al momento actual, la era de la globalización.

En la Parte Especial se estudian de forma específica los debates, conflictos y corrientes de pensamiento que intervienen en la actual política penal del Estado. Se examinan temas como el derecho a una muerte digna o el deber del Estado a conservar la vida, incluso contra el consentimiento de su titular. Se analiza el conflicto del libre desarrollo de la personalidad de la mujer frente al derecho a la vida del nasciturus en materia de aborto. Se exponen, con la correspondiente toma de posición, debates como la legalización/ilegalización del tráfico de drogas, independentismo y terrorismo, derecho a la diferencia y racismo, etc.

Esta obra pretende, en definitiva, aportar al estudiante y al estudioso una mínima información sobre los aspectos sustanciales de la Política Criminal, y acercarle a los distintos planteamientos que, tanto desde el plano teórico como ideológico, se han aportado por unos y por otros para prevenir, reaccionar o eliminar el hecho criminal.

Finalizo con unas breves locuciones de agradecimiento. Son muchas las personas que me han alentado a preparar esta segunda edición. Pero mi compañera de promoción de la Facultad de Derecho, y amiga del alma, Lola Gómez Víllora, Licenciada en Derecho y Criminología, estuvo insistiendo en las muchas conversaciones amistosas que hemos tenido en estos últimos años, de forma constante, reiterada y fundamentada, en la necesidad de que llevase a cabo este trabajo de puesta al día del *Curso de Política Criminal.* Reconozco que yo siempre me escudaba en la necesidad de terminar otras investigaciones o emprender nuevos escritos. Esta tarea de revisar toda la obra me producía cierto respeto y la rehuía con excusas. Hoy tengo que decir que la actitud de mi amiga ha sido la principal responsable de que esta segunda edición vea la luz pública.

Otra amiga y compañera, la Dra. en Derecho y Licenciada en Criminología, Clara Viana Ballester, ha tenido la amabilidad, aprovechando una profunda lectura de este manual, de señalarme todas las erratas que observó y ponerme sobre aviso en relación con todas las modificaciones legislativas que habían acontecido. Sin duda alguna, este trabajo y prueba de amistad me ha facilitado en gran medida la labor de puesta al día de la presente obra.

I. PARTE GENERAL

Lección 1ª

Política, Política Criminal y Derecho Penal

1. Concepto de Política Criminal.
2. Política general y política criminal.
3. Derecho Penal: Dogmática y Política Criminal.

Esta primera lección, introductoria, se dedica al concepto de Política Criminal. Y en la medida en que esta disciplina transcurre entre dos polos, lo político y lo criminal, se presentan dos apartados relativos a esos dos ámbitos. De este modo se expresa de forma más completa el significado de los términos que van a ser empleados a lo largo de este *Curso de Política Criminal.* Por eso, tras un análisis de las distintas definiciones propuestas, se presentan las líneas básicas de la política general en materia criminal. Finaliza el tema con el estudio de los aspectos conceptuales que vinculan la Política Criminal al Derecho Penal, y viceversa, a través de la Criminología.

1. CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL

La política, que hace referencia a la forma de gobierno del Estado, y que está relacionada con la gestión, desde una determinada esfera de poder, de los asuntos públicos, se presenta a través de muy diversas manifestaciones atendiendo a la parcela de la actividad objeto de su administración. Así, hablamos de política sanitaria para reflejar la forma de organización del sistema de salud en la comunidad, de política educativa cuando se quiere expresar la concepción en materia de distribución racional de los diferentes estadios de la estructura académica en el ámbito de la educación (infantil, primaria, secundaria, formación profesional, universitaria) o de política económica cuando se trata de ofrecer una perspectiva de la gestión de los diferentes recursos económicos que compete al poder público (modo de entender la intervención del Estado, la libertad de empresa, las relaciones laborales y el sistema de seguridad social, sistema impositivo o de subvenciones, etc.).

Una de esas formas de exteriorización de la política es la denominada *política criminal*. Desde este entendimiento, la política criminal designa al planteamiento que desde el ámbito público, desde el propio Estado, se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal. La seguridad ciudadana, los derechos de los sospechosos, procesados o condenados, el sistema de justicia o la delincuencia juvenil, entre muchos otros, son algunos ámbitos de la vida social que necesitan una respuesta por parte de los poderes públicos. La presentación de

estas problemáticas, la argumentación utilizada en las propuestas de solución, la base ideológica que explica las respuestas que se aportan, constituyen un marco de decisión que se halla dentro de *lo político.* Y así, desde este punto de vista político, la política criminal ha sido entendida como un *sector de la política* que está relacionado con la forma de tratar la delincuencia. Es decir, se trata de un ámbito de decisiones, de criterios, de argumentaciones que se postulan en el plano teórico o práctico para dar respuesta al fenómeno de la criminalidad.

Atendiendo a este sentido político, por tanto, definimos la política criminal como *aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad.* En el siguiente apartado, cuando se estudie la política general en relación con la política criminal, profundizaremos en este aspecto.

Pero cuando se habla de Política Criminal con mayúsculas, se está haciendo referencia a una *disciplina,* a una rama del saber, a un sector del conocimiento. Aquí la Política Criminal estudia la orientación y los valores que sigue o protege, o que debiera seguir o proteger, la legislación penal entendida de forma amplia (material y procesal). A título de ejemplo, se analiza el respeto al principio de intervención mínima en el vigente Código penal de 1995, o la orientación preventivo-especial y educadora de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000, de 12 de enero. Se plantean cuestiones como la eficacia de las penas cortas privativas de libertad para los delitos de poca envergadura o las razones de la ampliación de la suspensión de la ejecución de la condena a drogodependientes sancionados con hasta tres años de privación de libertad. Se examina cómo ha resuelto el legislador el conflicto existente entre la libertad de conciencia y el derecho a la vida en el delito de eutanasia o el criterio seguido en la lucha contra el tráfico de drogas en la tipificación de los correspondientes ilícitos contra la salud pública. Evidentemente, desde esta perspectiva, no interesa sólo el examen de las orientaciones político-criminales seguidas por el legislador, sino también su adecuación a los valores y al concreto modelo social y político que se defienda.

Entendida bajo esta dimensión, la Política Criminal constituye un conjunto de conocimientos, de argumentos y de experiencias que se relacionan con el Derecho Penal desde una doble vertiente. Por un lado, como se acaba de señalar, estudia las orientaciones políticas, sociológicas, éticas o de cualquier otra índole que se encuentran en cada institución del vigente Derecho Penal. Y, por otro lado, aporta criterios teóricos, de justicia, de eficacia o de utilidad que van dirigidos al legislador para que lleve a cabo las correspondientes reformas de las leyes penales de forma racional, satisfaciendo los objetivos de hacer frente al fenómeno criminal salvaguardando al máximo las libertades y garantías de los ciudadanos. Desde este prisma, la Política Criminal se contempla como una

forma de concepción del Derecho Penal complementaria a la visión que de éste proporciona la Dogmática Penal o la Criminología.

Aquí hablamos de Política Criminal en este segundo sentido (pero empleando un concepto más extenso), como disciplina académica, como sector del conocimiento cuyo objeto es el fenómeno criminal y la legislación que lo contempla, si bien su estudio se plantea desde parámetros diferentes al jurídico (Derecho Penal) o al empírico (Criminología). El método de análisis, por el contrario, está más cercano a la Sociología, o, incluso, a las Ciencias Políticas. Por esta razón, no se va a rechazar aquí, ni mucho menos, el enfoque propiamente político que pueda desprenderse del tratamiento de los diferentes temas que van a ser planteados a lo largo del presente estudio.

Así pues, como disciplina, la Política Criminal puede definirse 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.* Aunque en el último apartado de esta primera lección se profundizará sobre esta dimensión de la Política Criminal, se estima ahora oportuno llevar a cabo unas breves precisiones en relación con este concepto.

Así, en primer lugar, cabe señalar que el objeto de estudio de la Política Criminal viene integrado no sólo por la legislación penal, sino también por otro tipo de instituciones que tengan como fin inmediato, desde el ámbito político, la prevención o la reacción frente al hecho delictivo. Ciertamente el Derecho Penal, sustantivo y adjetivo, va a ocupar un lugar preeminente porque constituye la base de la definición de aquello que se considera delito frente a la conducta lícita. Pero afortunadamente el Derecho Penal no es la única forma de prevenir y de hacer frente al crimen. Medidas de carácter económico, educativo, social o incluso cultural, para ciertos sectores de la criminalidad (violencia doméstica o criminalidad racista y xenófoba, por ejemplo) pueden ser tan relevantes y eficaces como el mismo sistema legal. De ahí que también integre su objeto estos mecanismos utilizados por el poder público en esa tarea de disminuir hasta lo tolerable la estadística criminal.

En segundo lugar, se hace referencia al aspecto de la intervención de los poderes públicos, que designan al Estado, a las Comunidades Autónomas, a la Provincia, al Municipio y a las Entidades Locales menores. En las últimas décadas, sin embargo, los especialistas en esta disciplina ponen el acento en la relevancia de los esquemas del control social que impone la comunidad fuera del Estado como forma de prevención y represión del crimen. Sin que se rechace la importancia del control social informal como mecanismo que explica la inhibición de la conducta desviada, no podemos olvidar que la Política Criminal es ante todo política, y los criterios de decisión y de orientación para cumplir determinados objetivos corresponden generalmente a los poderes públicos, y de ahí que se insista en este aspecto.

En tercer lugar, la función de la Política Criminal ha variado sensiblemente desde sus inicios a principios del Siglo XIX. Así FEUERBACH la definía como "el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen", situando como objetivo fundamental ese aspecto meramente reactivo en la lucha contra el crimen. En la actualidad, sin embargo, la Política Criminal continúa manteniendo como fin último disminuir las cifras de criminalidad hasta un nivel razonable, pero ello se puede conseguir no sólo reaccionando frente al hecho delictivo ya perpetrado, sino, sobre todo, estableciendo mecanismos de prevención. Por eso DELMAS-MARTY, siguiendo a M. ANCEL, propone un cambio en el concepto de Política Criminal, atendiendo tanto al sujeto como al fin, en el sentido de considerar a ésta como "conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal".

Y, en cuarto lugar, aunque esta disciplina pretende aportar un conjunto de conocimientos que, de forma racional, intentan mejorar la legislación penal y utilizar otros mecanismos para hacer frente a determinados comportamientos socialmente indeseables (delitos), no se puede olvidar su carácter histórico, coyuntural, impregnado de componentes ideológicos y políticos, incluso de índole utilitario. Es ese aspecto político que nos cuesta recordar, especialmente a los penalistas. Por esta razón, aunque conforma un sector del conocimiento, ese conocimiento no puede ser calificado como "científico". Evidentemente, una disciplina que no sea caracterizada como "científica" no debe ser menospreciada por ello. Simplemente hay que ser consciente de que la forma en que nos aporta su análisis de la realidad que examina es, sencillamente, diferente.

2. POLÍTICA GENERAL Y POLÍTICA CRIMINAL

En el apartado anterior se ha hecho referencia a la política criminal como una forma, como un aspecto, de la política general. Y en efecto, cada forma de Estado, cada forma de gobierno, contempla de modo distinto el tratamiento del problema de la criminalidad en el ámbito espacial, temporal y personal en el que se desarrolla su actividad de gestión de los asuntos públicos.

De este modo, en un análisis global, podemos decir que el fenómeno criminal se aprecia de manera distinta en los Estados totalitarios que en los democráticos.

En los primeros, cualquiera que sea su color (nacionalsocialista, fascista, fundamentalista, comunista, etc.), el delito es concebido como un acto subversivo, como expresión de desobediencia a las directrices incontestables del poder. El crimen representa una célula enferma que pone en peligro a todo el cuerpo social por su facilidad de contagio, por su facilidad de transmisión de la infección, y con ella, de la enfermedad. El hecho punible, por tanto, constituye la imagen más peyorativa de atentar a la unidad y estabilidad del Estado, y en consecuen-

cia, no cabe otra política que su exterminio, que su extirpación, como si del peor de los tumores malignos se tratase.

Por otro lado, en el Estado totalitario el individuo no tiene sentido sino como ser que se integra en el tejido social. Sus derechos y libertades se diluyen en el sometimiento al aparato del poder. El ciudadano es contemplado como súbdito, como menor de edad, pues su destino no está en sus manos, sino que depende del todopoderoso Führer, o del Duce, o del Ayatolah, del Comisario político, del Caudillo, etc. Su proyecto de vida está dirigido a someterse y confiar en el buen hacer de los superiores, en el progreso del propio Estado, dado que la existencia de aquél esta absolutamente unida a la de éste. Por eso el delincuente es un traidor al Estado, y en la medida en que representa la violación de las reglas, imperativos y directrices del poder, refleja la máxima expresión de peligro de ruptura con el estado de cosas, con el orden interno, con la paz social (similar a la paz de los cementerios) que persiguen los gobiernos de esta naturaleza.

La política criminal del Estado totalitario es clara. Su misión es erradicar hasta el último vestigio del crimen, sin tener presente derechos y garantías individuales, pues constituirían un freno a la labor de "limpieza" del entorno más indeseado de la comunidad. La política interior es una política de seguridad nacional. Las fuerzas armadas y policiales tienen licencia, expresa o tácita, para utilizar todos los medios, incluidos la tortura y otras formas de represión formalmente ilegítimas, de combate contra el crimen. No existe división de poderes, no existe el juez natural, ni el principio de presunción de inocencia, ni el derecho del sospechoso a un trato digno y humano… Todo ello es considerado como un obstáculo que impide castigar a los ya declarados culpables, aun sin sentencia que los condene.

En la política criminal del Estado totalitario, predomina la prevención general (se busca la intimidación de los subversivos), y la prevención especial se alcanza mediante el escarmiento y la anulación de la voluntad rebelde. La resocialización es entendida como absoluta sumisión a los valores e imperativos que proceden del poder. Los crímenes de Estado, como la tortura, las desapariciones, la expropiación de propiedades por razones políticas, ni son perseguidos ni castigados… Se consigue eliminar casi toda huella de criminalidad, pero en el fondo, esa criminalidad no se destruye, sino que, como la energía, se transforma. Aparece un sólo delincuente y una sola forma de criminalidad, la más terrible, la más temida, pues el Estado es ahora el gran criminal, un gigantesco delincuente.

En los Estados democráticos, el planteamiento es diametralmente opuesto. Entiendo por Estado democrático aquél en el que prima el principio de soberanía popular, en el que rige efectivamente el pluralismo político, en el que existen opciones reales de alternancia en el poder y en el que se encuentran formal y materialmente vigentes los derechos fundamentales y las libertades públicas. El punto de partida se enfrenta ante una hipótesis que no era aceptada en los

sistemas autoritarios: el delito nunca puede ser totalmente erradicado de la sociedad.

Ciertamente han existido autores, como E. FERRI, que, comulgando con una ideología de naturaleza autoritaria (el fascismo), han reconocido que en toda sociedad, bajo ciertas condiciones, se produce una cifra constante de hechos delictivos. Pero fue DURKHEIM quien ofreció argumentos sólidos a favor de la necesaria consideración de la presencia del hecho criminal en toda comunidad "sana". Y en efecto, una sociedad que quiera desarrollarse, que quiera evolucionar, necesita poner en tela de juicio sus normas y reglas fundamentales, para de esa forma provocar la reflexión y alcanzar cierto consenso en la reforma y mejora de sus leyes. Así se iría renovando dinámicamente el ordenamiento jurídico y el entramado de reglas, pautas y comportamientos individuales y sociales. Se desarrollan los sistemas y subsistemas sociales acorde a sus nuevas necesidades y la comunidad evoluciona progresivamente según los cánones de la moderna civilización. En este proceso el delito cumple una función muy importante en la medida en que refleja la violación de la norma y su puesta en tela de juicio. Por eso siempre existirá, y será necesario, un estándar de conductas delictivas que jamás podrán desaparecer. Bajo este pensamiento, el crimen forma parte de la propia estructura social y cumple en ella una función relevante.

Ha sido el padre de la moderna Política Criminal, Claus ROXIN, quien ha demostrado que en todo Estado democrático, aun cuando goce de inmejorables condiciones sociales y económicas (como fue el caso de la República Federal de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial), la presencia del crimen es inevitable. En una situación de libertad, de buenas condiciones económicas, de justicia social, disminuye la criminalidad patrimonial tradicional pero aumenta la denominada "delincuencia de cuello blanco" (ilícitos perpetrados por los poderosos, como delitos societarios, contra la hacienda pública, fraudes a gran escala, delitos monetarios, etc.). Aun en países muy ricos, con grandes dosis de justicia social, el delito continúa representando un conflicto social (grave) emergente.

En el Estado democrático, por tanto, se parte del presupuesto de que el hecho criminal va a estar siempre presente en todo momento. Es el precio que se tiene que pagar por mantener unas mínimas condiciones de libertad y de respeto a los derechos humanos. En todo momento van a aparecer personas y grupos que abusen de esa libertad, que quieran obtener determinadas prebendas sin satisfacer los cauces legales oportunos. Siempre habrá, por tanto, ciudadanos que delincan y eso debe asumirse como un coste estructural inherente a la condición humana.

La política criminal del Estado democrático va dirigida a disminuir hasta niveles tolerables las cifras de criminalidad, pero no pretende borrar toda huella de la presencia del delito. Pues su objetivo no es trascendental como en el 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 justificaba, desde distintas ópticas, la necesidad de aplastar al sujeto delincuente. En el

Estado democrático se persigue que todos los ciudadanos (en la medida de lo posible) convivan pacíficamente y en libertad, cubriendo sus necesidades materiales y culturales para que toda persona pueda gozar de su propia dignidad humana. La lucha contra el crimen no puede emprenderse a costa del sacrificio de las libertades y garantías del ciudadano, pues el respeto a los derechos fundamentales constituye uno de sus principios de carácter irrenunciable. Por eso su política criminal es más difícil de llevar a cabo, pues tiene que guiarse por un cuidadoso equilibrio entre el necesario mantenimiento de unos mínimos en materia de seguridad ciudadana y el pulcro respeto a los derechos humanos de todos los individuos, incluidos los delincuentes.

Luego, dentro del Estado democrático, cada tendencia ideológica refleja su posición en su particular entendimiento de la dirección que ha de tomar su política criminal. Por regla general, los gobiernos de carácter conservador emplean mayor energía en el aspecto represivo en su visión del tratamiento de la criminalidad (mayor gasto presupuestario en la dotación de las fuerzas de seguridad del Estado, aumento del número de centros penitenciarios, etc.). En cambio, las opciones de carácter progresista suelen incidir más en la prevención del crimen a través de políticas sociales y son más reacias a limitar las garantías de los ciudadanos, aunque se resienta con ello la seguridad ciudadana. Sin embargo, con la moderna tendencia a la homogeneización de las ideologías que es propia de los tiempos de la globalización, estas diferencias quedan muy difuminadas.

La política criminal está presente en los diversos sectores de la criminalidad con una faz distinta según sea el cariz ideológico, coyuntural, o incluso utilitarista, del movimiento social que influya o pretenda influir en los gobernantes. Vamos a ver algunos ejemplos de esto que se está señalando.

Durante el franquismo (1939-1975) se llevaron a la política los valores más conservadores del catolicismo. La prostitución era considerada como una actividad altamente inmoral y delictiva respecto de todos aquellos que se beneficiaban y obtenían provecho de las ganancias que generaba la prostituta. Por eso se castigaba al rufián, al proxeneta, al tercero locativo y a cualquiera que de otro modo promoviese, favoreciese o facilitase estos comportamientos sexuales ilícitos. La conducta de la prostituta no era considerada delito, pero incluso podía llevar aparejada una medida de seguridad porque la legislación penal consideraba su situación como un estado peligroso. Este planteamiento político-criminal reflejado en el Código penal de la época y en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social era coherente con aquella ideología nacionalcatólica. En cambio, con el C. p. de 1995, que aunque llegó tarde, representa las opciones político-criminales más relevantes de la democracia, la prostitución sigue siendo un fenómeno ilícito, pero tolerado desde el punto de vista jurídico-penal si se respeta la libertad de la persona prostituida. Por ello sólo son castigados los comportamientos que menosprecian la libertad de quien es realmente considerado como víctima, o cuando ésta es menor de edad o incapaz. Sólo cuando se intimide, se coaccione, se violente la voluntad de la persona prostituida, o se

abuse de su situación de necesidad, sólo entonces se considerará esta conducta como delito. También se castigan, por poderosas razones, los comportamientos que promuevan, favorezcan, faciliten o induzcan a la prostitución de un menor de edad. Y tampoco la persona prostituida sufrirá consecuencia alguna por el ejercicio de su profesión (con la aprobación del C. p. de 1995, ya desaparecieron los estados peligrosos y las correspondientes medidas de seguridad predelictivas). En un sistema democrático, en el cual rige el laicismo en el desarrollo de la actividad pública, aunque se considera la prostitución como una forma de vida no aconsejable y deplorable para las personas agentes de la misma, si ésta se desarrolla en libertad y por mayores de edad, no acarrea sanción alguna, ni para la persona ejerciente, ni para los que de algún modo contribuyen a la actividad sexual de la persona prostituta.

Un segundo ejemplo hace referencia no tanto a cambios políticos y reforma penal, sino a la propia actitud de los gobernantes ante un hecho delictivo cuya presencia se enfrenta a determinados intereses públicos o a razones de utilidad o de conveniencia política. Así, desde el año 1983 existe en España el denominado delito ecológico, o delito contra el medio ambiente. Sin embargo, el número de procesos y de condenas que se han producido desde su nacimiento hasta la actualidad es absolutamente insignificante, y ello no ha sido precisamente por ausencia de graves atentados a la flora y a la fauna, y a los correspondientes ecosistemas. En algún caso, han sido los respectivos gobiernos quienes han influido en el archivo de las diligencias procesales, merced a las órdenes que en este sentido se dictaban al fiscal de turno. Y ello se explicaba porque eran empresas públicas las que incidían en su actividad industrial en una dosis de contaminación de tal envergadura que se llegó a provocar la muerte de importantes especies arbóreas en determinados montes y bosques. Una persecución y condena de estos delitos podría haber constituido la incriminación de dirigentes políticos del partido gobernante (pues las empresas eran públicas) o frenar la inversión empresarial en ciertos sectores industriales, y estas "razones" actúan en ocasiones como criterio político y explica que cierto tipo de criminalidad no sea perseguida.

En ocasiones son movimientos sociales relevantes los que influyen en una determinada dirección de la política criminal. Por poner un ejemplo, el movimiento feminista ha constituido un factor relevante en la reforma de ciertos sectores de criminalidad, como en materia de aborto, en delitos contra la libertad sexual o de violencia de género. Así, en el caso del aborto, las tendencias progresistas influyeron decisivamente para cambiar un sistema común de penalización, como el que existía en España con anterioridad a 1985, a un sistema de indicaciones, como es el existente hasta julio de 2010. Esa misma tendencia feminista ha sido la artífice de la última reforma en esta materia, y que establece el sistema de plazo a partir de esta fecha.

Es más, incluso en la concreta aplicación de la ley penal, esos criterios políticos tienen gran peso. El sistema de indicaciones español debería haber sido, al

menos teóricamente, muy restrictivo en los supuestos que se consideran como "abortos legales", mucho más que el sistema de plazo. Y sin embargo, era conocida la facilidad en la práctica para conseguir que un supuesto concreto fuera calificado bajo alguna de las situaciones que permitían legalmente la interrupción voluntaria del embarazo (indicación terapéutica, criminológica y embriopatológica). Este mismo pensamiento feminista ha influido notablemente en la equiparación a la violación, que legalmente se desarrolló a partir de 1989, de los supuestos de penetración no sólo vaginal, sino también anal o bucal, o en la creación de nuevos delitos como el acoso sexual dentro de la reforma de los delitos contra la libertad sexual.

Como ejemplo de esa relación entre política general y política criminal se expondrá brevemente el debate social y político que tuvo lugar en Suiza a mitad de la década de los noventa del siglo pasado a raíz de la reforma operada en materia de delitos de discriminación racial. Ante la oleada de incidentes y actos de violencia xenófoba acaecidos en este país a finales de los años ochenta, durante los primeros años de los noventa, el parlamento helvético llevó a cabo un profundo informe sobre la situación alarmante de ataques contra extranjeros y personas que se distinguían de los suizos por razón de su color de piel, origen étnico, nacional o religioso. En el mismo se incluía una propuesta de reforma del Código penal suizo con la finalidad de tipificar como delictivos ciertos comportamientos xenófobos. Se recomendaba a su vez la adhesión a la Convención Internacional para la Superación de toda forma de Discriminación Racial de 1965, de la que Suiza no formaba parte en aquellos momentos. Las propuestas del informe, que parecían bastante razonables, fueron ferozmente combatidas tanto en el mismo parlamento suizo como dentro de la sociedad alpina. Pues se entendió por parte de los sectores más conservadores que una específica protección penal de las minorías étnicas residentes en Suiza limitaba los derechos de los "auténticos" suizos y cercenaba su libertad de expresión que postulaba por la expulsión de los inmigrantes ilegales en este país y por una política restrictiva en materia de extranjería. De hecho, el referéndum celebrado para solicitar la opinión de la ciudadanía en esta materia, se dirimió a favor de los partidarios de la reforma legal, que se llevó a cabo, pero por un escaso margen de diferencia frente a las opciones más conservadoras. Es un claro ejemplo en el que se refleja esa unidad entre política general y política criminal.

3. DERECHO PENAL: DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL

Ya se vio en el primer apartado de esta primera lección que la Política Criminal mantiene una estrecha relación con el Derecho Penal. Es más, las pocas obras generales que han intentado desarrollar un programa de Política Criminal, en parte han iniciado el camino con conceptos y principios propios del Derecho Penal.

A partir de la regulación que surge con el Código penal de 1995, se puede aceptar la definición (que aquí se defiende) de Derecho Penal (en sentido objetivo) como *conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que se caracterizan porque atribuyen al delito o a la peligrosidad criminal derivada de la perpetración de un hecho antijurídico, entendidos como presupuesto, la pena y/o la medida de seguridad, entendidas como consecuencia jurídica.*

Los vocablos "Derecho Penal", ambos con mayúsculas, hacen referencia a la disciplina que tiene como objeto el estudio sistemático de las normas, principios e instituciones penales. Y en la medida en que durante más de un siglo ha existido consenso sobre el método de análisis de esta disciplina, fuertemente anclado en el formalismo jurídico y en las escuelas de tendencia valorativa, de tal forma que la norma jurídica era analizada como *dogma* incontestable, este sector del conocimiento suele ser denominado como *Dogmática penal o Dogmática jurídico-penal.* En palabras de ROXIN, la Dogmática es definida como "la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y de las opiniones científicas en el ámbito del Derecho Penal". Respetando sustancialmente el concepto proporcionado por el maestro alemán, se estima oportuno realizar las siguientes precisiones.

a) El objeto inmediato de estudio de la Dogmática es el derecho positivo.

b) La forma en que desenvuelve su metodología es mediante tres tipos de investigación que se desarrollan a través de la interpretación de los preceptos, la sistematización de los conceptos y principios, y la crítica.

c) La función de la Dogmática penal es muy diversa. Hace posible una mejor explicación del Derecho Penal en las universidades. Coadyuva a una mayor racionalidad en la aplicación del derecho positivo en el campo jurisdiccional. Y por último, aporta al legislador criterios y programas de gran importancia que le guían en la reforma de la ley penal en su tarea de facilitar al máximo la convivencia humana a través de un medido equilibrio entre seguridad jurídica de la colectividad y respeto a los derechos humanos.

Precisamente en este último punto es en el que existe una íntima vinculación entre Dogmática penal y Política Criminal, aunque en muchas ocasiones esta vinculación pasa inadvertida.

En efecto, desde que se elabora una teoría racional del estudio del Derecho Penal, a mediados del Siglo XIX, la disciplina jurídica se va desarrollando a través de una doble vertiente. Por un lado, se van creando y asentando principios sobre los que se edifica la construcción teórica del Derecho Penal que tienden a tutelar ciertas garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado (principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de humanidad de las penas, etc.). Y por otro lado, se van elaborando conceptos, instituciones y teorías con una gran precisión técnico-jurídica (sobre todo, en la teoría jurídica del delito), que poco a poco van perfeccionando el modelo de explicación del derecho positivo. Estas dos vertientes del desarrollo del Derecho Penal (carácter garan-

tista y elaboración sistemática del modelo teórico), han llevado a dos formas de entender las relaciones entre Dogmática penal y Política Criminal en dos periodos históricos muy diferentes.

Así, a finales del Siglo XIX, uno de los penalistas más relevantes en la historia de esta disciplina, Franz VON LISZT, concibió el Derecho Penal fundamentalmente como conjunto de principios que garantizaban una esfera de libertad del ciudadano frente a la potestad sancionadora de los poderes públicos. Y la Política Criminal era entendida como un conjunto de estrategias del Estado ideadas para hacer frente a la criminalidad. Se comprende así que el autor formulase dos frases que han pasado a formar parte de todos los manuales de la disciplina jurídico-penal.

El Derecho Penal es la Carta Magna del delincuente. Con ello se expresaba que la elaboración de las teorías penales pasaba por el reconocimiento de una serie de principios que en definitiva constituían un catálogo de derechos del ciudadano sospechoso, acusado o reo de algún delito.

El Derecho Penal constituye la barrera infranqueable de toda política criminal. De esta forma se quería expresar los límites con los que se encontraba todo Estado a la hora de establecer y poner en práctica su estrategia en la lucha contra el delito. Pues el poder público tiene el deber de intentar erradicar o disminuir las cifras de criminalidad empleando todos los medios a su alcance. Pero ese deber dirigido a proporcionar la máxima seguridad ciudadana contaba con los límites propios del Derecho Penal, tanto material como procesal. Y de ahí que la actividad política de lucha contra el crimen debería respetar principios estructurales del Derecho Penal como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, prohibición de exceso, etc. El Derecho Penal y la Política Criminal tendrían, por tanto, que ser concebidos como dos parcelas del conocimiento humano en relación con el fenómeno criminal de forma autónoma y complementaria. El Derecho Penal como disciplina encargada de la interpretación y sistematización de los preceptos penales y de los conceptos y principios derivados; y la Política Criminal como conjunto de técnicas y estrategias elaboradas y destinadas por los poderes públicos para hacer frente al fenómeno criminal. Ésta utilizaría todos los medios que estuviesen a su alcance para combatir la criminalidad, pero encontraría su límite en el conjunto de garantías del ciudadano que postularía el Derecho Penal. De esta forma, la Dogmática se presenta como muro de contención, como barrera infranqueable frente a la tendencia al abuso del poder (y en el ámbito sancionador esto no constituye ninguna excepción) del Estado.

Junto a la vertiente garantista de la Dogmática penal, encontramos esta otra, muy característica, que ha profundizado en la construcción del sistema, que se ha preocupado de la elaboración de un modelo teórico que toma como piedra angular la norma jurídica (su *dogma* fundamental). A partir de ahí se desarrolla un complejo entramado de conceptos y principios ordenados sistemáticamente que guardan entre sí una coherencia guiada por una lógica casi ma-

temática. Un reflejo de esta capacidad de elaboración de un sistema conceptual desde parámetros casi exclusivamente técnico-jurídicos viene representado por la evolución de la teoría jurídica del delito. Ésta ha llegado a tales niveles de precisión, que en ocasiones se asemeja a un complejo mecanismo integrado por un conjunto de piezas conceptuales en el que cada una de ellas encaja perfectamente y de forma sincronizada en el correspondiente esquema explicativo.

El método utilizado por la disciplina del Derecho Penal, método dogmático, que se ha impuesto en los últimos ciento cincuenta años, ha determinado un hermetismo que ha conducido a que la Dogmática se contemple a sí misma. Sin embargo, a principios de la década de los setenta, fue Claus ROXIN quien, en una famosa conferencia que con posterioridad fue publicada con gran éxito, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Política Criminal y sistema de Derecho Penal), daría un giro de más de ciento ochenta grados a la forma de concebir las relaciones entre Dogmática penal y Política Criminal. Aquí el prestigioso jurista alemán criticó el ensimismamiento que había alcanzado la Dogmática penal al construirse, elaborarse y desarrollarse bajo exclusivos parámetros jurídicos sin tener presente en la teorización de sus categorías la realidad social y las necesidades político-criminales de las instituciones penales. Sin embargo, considera que la disciplina jurídico-penal aporta criterios y soluciones teóricas argumentadas que permiten tratar a todos los ciudadanos bajo los parámetros del principio de igualdad. Para evitar el alejamiento de la realidad al que conduce una "dogmática fuerte", y con el fin de obviar la inseguridad jurídica a la que conduce el tratamiento coyuntural, tópico, puntualmente argumentativo de los supuestos de aplicación de la ley penal, ROXIN expuso una propuesta que ha tenido bastante éxito entre los penalistas de todo el mundo.

Dicha propuesta consiste en construir el modelo teórico tomando en consideración a la hora de elaborar cada categoría, cada principio, cada institución del Derecho Penal, las consecuencias político-criminales y las repercusiones en el ámbito de la realidad social en las que podría incidir. Más específicamente, la interpretación y sistematización de los preceptos penales, y de sus correspondientes categorías, estará 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 ésta orienta toda la capacidad de elaboración y construcción teórica de aquélla.

En nuestra concepción personal, Dogmática penal y Política Criminal se complementan y, sin embargo, siguen manteniendo su autonomía. Si la Dogmática pretende entre sus objetivos auxiliar a resolver racionalmente los conflictos individuales y sociales, su planteamiento tiene que 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. La Política Criminal de esta forma acerca a la Dogmática a la vida de la calle y al tiempo en que desarrolla su función. De hecho, y así se ha expuesto recientemente, cada concepción sistemática del Derecho Penal (teoría

finalista de la acción, sistema neokantiano, funcionalismo o concepción significativa de la acción, entre muchas otras) en realidad también representa su propia visión político-criminal del tiempo y del espacio en el que se desenvuelve teóricamente.

La Política Criminal, se ha visto, tiene como función principal establecer los modelos de prevención y de lucha contra el crimen. La Política Criminal, en un Estado de Derecho, se limita a sí misma en esa tarea de combatir la delincuencia, respetando los derechos y libertades de los ciudadanos. Pero que duda cabe que entre las medidas más relevantes para combatir el crimen, se encuentra la propia legislación penal. El correcto entendimiento de la misma para llevar a cabo las funciones político-criminales concretas, vendrá otorgado por la Dogmática penal.

Pondremos algunos ejemplos de todo esto que estamos explicando. Es posible que, por las razones que sean, el Estado decida hacer frente a un determinado sector de la criminalidad mediante la reforma legislativa, estableciendo penas desproporcionadas y desorbitadas atendiendo a la gravedad de los correspondientes delitos que se quieren combatir. La Dogmática penal, sin embargo, ha elaborado desde los tiempos del MARQUÉS DE BECCARIA, con argumentos sólidamente justificados, un principio fundamental según el cual las penas tienen que ser siempre proporcionales a la entidad del hecho injusto perpetrado. Y de esta forma, podrá sustituirse esa medida por otra más adecuada y racional.

O viceversa, criterios de política criminal han demostrado que la aplicación de la sanción penal inhibe la conducta del resto de la ciudadanía, no sólo por la coacción psicológica que ésta produce a través del anuncio del mal (la pena) que se le irroga al individuo que actúa ilícitamente (prevención general intimidatoria), sino, sobre todo, porque su aplicación provoca confianza de la ciudadanía en el sistema institucional, en la vigencia del derecho positivo (prevención general positiva). Ello nos conduce a la conclusión de que sin la existencia, junto al Derecho Penal material, de medidas procesales y policiales eficaces, sus preceptos que definen los delitos y les atribuyen la correspondiente pena, resultan auténtico papel mojado.

Un último supuesto ejemplificativo que expresa estas relaciones entre Dogmática y Política Criminal nos lo proporciona el cambio de regulación del delito imprudente operado por el Código penal de 1995. En la anterior regulación, en principio, cualquier hecho antijurídico podía sancionarse tanto a título de dolo como de imprudencia. Existían cláusulas generales que expresaban esta posibilidad de incriminación del hecho punible imprudente. Los criterios dogmáticos, empleando las distintas clases de argumentación jurídica, determinaban si un específico comportamiento era susceptible de ser castigado, o no, en su forma culposa. Así, quedaba claro que el homicidio o las lesiones admitían esta forma de atribución de la responsabilidad penal, y que ello era imposible (por la existencia de elementos subjetivos del tipo) en los delitos de robo, hurto o contra la libertad sexual. Pero otros supuestos, como las detenciones ilegales,

el allanamiento de morada o la tenencia ilícita de armas, planteaban muchos más problemas, y eran los jueces quienes determinaban en el caso concreto la tipicidad o atipicidad del correspondiente comportamiento. Sin embargo, el Código penal de 1995 ha querido evitar que sean los jueces, en última instancia, quienes resuelvan estos casos problemáticos, y ha implantado un claro criterio político-criminal. Sólo en los supuestos en que expresamente lo declare la ley, se castigará un comportamiento a título de imprudencia. De esta forma se quiere que sea el legislador, y no los jueces, quien establezca en esta materia la línea de distinción entre comportamientos imprudentes relevantes para el Derecho Penal, y aquellos otros que resultan, a todas luces, totalmente irrelevantes. En este punto, los criterios dogmáticos han sido notablemente limitados por los propiamente político-criminales.

En conclusión, tanto la Dogmática penal como la Política Criminal son disciplinas que gozan de cierta autonomía, aun cuando hoy en día ninguna de ellas tenga razón de ser sin el complemento de la otra. La Dogmática penal, si no quiere elaborar teorías que representen castillos en el aire, necesita conocer las tendencias político-criminales para cumplir su función primordial de otorgar respuestas lógicas y racionales a los conflictos humanos que pretende resolver. La Política Criminal debe orientar racionalmente su misión de prevención y tratamiento del fenómeno criminal en el ámbito de la reforma de la legislación penal considerando los principios e instituciones que durante décadas ha ido elaborando la Dogmática penal. Es así como se puede alcanzar un fin común perseguido por estos dos sectores del conocimiento: lograr la convivencia pacífica de los individuos y de los grupos que estos integran en la moderna sociedad.

Bibliografía

BORJA JIMÉNEZ, E.: *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito.* San José de Costa Rica, 2000. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre el concepto de política criminal: una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin.* ADPCP, núm. 56 (2003).CARBONELL MATEU, J. C.: *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales.* 3ª Edic. Valencia, 1999. DELMAS-MARTY, M.: *Modelos actuales de política criminal* Traducción bajo la dirección de BARBERO SANTOS, M. Madrid, 1986. ROXIN, C.: *¿Tiene futuro el Derecho Penal?* Traducción de BORJA JIMÉNEZ, E. Revista del Poder Judicial. 3ª Época, núm. 49 (1998). ROXIN, C.: *Política criminal y sistema de Derecho Penal.* Traducción de MUÑOZ CONDE, F. Barcelona, 1972. SANZ MORÁN, J. A.: *Algunas consideraciones en torno a la política criminal.* Universitas vitae: homenaje a Ruperto NÚÑEZ BARBERO, coordinado por PÉREZ ÁLVAREZ, F., NÚÑEZ PAZ, M. A. y GARCÍA ALFARAZ, I. Salamanca, 2007. VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal.* Valencia, 1996. ZIPF, H.: *Introducción a la Política Criminal.* Traducido por Izquierdo Macias-Picarea. Madrid, 1979. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Nociones de política criminal.* Salamanca, 2006.

Lección 2ª

Evolución del Estado y evolución de la Política Criminal

1. Evolución de la legislación penal y Política Criminal.
2. Ilustración y Codificación: El nacimiento del Estado liberal de Derecho.
3. Intervencionismo y Derecho Penal: El Estado social de Derecho.
4. Derecho Penal y garantías individuales: El Estado democrático de Derecho.
5. La concepción político-criminal de la Constitución Española.

En esta segunda lección se estudia la evolución de la Política Criminal y las sucesivas transformaciones del Estado hasta llegar a la moderna definición, constitucionalmente consagrada, del Estado social y democrático de Derecho. Se ha considerado oportuno introducir, además, un primer apartado en el que se aprecia claramente la relación existente entre el sistema ideológico imperante en un momento histórico determinado, y la legislación penal que rige en ese periodo histórico. También se ha introducido al final del tema un punto dedicado a la concepción político-criminal de la Constitución Española.

1. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

Desde el nacimiento del moderno Estado, a principios del Siglo XIX, se han sucedido diversos cambios políticos de gran envergadura que han supuesto grandes transformaciones en ámbitos económicos, sociales, administrativos, y también, en el plano constitucional. Cada forma de gobierno del Estado, cada revolución, cada modificación de las reglas básicas de la convivencia social, se ha reflejado nítidamente en una específica concepción político-criminal que ha quedado representada en un diferente texto punitivo. Quizás la única excepción la ha representado el vigente sistema democrático que surge tras la muerte del General Franco. En el periodo de la denominada Transición Democrática (1975-1978) no se aprobó, de forma inmediata o próxima en el tiempo, un nuevo texto punitivo, puesto que se optó por la reforma del Código penal franquista. Hasta el año 1995, no aparece el denominado texto punitivo de la Democracia, veinte años después del inicio de su andadura. Veamos a grandes rasgos cómo se presenta esa evolución.

En 1820 se produce el famoso pronunciamiento de Riego. Fernando VII es obligado a restaurar el sistema constitucional que se había plasmado con el Texto Fundamental de 1812. Es un movimiento liberal, influenciado notablemente por el ideario de la Revolución Francesa, pero al mismo tiempo cargado todavía

de ciertos elementos de la tradición española. En esta época existen algunas aspiraciones liberales que se verán plasmadas en el Código penal de 1822. Así, la propia existencia del texto punitivo satisface la pretensión de los constitucionalistas de recoger en un sólo texto, de forma ordenada, clara y sistematizada, toda la legislación penal que, hasta entonces, había estado dispersa, y mostraba gran anacronismo. Otra aspiración, reflejada en la Constitución de 1812, era instaurar el principio de personalidad de las penas, abiertamente infringido por el denostado sistema penal del Antiguo Régimen.

El Código penal de 1822 fue, como no podía ser de otra forma, fruto de su época. En él se pueden apreciar las influencias ideológicas de autores ilustrados como MONTESQUIEU o BECCARIA. El pensamiento liberal se fomenta por la influencia de penalistas tan marcados ideológicamente como BENTHAM o FILANGIERI. Y algunas instituciones específicamente penales son prueba de ello. Así, se implanta el principio de legalidad, de tal forma que nadie podía ser castigado si su acción u omisión no venía prevista como delito sancionado con una pena con anterioridad a su comisión. Y es sabido que el principio de legalidad penal constituye una de las bases del pensamiento liberal. También se implanta el principio de culpabilidad, lo cual supone en el ámbito del Derecho Penal de la época trasladar el reconocimiento de las garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, otra idea de la concepción post-revolucionaria decimonónica. La misma definición utilitaria de los fines de la pena, establecidos para alcanzar la prevención general, fuera de la visión trascendental y abstracta (mera retribución, plasmación de la Justicia, etc.), también responde a ese pensamiento propio de la época.

El movimiento político del primer liberalismo español tras la restauración de la Monarquía duró apenas tres años, de 1820 a 1823. La famosa frase de Fernando VII ("vayamos todos juntos, y yo el primero, por la senda constitucional") pasará a la Historia como una de las promesas más hipócritas realizadas por un gobernante… A la llamada de auxilio de aquél, acudieron los denominados cien mil hijos de San Luis, quienes restauraron de nuevo el Antiguo Régimen con el mismo monarca… Es evidente que el Código penal de 1822 correría la misma suerte que el viento político que lo creó: apenas tuvo vigencia. La mejor explicación de la escasa vida del Texto punitivo de 1822 nos la expresa ese genio del Siglo XIX, el gran jurista PACHECO: "… La desgracia de su origen debía recaer muy luego sobre la obra. La proscripción general contra todo lo que había hecho el liberalismo, no podía eximir de sus rudas, bárbaras condenaciones, al nuevo y adelantado Código. En la necia y universal reacción de 1823, estaba escrito que quedase ahogada aquella obra de la inteligencia. Parecía mejor sin duda a los vencedores el contexto de la sétima Partida y la edificante humanidad de las pragmáticas de Felipe V, que lo que se había decretado en nombre de la libertad y de los imprescriptibles derechos de nuestra especie. Mirado como hijo de la Constitución, compartió el Código el terrible anatema que pesaba sobre su madre" (cita de JIMÉNEZ DE ASÚA).

Como no podía ser de otra forma, hasta que se aprobó el Código penal de 1848, vuelve a entrar en vigor la parte penal de la Novísima Recopilación y gran parte de Las Partidas, dos vestigios jurídicos feudales que estaban en consonancia con el régimen, ahora absolutista, de Fernando VII.

En 1844 surge un nuevo gobierno de la Nación, que refleja un compromiso político entre el liberalismo y las tendencias tradicionales. Es un liberalismo de talante conservador, representado por el Partido Moderado, y que gobernó a España entre 1844 y 1854 (Década Moderada). Desde la perspectiva política, esta etapa moderada se caracterizó por una gran preocupación por el mantenimiento del orden público (dura represión), un fuerte liberalismo económico (teñido en muchos casos de ciertas dosis de corrupción), una evidente capacidad de consenso con sectores progresistas y una vuelta a la normalización de las relaciones entre Iglesia y Estado. Esta nueva concepción ideológica quedaría reflejada de forma nítida en el Código penal de 1848.

El texto de 1848 es una obra en cuya redacción intervinieron los juristas más prestigiosos de la época, muchos de ellos con responsabilidades en el gobierno de la Nación en distintas épocas. La influencia más relevante, desde el punto de vista de su autoría, viene a ser atribuida a PACHECO, quien trasladó su eclecticismo político y filosófico al ámbito jurídico (tenía gran capacidad de diálogo con los sectores más progresistas y radicales de las Cortes, aunque él formaba parte de los moderados). Por eso la base del resto de los textos punitivos hasta el vigente C. p. de 1995, pudo mantenerse a raíz de los principios e instituciones regulados en el Código penal de 1848. Pues ese compromiso entre la tradición jurídica y política, por un lado; y las ideas liberales más avanzadas de la época, por otro, facilitó (junto a la presencia de una extraordinaria técnica jurídica) que su naturaleza y esencia perdurase en los códigos de 1870, 1932 y 1944.

Este planteamiento ideológico viene claramente expresado tanto en la Constitución de 1845, como en el Código penal de 1848, y en su reforma de 1850. Así, la política "dura" de implantación de un sistema de fuerte control del orden público, se plasmó en instituciones como las severas penas para los delitos políticos, la especial protección del principio de autoridad del Estado mediante la creación de los delitos de atentado y desacatos, la existencia de la pena de muerte o el castigo con carácter general de los supuestos de conspiración y proposición para delinquir. El liberalismo se expresa en la clara formulación del principio de legalidad, y en la limitación razonable del arbitrio judicial. El compromiso con la restauración de los valores tradicionales, en especial, la normalización de las relaciones entre Iglesia y Estado se advierte en la creación y dura represión de los delitos contra la religión. Como hemos señalado, la Reforma de 1850 acentuó el carácter autoritario del Código (por ejemplo, durísimas penas para los delitos de desórdenes públicos o supresión del principio de legalidad). Ello fue debido a dos circunstancias políticas relevantes. Por un lado, merced a la intervención en el gobierno del país del General Ramón María Narváez, que ya de por sí ejercía su cargo con "mano dura" (conocida en la época bajo la expresión "el garrote de

D. Ramón"). Por otro lado, este endurecimiento de la legislación penal se explica por el miedo a los vientos revolucionarios que soplaban desde Francia, tras la caída, en 1848, de la monarquía de Luis Felipe y la consecuente instauración en aquél país de la República.

El Texto punitivo transcurrió, tras la década moderada, por los sinuosos y tortuosos vaivenes políticos de la época. Se mantuvo durante las etapas del bienio progresista (1854-1856) y en las que gobernó, en sus distintas fases, la Unión Liberal. Pero en 1868 surge un movimiento revolucionario, de carácter progresista y radical, que va a venir acompañado de una nueva concepción político-criminal plasmada en el Código penal de 1870. Progresistas y demócratas se unen en una época de fuerte represión, de inestabilidad política y económica, de insurrecciones y descontento social generalizado. Los objetivos inmediatos son acabar con la dinastía (progresistas) y con la monarquía (demócratas). Su plasmación ideológica, que desde la perspectiva práctica se vio fuertemente frenada tras el triunfo de la revolución (no se deseaba perder el orden público en manos del populacho, ni que dejase de regir el imperio de la ley), se reflejó en un reconocimiento formal y material de las libertades y derechos fundamentales del individuo frente al Estado, en la implantación del sufragio universal para las personas mayores de 25 años y en una visión más laica de las relaciones Iglesia-Estado.

El Código penal de 1870, como no podía ser de otra forma, representa un fiel espejo de las aspiraciones revolucionarias (sin pretensión de participación real de las clases obreras y campesinas) que surgen en 1868. Establecido en la Constitución de 1869 el ideario de progresistas y demócratas, era necesario la creación de un nuevo texto punitivo que completase la visión del reciente modelo de convivencia implantado, entre otros, por Prim y Sagasta.

Las urgencias y necesidades de adaptación del sistema punitivo al nuevo texto constitucional de 1869, se plasmaron en una profunda reforma, que pretendía ser provisional, del Código penal de 1848. Nace así el texto punitivo de 1870 que estuvo vigente, salvo el breve periodo de aplicación del Código de 1928, hasta 1932.

Si no se perdieron las bases del Código penal de 1848, es evidente que cierto eclecticismo impregnase sus instituciones, eclecticismo que se aprecia sobre todo en la concepción retributiva de la pena. Ahora bien, si el viento ideológico que instauró el nuevo régimen era netamente liberal, esa característica era la más acusada en el Texto de 1870.

Coherente con este planteamiento, el Código establece un título específico de delitos contra la Constitución. De igual modo, se protegen de forma más intensa mediante diversas figuras delictivas los derechos individuales del ciudadano. La inspiración laicista más radical del nuevo liberalismo, se plasmó en la específica desprotección de los valores de la Iglesia Católica al suprimirse los delitos contra la religión, y ser éstos sustituidos por los hechos punibles que atentan al libre ejercicio de los cultos. Frente al autoritarismo de la reforma de 1850,

se vuelve a consagrar el principio de legalidad y a incriminar los supuestos de proposición o conspiración para delinquir sólo en los casos en los que fueran determinados expresamente por la ley. Ese liberalismo también se puede apreciar en la humanización de las penas, pues se suprime el castigo de argolla y se limitan notablemente los supuestos reales de aplicación de la pena de muerte y de la cadena perpetua.

En 1923 alcanza el gobierno de la Nación el General Miguel Primo de Rivera, una vez más, por la vía del golpe de Estado. El militar toma el poder, según se desprende de su propio Manifiesto, por la crisis social, económica y política que vive entonces el país (terrorismo, agitación social, propaganda comunista, peligro de separatismo nacionalista, los desastres bélicos en Marruecos, fuerte inflación, etc.). Su gobierno se caracterizaría por un fuerte autoritarismo, con grandes dosis de paternalismo en el ejercicio del poder. Es la ideología que postula por el mantenimiento a ultranza del orden público (suspensión de garantías individuales y fuerte represión), por el mantenimiento de un sistema de justicia fuerte (abolición de los tribunales del jurado, por estimarlos "débiles" y fácilmente "corrompibles")… …Por la indisoluble unidad del Estado (a pesar de mostrarse inicialmente partidario de un sistema autonómico para Cataluña).

El modelo político-criminal de la Dictadura de Primo de Rivera es fiel espejo de este autoritarismo conservador. Casi todas las medidas penales eran establecidas por vía de decreto. Y Así, a título de ejemplo, para combatir el separatismo de organizaciones como Acció Catalana, se crearon por Real Decreto de 18 de septiembre de 1923 los delitos contra la seguridad y unidad patria, que incriminaban las ideas nacionalistas radicales (separatismo) y la colocación de banderas, fuera de la española, en edificios públicos.

El Código penal de 1928 fue el texto punitivo del régimen, y respondía a esta nueva tendencia política. Se inspira, como no podía ser de otra forma, en las tesis de la defensa social que habían influido decididamente en SALDAÑA y CUELLO CALÓN, dos de sus principales redactores. Esta relevancia atribuida a la defensa social se plasma, con carácter general, en dos instituciones que se incorporan al nuevo texto. Por un lado, junto a la pena, aparece la medida de seguridad como mecanismo para hacer frente a la peligrosidad del sujeto. Y, por otro lado, la determinación de la pena toma en consideración esa peligrosidad del sujeto (CASABÓ RUIZ). El carácter autoritario viene representado en la dureza de las sanciones punitivas, o en la punición de la tentativa imposible. La preocupación por la debilidad del hasta entonces vigente sistema judicial se proyectó en la creación de un título específico en el que se incluyeron los delitos contra la administración de justicia. El carácter paternalista del sistema político se plasma en la elevación de la mayoría de edad penal a los 16 años, en la creación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo y en la inclusión de un nuevo título dedicado a los delitos contra los menores. También se refleja en la ampliación de la condena condicional a las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración.

El 14 de abril de 1931 se proclamó la Segunda República, tras el buen resultado obtenido por los republicanos en las elecciones del 12 de abril. El Gobierno provisional republicano publicó inmediatamente un Estatuto jurídico en el que se reflejaban de forma programática los principios que inspirarían el sistema jurídico-político del nuevo Estado. Destacan el respeto a los derechos individuales, entre los que resaltan la libertad de conciencia y de cultos, el reconocimiento y afirmación de la función social de la propiedad privada y la exigencia de responsabilidades por los actos realizados durante la vigencia del régimen monárquico. Pero en realidad, no hubo un ideario propio republicano dentro de esta etapa, sino una fuerte confrontación política y una gran tensión social cargada de grandes dosis de violencia, que acabaría desembocando en la Guerra Civil (1936-1939). La Constitución republicana de 1931 no fue fruto de un consenso entre los republicanos y los sectores tradicionalistas y monárquicos, sino una imposición del arco de las fuerzas políticas más radicales frente a las de signo más conservador (al igual que ocurrió durante el bienio conservador, pero a la inversa). Existían, además, tres grandes problemas que arrastraban de décadas anteriores, y que no encontraron, por falta de voluntad entre los bandos enfrentados, una adecuada solución. Así, con relación al problema religioso, se declaró la aconfesionalidad del Estado, la libertad de cultos, la enseñanza laica, y se actuó contra determinadas órdenes religiosas. En materia regional, se intentó paliar las fuertes confrontaciones entre las tendencias fuertemente centralistas, y las autonomistas y separatistas a través de un "federalismo atenuado", que, lejos de resolver el problema, supuso una fuente de discordias que también fue utilizada como excusa por los rebeldes para provocar la trágica Guerra Civil española. Y el problema social, en el que predominaban grandes desigualdades económicas, y de otra índole (culturales, sanitarias, educativas, etc.), entre las clases campesinas y obreras, de un lado, y la burguesía industrial y hacendada, de otro. Estas desigualdades favorecían una gran debilidad de la clase media, originándose agrios debates en torno a la función de la propiedad, de la titularidad de los medios de producción, de la reforma agraria, que enfrentaron, como en las dos anteriores cuestiones (religiosa y regional), a las "Dos Españas".

Todas estas tensiones y contradicciones ideológicas se verían expresadas en el Código penal republicano de 1932, y en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Ciertamente cabe señalar que la animadversión a la Dictadura de Primo de Rivera y a la correspondiente legislación penal (Código de 1928 y leyes penales especiales) era de tal envergadura, que al día siguiente de quedar proclamada la Segunda República, se restableció la vigencia del Código penal de 1870. Era obligado, sin embargo, adaptar el Texto monárquico a las nuevas exigencias políticas marcadas por la Constitución de 1931. Y así nació el Código penal de 1932 que en realidad era una reforma de aquél de 1870.

Si la Dictadura anterior se había caracterizado por una fuerte represión en todos los órdenes, el Código penal de 1932 pretende llevar a cabo un proceso de humanización de las penas que se concretó en la supresión de la pena de

muerte, se amplió el arbitrio judicial y disminuyó el número de agravantes. Característico resulta el cambio moral que quiere profesar el nuevo régimen republicano, con una mayor apertura al reconocimiento (muy limitado todavía) de ciertos derechos de la mujer. Esta tendencia se proyecta, desde una perspectiva político-criminal, en la supresión de figuras penales de claro tinte machista, como el delito de adulterio (que afectaba casi exclusivamente a la mujer), o con la eliminación de este otro del uxoricidio por causa de adulterio, que apenas sancionaba la conducta lesiva u homicida del marido ofendido contra la esposa y el amante. Evidentemente, la misma hiperprotección que la Monarquía había establecido con anterioridad para sus órganos, se mantiene ahora para las instituciones básicas de la República.

La contradicción más grande en el sistema penal de la República se refleja en la propia existencia de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, en la que se regulan los denominados estados peligrosos y las correspondientes medidas de seguridad predelictivas. Este tipo de medidas penales suponen un adelantamiento de la línea de defensa del Estado, en la medida en que atacan los supuestos de peligrosidad social sin que se hayan concretado en la perpetración de un hecho criminal. Quizás su existencia refleja el carácter intervencionista que inspira al modelo republicano en su primera etapa, que obliga a los poderes públicos a buscar "el caldo de cultivo" del crimen allí donde se encuentre, antes de que aflore la concreta conducta delictiva, para así erradicarla y llevar a cabo la tarea de prevención. Pero, sin duda alguna, este sistema no era propio de un régimen democrático, y, quizás, habría que achacárselo a la influencia en JIMÉNEZ DE ASÚA (el redactor más relevante de esta ley) de alguno de los principios emanados de la Escuela positiva. De hecho, el régimen franquista asumió esta legislación, y en 1970, la transformó en la denominada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que estuvo vigente hasta 1995.

El 18 de julio de 1936 estalla la Guerra Civil y durante tres años España es disputada por dos Estados, el republicano y el nacional. Finalmente, se impondría este último.

Surge así en 1939 un nuevo Estado nacional, totalitario en su primera fase, autoritario después, gobernado personalmente por la figura del General Franco. Impera así un sistema de "caudillismo", de gobierno personal y militar, que utiliza al único partido legalizado ("Movimiento"), Falange Española Tradicionalista y de las JONS, para impregnar a la sociedad española la nueva ideología: Tenía la misión de comunicar al Estado el aliento del pueblo y de llevar a éste el pensamiento de aquél a través de las virtudes político-morales de servicio, jerarquía y hermandad (TOMÁS VILLARROYA). No es un régimen de partido único, sino un régimen personal que utiliza al partido a su antojo sin someterse a sus designios. En este sistema autoritario no hay libertad de prensa, ni pluralidad de organizaciones políticas, ni sindicatos (salvo el único permitido)… Es el nacionalcatolicismo, en el que se imponen los conceptos de Patria, de unidad del Estado… Están presentes los valores tradicionales, de la confesionalidad

católica, de fuerte adhesión a la persona del Caudillo, a quien se le atribuye la trascendental misión de salvar a España y dirigir su destino…

Este régimen, desde el momento que declaró la guerra al Estado republicano, elaboró una serie de leyes penales que conformarían su principal modelo político-criminal. Este conjunto de leyes son luego trasladadas al nuevo texto punitivo, el Código penal de 1944.

Aunque el franquismo rechazaba todo aquello que procedía de la Segunda República, era consciente de la gran calidad técnica del Código penal de 1932 (elaborado, entre otros, por penalistas de gran prestigio, como JIMÉNEZ DE ASÚA, ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ). Este texto también representaba la continuidad de la tradición jurídica que se remontaba a 1848 (recordemos que la ley penal de 1870 constituyó una reforma de aquél, y el texto de 1932 era a su vez una versión "republicanizada" de éste). Esto explicaría las razones en virtud de las cuales se optó por la creación de un nuevo texto punitivo tomando como base el anteriormente vigente.

Como he señalado, hubo una ingente tarea legislativa en materia penal entre 1938 y 1944, que luego pasaría a integrar este cuerpo legal. En él se encuentra el nuevo modelo político-criminal en alguna de las nuevas instituciones que regula.

Así, se instaura la pena de muerte, y en líneas generales, se establece un sistema más represivo, llegándose a alcanzar, en los casos de multirreincidencia, una fuerte exasperación de la sanción (pudiéndose imponer la superior en uno o dos grados a la señalada por la ley). El carácter represivo y autoritario se plasma de igual forma en el castigo, con carácter general, de la conspiración, provocación o proposición para delinquir, como hicieran los textos de 1850 y 1928. Dicho carácter represivo queda reflejado de igual forma en la punición de la tentativa imposible. También se citan como ejemplos de esa severidad punitiva la aparición de muchos delitos cualificados por el resultado (que determinaban que la sanción sobrepasase la medida de la culpabilidad expresada en el hecho) y la inclusión de un mayor número de agravantes.

El autoritarismo del nuevo régimen queda patente en la fuerte protección de la seguridad exterior e interior del Estado, que ahora integran los dos primeros títulos del Código de 1944, resaltando claramente los intereses más relevantes del franquismo en materia punitiva.

Ese pensamiento político quiere imponer la moral tradicional, basada en los valores del catolicismo, en una vertebración de la sociedad en torno a la institución de la familia, y en la expresión de ciertas dosis de paternalismo. Estos aspectos se plasmarían también en criterios político-criminales que inspiran la regulación de ciertos sectores delictivos del Código de 1944.

Así, si el Estado se declara confesionalmente católico, sólo la religión católica recibirá una específica protección penal. La especial tutela de la familia y de las buenas costumbres se aprecia en la incriminación del aborto y de la prescripción

de anticonceptivos, se expresa en el castigo del adulterio y del amancebamiento, y en la aparición de nuevos delitos, como el abandono de familia. En este sentido, se restablece la conducta privilegiada del uxoricidio por causa de adulterio. El paternalismo del régimen se refleja en ámbitos como los delitos contra la libertad sexual, en los que resulta especialmente protegida la honestidad antes que la libertad sexual de la mujer (ejemplo claro es la nueva regulación que presentan los delitos de estupro y rapto). Ese mismo carácter paternalista se plasmó, de forma positiva, en una especial atención a la prevención especial a través de instituciones como la condena condicional (que permitía suspender el fallo en penas privativas de libertad inferiores a un año, y en ocasiones, hasta dos años), en la redención de penas por el trabajo (cada dos días trabajados eliminaba uno de condena) o en la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por una medida de internamiento correccional a los reos mayores de dieciséis años y menores de dieciocho.

Por lo demás, el régimen franquista no fue ni nacionalsocialista ni fascista, y esto se advertiría en el mantenimiento de ciertos principios del Derecho Penal clásico, como los axiomas de legalidad o culpabilidad. Eso sí, el fuerte sistema de prevención de los estados peligrosos y de las medidas de seguridad, que adelanta la línea de defensa del Estado, fue mantenido porque era coherente con el planteamiento político-criminal autoritario. Por eso se explica que continuase vigente la Ley de Vagos y Maleantes del 4 de agosto de 1933, que pasaría a llamarse Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social el 4 de agosto de 1970.

Con posterioridad, el régimen franquista sigue manteniendo su carácter autoritario, pero va avanzando hacia posiciones más moderadas, influido por la apertura internacional y económica (ingreso en la ONU, proceso de emigración hacia los países ricos de Europa, especiales relaciones con EE. UU., relevancia del turismo con la consiguiente entrada de divisas e ideas procedentes del extranjero, etc.). Las sucesivas reformas penales fueron avanzando, tímidamente, en este sentido. Y así, en 1963, se reforma de nuevo el Código, destacando la derogación del privilegio del uxoricidio por motivo de adulterio, y el hecho de que la huelga ya no constituye delito en todos los supuestos. En 1971 se produce otra reforma, y consecuencia del reconocimiento de la libertad religiosa por una ley de 1967, los delitos contra la religión católica pasan a ser delitos contra la libertad religiosa, la Religión del Estado y demás confesiones. Se introduce el delito de genocidio y los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo. Y en 1973 se publicó un nuevo texto refundido, el cual tuvo un carácter eminentemente técnico.

Con la muerte de Franco y la subida al trono de Juan Carlos I, se desarrolla un proceso político de transformación del régimen autoritario en un Estado democrático que culmina con la aprobación de la Constitución Española de 1978. Este proceso, denominado Transición Democrática, tendría que haber sido acompañado con un nuevo texto punitivo acorde con la naciente inspiración democrática de la Monarquía Parlamentaria. Pero no fue así. Se optó por el me-

canismo de la reforma legal, y el Código penal de 1973 fue enmendado sucesivamente, adecuándolo a la situación política del joven Estado social y democrático de Derecho.

Tras las elecciones de 1977, obtiene la mayoría parlamentaria la Unión de Centro Democrático, y Adolfo Suárez es nombrado Presidente del Gobierno. Es la época del consenso, y los principios de actuación jurídica y económica que van a guiar la política de Estado se imprimen en un pacto firmado por la mayoría de los partidos con representación en las Cortes (Pacto Político de la Moncloa). Hubo varias reformas muy significativas que fueron "democratizando" el Texto de 1973 (las más importantes, en 1978, 1983 y 1989), y paralelamente, hubo tentativas de crear un nuevo Código penal (Proyecto de 1980, Anteproyecto de 1983, Anteproyecto y Proyecto de 1992). Finalmente, en 1995 se aprobó el vigente Código penal.

En el resto de esta obra, tendremos oportunidad de ver los principios político-criminales que se encuentran en la base de sus instituciones fundamentales, tanto de la Parte General como de la Especial. Ahora ha quedado claro, después de ver algunos ejemplos históricos, que los grandes cambios políticos han venido siempre acompañados de grandes transformaciones en el sistema penal, bien fuera a través de un nuevo texto punitivo, bien mediante una reforma de gran calado en un cuerpo legal ya existente.

2. ILUSTRACIÓN Y CODIFICACIÓN: EL NACIMIENTO DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO

A lo largo de la Historia, los gobiernos y el propio Estado han tenido una fuerte tendencia hacia el abuso del poder, y a utilizar el mismo para alcanzar ciertos fines que los titulares de la soberanía perseguían. Como se vio en el apartado dedicado a la política general, ese uso exacerbado de la fuerza por parte de las instancias oficiales, es la nota común en el actual Estado totalitario, autoritario o fundamentalista, sea del signo que fuere.

Pero centrándonos ya en el sistema político de las democracias occidentales, el proceso de reconocimiento de ciertas libertades y garantías al ciudadano, de ciertos derechos de defensa frente al poder de injerencia del Estado, bien como conquista de los individuos organizados socialmente, bien como limitación que se impone a sí mismo el propio poder público, se origina con el pensamiento ilustrado.

Ese proceso histórico en virtud del cual los individuos pasan de ser considerados súbditos a obtener la categoría de ciudadanos, está íntimamente relacionado con la evolución de la legislación penal y su progresiva humanización en el tratamiento de la persona del sospechoso, del acusado y del condenado. Esta vinculación es tan fuerte, que para definir las características del moderno Dere-

cho Penal, se utiliza la referencia al *carácter liberal.* Con ello se quiere expresar que la actividad del Estado encaminada a la defensa del orden público y de la seguridad ciudadana, tiene sus límites en ciertos derechos que se originan en la dignidad humana de la persona (recuérdese, Derecho Penal como Carta Magna del delincuente, Derecho Penal como barrera infranqueable de toda política criminal).

En este epígrafe me voy a referir, una vez más, de forma breve y concisa, al origen de esa característica *liberal* del Derecho Penal, que comienza su andadura en la lenta transformación del Estado absoluto al Estado liberal, pasando previamente por la etapa intermedia de la Ilustración. Y se podrá observar que las ideas ilustradas, y después revolucionarias, determinaron la propia existencia de la transformación de un desvencijado, obsoleto e inhumano conjunto de leyes penales en un incipiente sistema penal, más racional y más humano.

La situación de la legislación criminal durante el Siglo XVIII (en España, prácticamente hasta 1848), era tan caótica, tan primitiva, tan irracional, que la etapa histórica de la Monarquía ilustrada, y el ulterior nacimiento del Estado liberal, se caracteriza fundamentalmente por la búsqueda de la racionalidad y del humanismo en todas las instituciones jurídicas. Esto fue una constante en el desarrollo del pensamiento "iluminista", de la denominada "época de las luces".

Aunque esta etapa de la Ilustración tuvo sus precedentes en el Siglo XVII, incluso antes (Descartes, Spinoza, Locke, Hobbes), ciertamente se desarrolló a lo largo del Siglo XVIII, al cual se le denominó "Siglo de las luces". Y en efecto, los intelectuales de este movimiento contemplaban las décadas anteriores como momentos pretéritos envueltos en la oscuridad de la superstición y de la irracionalidad. Frente a esas épocas brumosas en la historia del hombre, aparecía la luz que iluminaba un nuevo destino de la humanidad. Esa luz procedía de la razón, de la ciencia y de un mayor respeto hacia los seres humanos… Es posible que este pensamiento viniese influido por la aparición de numerosos descubrimientos científicos y por el relativismo cultural procedente y fomentado por la exploración del Nuevo Mundo, del mundo no conocido…

Es la época de la confianza ciega en el poder de la razón humana ("La razón es la locomotora de la Historia"). Se creía que todos los problemas de la humanidad podrían resolverse descubriendo el funcionamiento de las leyes universales que regían la naturaleza. El hombre se vuelve a colocar en el centro del universo, pues como ser racional ya no necesita que otra entidad superior (Dios) dirija su destino. El fin de la humanidad no es ya alcanzar ciertas virtudes morales para llegar al paraíso tras la muerte, sino que consiste en mejorar las condiciones de existencia en la presente vida terrenal. Para ello, se confía en la capacidad de progreso que aporta el conocimiento humano, considerado como ilimitado, entendido como vehículo para conseguir la felicidad individual y social.

En el plano jurídico y político, aparecen autores como Charles-Louis de Secondat, barón de MONTESQUIEU, uno de los primeros representantes del pensa-

miento ilustrado, quien criticó abiertamente el sistema institucional de la época y expresó su conocida tesis sobre la división de poderes, reflejada en su famosa obra *El espíritu de las leyes* (1748). Es la época de VOLTAIRE, y su ferviente defensa de algunos derechos del ciudadano, como la libertad de expresión. Es el tiempo de ROUSSEAU, quien entre sus trabajos cuenta con *El contrato social* (1762), auténtica piedra angular del desarrollo de la teoría política y que influyó con posterioridad en ciertos axiomas fundamentales del derecho liberal, como el principio de legalidad.

La Ilustración dejó una huella imborrable en los siglos XIX y XX. Supuso un freno al poder político de la Iglesia y contribuyó notablemente al proceso de secularización actual de las democracias occidentales. Constituyó las bases sobre las cuales se edificó el liberalismo político y económico. E implantó los valores del humanismo que impregnaron la filosofía del mundo civilizado del Siglo XIX. Impuso la transformación de la fe, de la fe en la divinidad se pasó a la fe en el ser humano, racional y libre. Y así se llegó a la idea del convencimiento de la capacidad ilimitada del progreso de la humanidad mejorando al hombre y a la sociedad en la que vive. Esta filosofía fue trascendental en la transformación de la legislación penal y del propio Estado.

La situación de la legislación penal de la época representaba la negación absoluta de los postulados de la Ilustración. Existían leyes penales muy antiguas y bárbaras para el tiempo en que todavía se aplicaban. No había seguridad jurídica alguna, puesto que se carecía de certeza sobre las normas que estaban vigentes y sobre las que habían sido derogadas. Ante este estado de cosas, los jueces gozaban de una arbitrariedad ilimitada que beneficiaba a los más poderosos y perjudicaba a los más débiles. La tortura era el mecanismo legal más frecuentemente utilizado en el proceso penal para obtener la confesión del culpable. Dicho proceso penal era secreto, escrito, inquisitivo, sin posibilidad de defensa. Las penas eran desproporcionadas a los hechos perpetrados, e inhumanas.

Ante esta situación, aparece una de las propuestas de política criminal más relevantes de la Historia de la Ciencia Penal, que expuso nítidamente CESAR BONNESANA (más conocido como Marqués de Beccaria) en su obra *De los delitos y de las penas* (1764). Este pequeño gran libro es un fiel reflejo del ideario ilustrado utilizado coherentemente para tratar la problemática criminal. De hecho, los principios político-criminales básicos sobre los que se asienta el moderno Derecho Penal, descansan en la propuesta del MARQUÉS DE BECCARIA.

Así, frente al principio de autoridad que inspiraba a la administración de justicia en la aplicación de la ley penal, ahora se propone como criterio rector de la subsunción jurídica el de *racionalidad.* Ello supone, de forma inmediata, tratar al sujeto delincuente como ser racional, contemplar al juez como servidor de la justicia, limitando su arbitrio, y concebir la función del sistema penal de forma más real, como mal necesario para prevenir la vigencia del contrato social, el cual constituye la base de la libertad y felicidad de los hombres.

Precisamente la influencia de ROUSSEAU y su teoría del contrato social, coadyuvó al desarrollo teórico del *principio de legalidad.* Y en efecto, si el legislador representaba la soberanía de toda la Nación, los delitos y las penas, que suponen siempre restricción de libertad de los ciudadanos firmantes del pacto social, sólo pueden venir determinados por la representación de esa voluntad general, que es la ley. No habría delito sancionado con pena, por tanto, sino cuando una ley anterior a su perpetración definiese uno y otra. Así se limitaba también el arbitrio judicial y se satisfacía una de las pretensiones del ulterior liberalismo decimonónico: la seguridad jurídica.

Otro criterio político-criminal que va a quedar sellado en el Derecho Penal liberal a raíz de esta obra ilustrada, va a reflejarse en la función de la pena. En efecto, en el Derecho Penal del Antiguo régimen, la pena tiene un carácter de mera retribución, de castigo por el mal causado, de expiación del infractor. Se le asigna una finalidad trascendental, a veces, cuasi-religiosa. Sin embargo, si para la ideología ilustrada las instituciones se crean con el objetivo de resolver los problemas humanos, la pena tiene encomendada la tarea de prevenir futuros delitos. Y en la medida en que la sanción penal constituye siempre un mal, cualquier abuso injustificado en su apreciación, supondrá un sufrimiento innecesario, y por ello, ilegítimo. De esta idea nacerían principios básicos de la disciplina jurídico-punitiva que entonces eran abiertamente desconocidos, como la proporcionalidad entre delito y pena, la determinación legal de su cuantía para limitar el arbitrio judicial, su pronta imposición, humanidad, etc.

Evidentemente, la teoría del contrato social, y la concepción racional del ser humano por el mero hecho de nacer como tal, impone como consecuencia otro principio que en aquella época implicaba una auténtica revolución: el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal.

Esa misma racionalidad del pensamiento ilustrado se oponía a la utilización de la tortura como medio de obtener la confesión del acusado. Se rechazaba el carácter secreto en las actuaciones procesales y los bárbaros métodos practicados en el procedimiento penal de la época. Aquí se encuentran las raíces de los principios básicos del proceso penal, como la publicidad del procedimiento o la presunción de inocencia.

Las ideas de BECCARIA fueron, con el tiempo, plasmándose en derecho positivo a través de las correspondientes reformas penales, dando origen al fundamento del denominado Derecho Penal liberal. Los cambios en el Derecho Penal vinieron acompañados de otros en materia de ejecución de la sanción. Aquí la obra de HOWARD contribuyó notablemente a una mejora de los centros penitenciarios y de la correspondiente legislación en materia de cumplimiento de condena.

La Ilustración, como corriente cultural, política y filosófica, coincidió históricamente con las formas de Estado propias de la Monarquía, que en contados casos aceptaron alguno de sus postulados. Coincidió con la época de gobierno denominada “despotismo ilustrado”, siendo cierto que los monarcas europeos

fueron más déspotas que ilustrados ("todo para el pueblo, pero sin el pueblo"). Constituyó, sin embargo, un paso más en la construcción del Estado liberal.

A raíz de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), y sobre todo, de la Revolución Francesa de 1789, comienza a extenderse en el mundo occidental el liberalismo, con el consiguiente nacimiento del también denominado, Estado liberal.

El primer pensamiento liberal decimonónico, en su expresión más originaria, aboga por el desarrollo de la libertad personal individual como premisa de todo progreso social. Ni siquiera constituye en esta primera manifestación un movimiento democrático, pues muchos liberales de la época consideraban la participación popular en los asuntos de Estado como poco apropiada. A pesar de ello, con el tiempo el liberalismo ha tenido lecturas políticas y económicas muy distintas a las que ahora no se puede hacer referencia específica. Hay que significar que, con el tiempo, liberalismo y democracia occidental han evolucionado de forma paralela.

La doctrina liberal post-revolucionaria se oponía a las restricciones de derechos fundamentales como la libertad de expresión y pensamiento, de religión, ambulatoria, etc. Postulaba en favor de un derecho casi absoluto a la propiedad privada y en el ámbito económico, mantenía la tesis fundamental de que la riqueza y el progreso de un país pasaba por el mantenimiento de la libertad de mercado sin injerencia ni restricción alguna.

Bajo estos postulados, el Estado cumplía la función de asegurar los derechos y libertades del individuo. Debía velar por la libre competencia, permitiendo y defendiendo el natural impulso de las leyes del mercado. Y tenía que limitar su poder a los estrictos términos de tutelar las condiciones de respeto a estas garantías del ciudadano y evitar todo entorpecimiento externo de las reglas de competencia dentro de ese sistema de mercado. De esta forma, el Estado liberal se caracteriza por la pretensión de organizar la vida social restringiendo al máximo su poder soberano. Queda así vedada toda forma de gobierno que se lleve a cabo de forma arbitraria, injustificada, e ilegítima. Y este pensamiento se puede resumir en la siguiente idea: al individuo, tanta libertad como sea posible, y tanto Estado como sea necesario. Nos encontramos, pues, ante el Estado como árbitro imparcial, ante el Estado-guardián, o, con más propiedad, ante el denominado Estado policía.

Esto no quiere decir que el Estado liberal mantuviese una imagen "libertaria" de la vida social. Todo lo contrario, puesto que como ya indicaron tiempo atrás los pensadores ilustrados, el concepto de libertad está supeditado a los límites de la ley. De esta forma, el mismo ROUSSEAU señaló que el desarrollo del Estado pasaba por una forma de gobierno que situase a la ley por encima del hombre, y MONTESQUIEU precisó que la libertad no consiste en hacer lo que uno quiere, sino en el derecho a hacer todo lo que las leyes nos permiten (al respecto, DELMAS-MARTY). Estas consideraciones van a tener una repercusión inmediata en la política criminal del Estado liberal.

El Estado liberal, por tanto, se caracteriza por la defensa a ultranza de los derechos de los ciudadanos formalmente reconocidos frente al propio poder público. Se concibe bajo la idea de defensa del individuo y de la sociedad frente al propio Estado. Es decir, el primer liberalismo se identifica con la lucha contra la opresión, contra la injusticia, contra la arbitrariedad del poder…

Dentro del liberalismo, podemos encontrar una tendencia más racional, y teórica, preocupada por la delimitación conceptual y de la determinación de las posiciones del individuo, de la nación y del Estado (idealismo alemán), y otra posición utilitarista. Esta última fue desarrollada en el Reino Unido por JEREMY BENTHAM y su discípulo, JOHN STUART MILL. En su concepción, la función primordial del Estado es incrementar el placer del individuo y reducir su sufrimiento. Las leyes, en cuanto restringen libertad, son concebidas como un mal, pero serían necesarias para evitar perjuicios mayores. Estas ideas también tendrían unas notables repercusiones político-criminales, que detallaré en los párrafos siguientes…

La política criminal del Estado liberal se caracteriza, en primer lugar, por la constante pretensión de alcanzar la seguridad jurídica, uno de los bienes más despreciados por el Antiguo Régimen. Y por ello, frente al caos de las fuentes normativas del periodo absolutista, aparece la idea codificadora. Todas las leyes de un determinado sector del ordenamiento jurídico deben recogerse en un texto único, redactadas de forma clara, accesible a la inteligencia del ciudadano medio. Sus contenidos debían sistematizarse ordenada y racionalmente, de tal forma que cualquier asunto, cualquier problema, encontrase pronto una referencia en el precepto que lo debía regular. Este libro de leyes se denominó "código", y el Siglo XIX se caracterizó por un periodo en el que fueron surgiendo distintos textos según las materias (Código civil, penal, mercantil, de procedimiento, etc.), proceso que se denomina "Codificación". El arbitrio se eliminaba sometiendo a todos férreamente, incluido a los jueces y al resto de poderes públicos, al dictado de la ley. Y si todos podían acceder fácilmente al conocimiento de las normas (pues éstas se encontraban en un sólo código y estaban expresadas de forma nítida, para la común inteligencia de los ciudadanos), cada cual sabría en cada momento cuándo su conducta estaría permitida por la ley, y cuándo prohibida. E incluso podrían adivinar más o menos las consecuencias jurídicas que acompañarían a la violación del Derecho. Así, la Codificación, como proceso histórico, venía a satisfacer aspiraciones propias de la Revolución Francesa, como la seguridad jurídica o la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley.

Aparecieron entonces los primeros códigos penales a principios del Siglo XIX, como el Código penal francés (napoleónico) de 1810 o el Código penal de Baviera (elaborado por el prestigioso penalista FEUERBACH) de 1813.

Seguridad jurídica, participación de la soberanía nacional en la determinación de las formas más graves de restricción de la libertad de los ciudadanos por parte del Estado e igualdad de todos los individuos ante la ley, son los fundamentos liberales de uno de los principios político-criminales más importantes

del Derecho Penal continental: el principio de legalidad. Nadie podría ser castigado por acciones u omisiones que, en el momento de su comisión, no constituyesen delito sancionado con una pena así definido por una ley anterior a su perpetración. Que duda cabe que se creaba de esta forma uno de los cimientos del Derecho Penal de las garantías.

La primacía del individuo frente al Estado, y el gran énfasis que se le otorgó a su libertad, constituyeron los fundamentos que originaron el lento proceso de implantación del denominado principio de culpabilidad, otro de los axiomas sobre los que se vertebra el armazón teórico del moderno Derecho Penal. Así, la causación de los resultados delictivos que el sujeto no quiso realizar ni pudo evitar, no engendraría responsabilidad penal. Pues si el ordenamiento jurídico actuase en tales casos contra el individuo, la fuerte restricción de sus derechos y bienes que implica la sanción punitiva no estaría justificada por haber actuado en abuso de su libertad, sino por simple retribución, o simple prevención. La responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta las condiciones del autor, era un vestigio del Antiguo Régimen que ignoraba el carácter racional y la dignidad de la persona.

Quisiera indicar otra consecuencia del pensamiento liberal que influyó en la elaboración teórica del sistema penal. Y ésta hace referencia al fundamento de la pena. Frente al mero carácter de castigo, a la simple retribución, a la justificación de imponer un mal por haber perpetrado otro, el pensamiento liberal, sobre todo el utilitarista de BENTHAM, dota a la sanción punitiva de una misión real, palpable, que ayude a la sociedad y a las personas a resolver sus problemas. Y es por ello que el Derecho Penal del Estado liberal se caracteriza porque la existencia de la sanción penal se justifica no sólo por la mera retribución del daño causado, sino por la necesidad de prevenir nuevos delitos. Como vimos en la evolución histórica de la legislación penal, este carácter ecléctico de los fundamentos de la pena estuvo presente en la gran mayoría de los textos punitivos del Siglo XIX.

Por último, quería destacar que, elemento propio de la legislación penal liberal, es la fuerte protección del patrimonio, sancionando duramente los hechos punibles que lo atacan. Evidentemente, es una consecuencia coherente con el planteamiento burgués de la época de otorgar gran relevancia a la propiedad privada y a la economía de mercado.

3. INTERVENCIONISMO Y DERECHO PENAL: EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado liberal se desarrolló en Europa durante el Siglo XIX. Tras la Primera Guerra Mundial (1914-1918), las democracias liberales entran en una profunda crisis. La República de Weimar en Alemania, la Tercera República fran-

cesa o la Monarquía de los Borbones en España, son ejemplos de la debilidad de los respectivos gobiernos, y su incapacidad para hacer frente a los problemas que iban arrastrándose desde décadas atrás, rodando y formando una gigantesca bola que arrasaría los cimientos, las bases y los principios de estos sistemas políticos que se habían desarrollado en el siglo anterior.

Esta crisis de las democracias liberales en Europa se refleja en ciertos ámbitos que son comunes. Crisis política, que se concretaba en constantes cambios de gobierno. Crisis económica, que se materializó con el desplome de la economía financiera mundial en 1929. Crisis social, que se manifestaba en las grandes desigualdades de clases, en el crecimiento del paro obrero, en la radicalización del enfrentamiento entre la patronal y los sindicatos. Crisis de orden público, que era expresión del terrorismo anarquista y del terrorismo de la derecha más reaccionaria. Crisis de valores, que se exteriorizaba en las fuertes tensiones existentes entre las tendencias laicas y las confesionales. Crisis de identidad, que era el fruto de la pugna entre las ideologías de aspiraciones internacionalistas, y las que se inspiraban en un fuerte nacionalismo. Crisis de confianza, en la medida en que la corrupción se generalizaba y nadie creía en los gobernantes…

Ante esta situación nacen ideologías y tendencias políticas, de muy distinto signo, que tienen en común la concepción de la necesidad de la intervención directa del Estado en todos los ámbitos de la vida social para solucionar los problemas que poco a poco enterraban al liberalismo. Estas tendencias son de carácter autoritario o incluso totalitario. Baste recordar la Unión Soviética comunista, el nacimiento del fascismo italiano de Benito Mussolini, el nacionalsocialismo alemán de Adolf Hitler, el autoritarismo español del General Primo de Rivera, la dictadura paternalista de Salazar en Portugal o los gobiernos dictatoriales que se impusieron durante los años veinte y treinta en Bulgaria, Grecia y Polonia, entre otros. No voy ahora a entrar en el estudio de la política criminal del Estado autoritario o totalitario, pues ya me referí a ella, con carácter general, en el segundo apartado de la lección primera. Ahora quisiera resaltar que, fuera de las tendencias extremistas, en el mismo arco parlamentario de los que defendían un sistema democrático, fuera conservador progresista, se dejó notar la influencia de aquellas ideologías radicales.

Nace así una nueva concepción del Estado: El Estado intervencionista. Y si el Estado liberal se caracteriza por la pretensión de respeto a las libertades fundamentales del ciudadano reconocidas formalmente por la ley, al Estado intervencionista le interesa más la conquista de las condiciones mínimas de subsistencia material, moral y cultural de los individuos para que su libertad pueda ser real y efectiva. El Estado intervencionista se concibe así como Estado social. Y se constituye, no ya como un mero espectador y policía guardián del *status quo* integrado por la tutela formal de los derechos humanos y de la libertad de mercado, sino como un auténtico agente que coadyuva eficazmente al progreso de la comunidad. El Estado social, por tanto, pretende limar las diferencias so-

ciales entre los individuos y los grupos que éstos integran, para alcanzar la paz social, para conseguir la coexistencia en armonía y libertad de los ciudadanos integrantes de la sociedad civil. Se entiende que sin igualdad, sin justicia social, no es posible el disfrute de las libertades y de los derechos de aquéllos que no están en condiciones de ejercerlos por falta de recursos económicos o culturales. Y tampoco se puede llegar a conseguir una convivencia en paz y en libertad si capas enteras de la población no llegan a adquirir los bienes mínimos que le garantizan el poder mantener su propia dignidad humana. Por ello se considera necesaria su intervención en los campos de la economía, de la educación, de la sanidad, de la asistencia social, de la cultura, etc.

La política criminal del Estado intervencionista se diferenciará en algunos aspectos de la que ha plasmado el Estado liberal conforme a su ideario. De esta forma, si los poderes públicos tienen encomendada la misión de garantizar las libertades formales de los ciudadanos y tutelar el respeto a las reglas del juego que marca la libre competencia en una economía de mercado, su actuación ante el fenómeno criminal es eminentemente *represiva.* Es decir, recurrirá a la sanción penal una vez que el delito ya haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos relevantes para la convivencia humana.

En cambio, en un Estado intervencionista, el propio poder público debe actuar como agente en la misma raíz del problema para intentar aportar la correspondiente solución. De ahí que no sea suficiente "esperar" a que el hecho criminal haya atacado a la persona, bienes o derechos individuales o colectivos. Tendrá, por el contrario, que proteger a los ciudadanos y a la propia comunidad "antes" de que el delito se manifieste, cuando se den ciertas condiciones sociales, económicas e incluso biológicas que, hipotéticamente, puedan materializarse en el hecho criminal. Surgen así los denominados "estados peligrosos", que son situaciones en las que se encuentran los individuos que tienden fácilmente a proyectarse en conductas antisociales y punibles (pandilleros, prostitutas, drogadictos, mendigos, etc.). El Estado adelanta su línea de defensa, y actúa cuando todavía no hay puesta en peligro de bien jurídico alguno, pero sí *peligrosidad* de ciertos sujetos. Frente a esa peligrosidad no se puede aplicar una pena, que tiene naturaleza retributiva (no se puede castigar a quien todavía no ha cometido acción penal alguna, a quien todavía no es *culpable*). Puede, sin embargo, tomarse en consideración la denominada medida de seguridad, como reacción terapéutica de los poderes públicos frente a la existencia del estado peligroso, concebida para eliminar "científicamente" la peligrosidad del sujeto. No es por casualidad que las primeras leyes que contemplan estas instituciones preventivas aparecen durante las primeras décadas del Siglo XX.

Una segunda consecuencia político-criminal propia del Estado social, está relacionada, desde mi punto de vista, con la aparición de los delitos de omisión. En efecto, en la sociedad liberal, cada individuo goza de absoluta libertad dentro de los límites que marca la ley. Se le permite hacer todo aquello que la ley no proscribe, y el castigo aparece cuando con su *acción* viola lo prohibido. Pero fuera del

campo delimitado por aquello que está vedado, la ley penal no le obliga a nada, en la medida en que ésta sólo regula las conductas externas de los ciudadanos que vulneran, mediante el hacer positivo, la correspondiente prohibición.

En el Estado social, en cambio, los poderes públicos son agentes del desarrollo social, y necesitan, en muchos casos, de la colaboración de la ciudadanía para cumplir los fines que se le han asignado. De esta manera, todo el desarrollo de la actividad pública a favor del interés general (política sanitaria, educativa, científica, penitenciaria, por ejemplo), requiere muchos recursos económicos, y al ciudadano se le *impone la obligación* de contribuir al sostenimiento de las cargas del fisco. El Estado social, por tanto, restringe la libertad de los ciudadanos porque, frente a una concepción liberal, ya no sólo le dice al administrado "actúa como quieras, pero no dirijas tu conducta contra lo que la ley te ha prohibido", sino que le exige algo más, una conducta positiva a favor de ciertos intereses individuales o colectivos. Por ello, propio de la política criminal del Estado social es también la creación de los delitos de omisión. Es decir, dado que al sujeto ya se le impone ahora que realice un determinado comportamiento, si éste no se lleva a cabo, por omitir lo que se le exige, también infringe la ley en la medida en que existe una norma previa que le obliga a actuar.

Aparece así, con carácter general, la comisión por omisión mediante la cual el ordenamiento jurídico se dirige específicamente a un ciudadano, o a varios, y le impone la obligación de tutelar determinados bienes jurídicos, de tal forma que si por su comportamiento pasivo, éstos sufren un menoscabo o son puestos en peligro, la omisión del obligado equivale al mismo comportamiento positivo. Así, por ejemplo, se castiga al funcionario público que permite que otros sustraigan los caudales públicos, y no hace nada por evitarlo, de forma idéntica que aquél otro que personalmente se apodera del patrimonio de la administración.

Con la evolución del Estado social se incrementa la tipificación de los denominados delitos de omisión pura. Se establecen deberes generales de solidaridad con aquellos que se hallan en situaciones de peligro manifiesto y grave, de tal forma que quien no presta el socorro perpetra también un delito de omisión propia (el denominado delito de omisión del deber de socorro). Del mismo modo, si el Estado crea un deber general (dirigido a toda la ciudadanía) de colaboración con los poderes públicos para perseguir, evitar y denunciar la perpetración de hechos criminales, aquellos que no combaten o denuncian lo que han presenciado, cometen, también por omisión pura, un delito contra la administración de justicia. Si el erario necesita recursos económicos para poder financiar la gestión de los asuntos de gobierno de la vida social, atribuirán a la ciudadanía una obligación de contribuir económicamente, a través de un sistema impositivo, a sufragar los gastos propios de su actividad pública. La negación de esta obligación de contribución económica podrá constituir también un delito de omisión contra la hacienda pública.

La concepción del Estado como Estado social implica otorgarle una función político-criminal a la pena: la prevención de delitos. La criminalidad se con-

templa como problema social y el poder público está comprometido a resolver los conflictos que afectan al interés general para propiciar el desarrollo y el progreso de la comunidad. Bajo esta perspectiva, la pena es concebida como uno más de los instrumentos de la política social encaminada a la prevención de los delitos, para así lograr un mayor bienestar de la ciudadanía.

Existen, claro está, otros muchos aspectos relevantes de la percepción de la política criminal propia del Estado social, sobre todo como Estado social y democrático de Derecho. Pero estas apreciaciones se irán descubriendo a lo largo de todo el programa del presente curso.

4. POLÍTICA CRIMINAL Y GARANTÍAS INDIVIDUALES: EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Tras la Segunda Guerra Mundial, Occidente estaba todavía afectado por los horrores, algunos recién descubiertos, de la tiranía de las naciones totalitarias. El nacionalsocialismo pretendió acabar con las etnias humanas que había considerado como "inferiores". El comunismo soviético, y sus famosas "purgas", había eliminado, y continuó durante algunos años, a sectores enteros de la población por su sospecha de constituirse en "enemigos de la ideología revolucionaria". El individuo había perdido sus derechos como tal, no gozaba de dignidad humana en el régimen del terror, y su existencia sólo tenía sentido como célula del órgano estatal, como componente funcional de un todo que le otorgaba su razón de ser. El Estado, el Führer, el Duce, el Comisario, la Patria, el Partido pensaba por él, dirigía su destino, conducía su felicidad… …Los derechos humanos, las libertades públicas, las garantías del ciudadano, la dignidad humana, constituían "prejuicios" de los gobiernos débiles, corruptos, vendidos al judaísmo internacional o al capitalismo extranjero…

Nacen así las nuevas democracias occidentales (Alemania, Italia, Austria, Francia, Holanda, Bélgica, etc.) como un sistema político abiertamente enfrentado a las formas autoritarias de gobierno y sin caer en los errores del liberalismo anterior. Se profundiza en la democracia y en el propio sometimiento del Estado al Derecho (aspectos que no siempre fueron aceptados por el liberalismo, sobre todo el primero). Se construye así el Estado democrático de Derecho sobre dos pilares básicos: la profundización en la vigencia real de los derechos humanos y el respeto al pluralismo político (las dos grandes negaciones de los sistemas totalitarios de partido único). Esto implica que la dignidad humana vuelva a ocupar el eje central de la regulación de las normas fundamentales del Estado. Y que, frente a los gobiernos del Siglo XIX, que contemplaban la pérdida del poder como si se tratase del propio hundimiento del Estado, la alternancia en el gobierno se conciba como un síntoma positivo de una democracia sana. Por ello, se elaboran constituciones consensuadas por las fuerzas políticas más relevantes del arco parlamentario, frente a los textos del Siglo XIX, que cons-

tituían el fruto de la victoria ultrajante de una tendencia (conservadora o progresista) frente a otra. También será una consecuencia propia de la democracia occidental la estimación como necesaria del control del gobierno del Estado por el resto de poderes (especialmente, por el parlamento) y por los propios medios de comunicación de masas.

El Estado democrático de Derecho se caracteriza porque en él rige con gran fuerza el principio de sometimiento de todos al imperio de la Ley. Es Estado de Derecho porque nadie, ni siquiera el poder público, o el Jefe del Estado, puede actuar fuera de los límites que marcan las propias normas jurídicas, dotando así vigencia a la seguridad jurídica y vedando el arbitrio en la actuación de los individuos y de la propia administración. Y es Estado democrático porque el poder legislativo se encuentra en situación preeminente frente a los poderes ejecutivo y judicial. Y en efecto, si la soberanía reside en el pueblo, será la representación institucional del pueblo, el parlamento, quien vertebre el desarrollo de la vida social a través del instrumento de la ley, sometiéndose el resto de poderes a los dictados de ésta.

Una vez más, la concepción del Estado está directamente relacionada con una concreta visión político-criminal.

El Estado democrático debe guardar un cuidadoso equilibrio entre protección de las libertades fundamentales del ciudadano (por supuesto, también a través de la legislación penal) y la propia limitación de su poder punitivo, hasta el límite de lo estrictamente necesario para preservar la pacífica convivencia. Esto implica una determinada concepción del delito "… el injusto del delito ha de caracterizarse como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, y bienes jurídicos son, exclusivamente, las condiciones exteriores de la libertad" (VIVES ANTÓN). Lo cual significa que el Estado no puede catalogar como delito todo aquello que le moleste o que le incomode. No puede sancionar bajo pena meros criterios morales, o la disidencia política, o la diferente forma de entender el mundo, o la diversidad cultural, o el concreto modo de ser del individuo. Pues si la pena es el instrumento represivo del Estado que más intensamente ataca a los derechos y bienes del individuo, el recurso a la sanción debe estar legitimado. Por eso el delito debe suponer siempre una agresión a las condiciones básicas de la coexistencia humana (bienes jurídicos). Sólo entonces estará justificada esta limitación extraordinaria de la libertad del ciudadano.

En el Estado democrático la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material coinciden. En efecto, las conductas humanas que violan las leyes penales (antijuridicidad formal), sólo son dignas de sanción penal en la medida en que lesionan o ponen en peligro las condiciones básicas de la coexistencia de la vida social (bienes jurídicos). Si el poder público castigara un determinado comportamiento por el mero hecho de ser contrario al ordenamiento jurídico, sin necesidad ni fundamento relevante (por ejemplo, si se penara la expresión pacífica de las ideas, vestir determinadas prendas o cantar ciertas canciones, etc.),

El respeto absoluto a las garantías de la persona implica a su vez que el Estado, so pretexto de mantener a ultranza una política "fuerte" de orden público, no puede incriminar comportamientos que se encuentran "lejanos" en la puesta en riesgo de bienes jurídicos. No puede adelantar su línea de defensa para alimentar una total seguridad ciudadana, pues entonces golpea la barrera de la inviolabilidad del individuo, uno de sus pilares fundamentales. Esto supone que los actos lejanos al inicio de la ejecución del crimen, como la proposición, la provocación o la conspiración para delinquir, no deben tipificarse con carácter general (no es por casualidad que su nacimiento y plena vigencia hayan coincidido con los Códigos penales más autoritarios). De igual forma, no es compatible con un sistema democrático la exacerbada prevención criminal que deriva de la legislación de estados peligrosos y de las correspondientes medidas de seguridad predelictivas.

El Estado democrático de Derecho profundiza en el asentamiento de los principios político-criminales que se instauraron con el pensamiento ilustrado y liberal.

De esta forma, el principio de legalidad exige que la descripción de la figura delictiva y la definición de la correspondiente sanción se determinen previamente por una ley anterior a su comisión. Y la referencia a la ley es en sentido estricto, esto es, como regulación normativa emanada de los órganos parlamentarios, pues sólo la representación de la soberanía popular puede determinar normativamente los límites al modelo de convivencia constitucionalmente asignado. Es más, en el sistema constitucional español, ni siquiera la ley ordinaria es suficiente para desarrollar la materia penal, pues en la medida en que ésta afecta a los derechos fundamentales del ciudadano (bien porque lleva a cabo una función de tutela de los mismos, bien porque la pena y la medida de seguridad los restrinja y limite intensamente), las instituciones punitivas tienen que regularse por ley orgánica (la cual requiere mayoría absoluta para ser aprobada).

El componente garantístico del Derecho Penal democrático se concreta también en el principio de intervención mínima, según el cual sólo se recurrirá a la vía penal cuando el conflicto no pueda ser resuelto eficazmente por el resto del ordenamiento jurídico. De tal suerte que el legislador ve limitada su tarea en materia penal exclusivamente a la protección de los bienes jurídicos que sean esenciales para mantener la coexistencia externa en libertad de los individuos y de los grupos que éstos integran. Inherente al principio de intervención mínima, es el principio de proporcionalidad, que garantiza una reacción estatal al delito perpetrado de una entidad similar al grado de gravedad del hecho y a la culpabilidad del sujeto, evitando así un sacrificio arbitrario e innecesario de los bienes y derechos del condenado. Este axioma también se predica en relación con los derechos y libertades del sospechoso y acusado.

El Estado democrático de Derecho pone el énfasis en la dignidad humana como soporte del conjunto de derechos y garantías del individuo. En Derecho Penal, ello se manifiesta en el principio de culpabilidad, según el cual, al autor del

hecho antijurídico sólo se le impondrá una pena si en el momento de perpetrar la acción se le podía reprochar personal y jurídicamente dicho comportamiento antijurídico en la medida en que pudo actuar de modo distinto al que lo hizo, en la medida en que estaba en condiciones de ser motivado normalmente por la norma para obrar conforme a Derecho. Tratándose de un sistema jurídico garantístico, se entiende que el Derecho Penal no puede regular las conciencias de los ciudadanos, sino tan sólo las conductas externas. Por eso se exige una culpabilidad jurídica, y no moral. Por eso ésta se fundamenta en el hecho aislado constitutivo de la acción penal, y no en la personalidad global del autor, en su carácter, o en la forma en que desenvuelve su vida.

La concepción político-criminal del Estado democrático de Derecho se proyecta, del mismo modo, en la función que se le atribuye a la pena. Desde el punto de vista conceptual, la sanción es retribución, pues así se asegura el principio de proporcionalidad entre ésta y la gravedad del delito perpetrado. Pero todo mecanismo represivo que limite libertades del ciudadano tiene que estar justificado en la medida en que es absolutamente necesario para conseguir un fin legítimo. Y si este fin es la tutela de bienes jurídicos en orden al mantenimiento de la paz social, la principal consecuencia jurídica tiene encomendada la misión de evitar futuros delitos mediante la prevención general y la prevención especial. Eso sí, como Estado democrático de Derecho, dicha prevención no puede obtenerse exclusivamente por la intimidación (frente a toda la ciudadanía o frente al condenado). Es necesario que se institucionalicen mecanismos racionales de futura evitación de hechos criminales fuera de la tradicional coacción psicológica. Así, fortaleciendo el funcionamiento real del sistema penal en todos sus órdenes (policía, proceso penal, legislación penal, centros de ejecución de condena, etc.), se consigue una confianza en la eficacia del Derecho Penal, y ello internaliza en la ciudadanía la convicción de la necesidad del seguimiento de la norma, produciéndose finalmente una menor propensión a la realización de la conducta delictiva (prevención general positiva). Y, desde el punto de vista del individuo, al Estado democrático le interesa ahora no sólo que éste se encuentre "cohibido" por haber sufrido las negativas consecuencias de la aplicación de la pena, sino que, como ciudadano que es, se desea su integración en la sociedad. Por ello la institución de la resocialización aparece como uno de los fines de la pena en el sistema democrático, pues la participación en la vida social de todas las personas, incluidos los que perpetraron hechos delictivos, se considera una de las formas más humanas y legítimas de evitar nuevos hechos penales en el futuro por parte de aquellos que ya delinquieron. Fin de la pena privativa de libertad es, por tanto, la reeducación y resocialización del reo.

En fin, principio fundamental del Estado democrático de Derecho es la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, y por supuesto, también ante la ley penal. La existencia de ciertas prerrogativas penales para algunos ciudadanos de relevancia (Jefe del Estado, parlamentarios, miembros del Tribunal Constitucional), tanto de carácter material (inviolabilidades) como de carácter procesal

(inmunidades), deben estar justificadas, no tanto por el rango social que ocupa el sujeto, sino por la relevancia de la función que realiza, y de ahí que dichos privilegios tengan que estar indisolublemente unidos, no a la persona beneficiada, sino al efectivo ejercicio del cargo que desempeña.

El principio de igualdad se plasma en el tratamiento político-criminal de las conductas de los servidores del Estado, los funcionarios públicos. La condición de funcionario público deja de ser considerada como privilegio, y ello se demuestra en un cambio operado frente a la situación anterior plasmada en el Código penal de 1973. Ahora, los funcionarios que perpetran delitos abusando de su cargo, verán incrementada la sanción de su conducta, dado que los servidores del Estado que delinquen violan, aparte del bien jurídico propio del delito, la dignidad de la función pública y la imagen de respeto que requiere la administración del Estado. En el Estado autoritario, en cambio, los empleados públicos gozan de autoridad (entendida como fuerza política) y se encuentran materialmente en una situación jerárquica superior a la ciudadanía. Dicha posición se torna en privilegio en todos los órdenes, y de ahí que muchas conductas perpetradas por funcionario público con abuso de su cargo (allanamiento de morada, detención ilegal, descubrimiento y revelación de secretos) recibiesen un menor castigo que cuando se tratase de un particular.

5. LA CONCEPCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución Española de 1978 fue el fruto de la voluntad de consenso de los principales partidos del arco parlamentario. No supuso, frente a sus predecesoras, el triunfo de una España frente a la Otra, sino la muerte de las Dos Españas. Ese consenso se puede apreciar en la mayoría de las instituciones básicas de la convivencia social que pretende regular.

Así, en materia económica, se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, se establece la libre competencia y se admite la posibilidad de planificación de la economía por parte del Estado, confluyendo las tesis liberales con las intervencionistas. Se declara la unidad e indisolubilidad del Estado, pero al mismo tiempo se crea un modelo de autonomías fuertemente descentralizado, de tal forma que se aúnan tendencias centralistas con aspiraciones nacionalistas. Se afirma el carácter laico del Estado, y al mismo tiempo se expresan las especiales relaciones con la Iglesia Católica… Estos ejemplos de consenso entre fuerzas políticas e ideologías, entre tendencias y movimientos sociales, también se va a reflejar, como no podía ser de otro modo, en la misma concepción político-criminal que deriva de sus preceptos y espíritu. Vamos a ver algunas consecuencias de este carácter aglutinador de nuestro Texto Fundamental.

El art. 1. 1 afirma que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Esta afirmación implica que la política criminal en el tratamiento del fenómeno delictivo debe recoger las ideas propias del carácter liberal, democrático y social del Estado que antes señalábamos. Lo cual supone que de la Constitución deriven los principios básicos que inspirarán el modelo punitivo del Estado social y democrático de Derecho.

En este sentido, aunque no existe, como en la Ley Fundamental de Bonn, un precepto que defina el principio de legalidad en materia penal, éste se extrae claramente de los artículos 9. 3 ("La Constitución garantiza el principio de legalidad…"), 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"), y del 81. 1 ("Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas…").

Otros principios propios del Estado liberal de Derecho, como el de culpabilidad, tampoco están expresamente reflejados, pero se manifiestan en la especial consideración de la dignidad humana y de los derechos fundamentales como pilares de la convivencia social y política. De esta forma, 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.

En fin, el principio de intervención mínima se formula en toda la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas, pero especialmente encontramos referencias en los arts. 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 ámbito del proceso penal, estos límites al *ius puniendi* vienen nítidamente reflejados en el art. 24. 2 ("Asimismo, 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"). Intervención mínima, proporcionalidad y garantías del ciudadano se expresan en el art. 25. 3, cuando se manifiesta que la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Estos principios también vienen representados en aspectos concretos, como en el ámbito de los derechos a la vida y a la integridad física (art. 15: "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") o en el ámbito de la libertad (art. 17. 1: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad…… Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley…… La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial").

Como Estado social, la intervención punitiva frente al fenómeno criminal no puede consistir en una mera retribución del hecho por el mal causado o en una simple prevención general a través de la intimidación que supone para la ciudadanía la existencia y la aplicación de la pena. El Estado social debe intentar, además, reintegrar al individuo a la comunidad y evitar así la futura comisión de hechos delictivos. De ahí que, constitucionalmente, se haya puesto gran énfasis en la prevención especial, a través de la resocialización del sujeto, como mecanismo que justifica la propia existencia de la pena y limita a su vez la sanción privativa de libertad en relación con su función, que se circunscribe específicamente a buscar, entre otros, este fin primordial. En este sentido, el art. 25. 2 establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.

Pero si la CE constituye a España en un Estado social y democrático de Derecho, no puede conformarse con programar una tutela individual de los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social, y tampoco puede limitarse a construir la barrera de garantías del ciudadano, infranqueable para el *ius puniendi* del poder público. Como (también) Estado intervencionista, este poder público tiene el deber de tutela de toda la colectividad ante los ataques más graves que afecten a los intereses generales de aquélla en sí misma considerada. Y esa protección específica de bienes jurídicos supraindividuales la ha llevado la CE a cabo en dos ocasiones, aunque es factible una extrapolación a otros bienes jurídicos de naturaleza colectiva o institucional.

En materia de tutela del medio ambiente, el art. 45 reconoce a todos el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Para ello, se exige a los poderes públicos una actividad a favor de la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar ese medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva (art. 45. 2). Y en el numeral 3, se fija la intervención penal, para reaccionar contra quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, de tal forma que, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

En segundo lugar, en el marco de la defensa del patrimonio histórico, artístico o cultural, el art. 46 también prevé una posibilidad de actuar con la ley penal: "Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad…… La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio".

Bibliografía

ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal.* 2ª Edic., anotada y corregida por HERNÁNDEZ GUIJARRO, J. J. y BENEITEZ MERINO, L. Madrid, 1986. BARBERO SANTOS, M.: *Política y derecho penal en España.* Madrid, 1977. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: estado actual de un debate permanente.* Revista General de Derecho, núm. 585 (1993). CARBONELL MATEU, J. C.: *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales.* 3ª Edic. Valencia, 1999. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. 1. Introducción.* 6ª Edic. Madrid, 2004. DELMAS-MARTY, M.: *Modelos actuales de política criminal* Traducción bajo la dirección de BARBERO SANTOS, M. Madrid, 1986. DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Política criminal y derecho penal: estudios.* Valencia, 2003. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal.* 8ª Edic. Madrid, 2006. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal.* Revista Xurídica Galega, núm. 38 (2003). JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal.* Tomo I. 4ª Edic. Buenos Aires, 1964. KRIELE, M.: *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos.*Barcelona, 1982. MALERBE, Pierre en TUÑÓN DE LARA, M. (Dir.): *Historia de España.* Tomo IX. La crisis del Estado: Dictadura, República, Guerra (1923-1939). Barcelona, 1989. MARTÍ, Casimiro en TUÑÓN DE LARA, M. (Dir.): *Historia de España.* Tomo VIII. Revolución burguesa, oligarquía y constitucionalismo (1834-1923). 2ª Edic. Barcelona, 1989. MIR PUIG, S., en AA. VV.: *Política Criminal y reforma del Derecho Penal.* Bogotá, 1982. MIR PUIG, S.: *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho.* Barcelona, 1994. MIR PUIG, S. (Dir.)/CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)//GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.): *Política criminal y reforma penal.* Barcelona, 2007. MIRA BENAVENT, J.: *Función del Derecho Penal y forma de Estado.* Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Valencia, 1997. REDONDO, Gonzalo en *Eunsa. Historia Universal.* Tomo XIII. Las libertades y las democracias. Pamplona, 1984. ROXIN, C.: *La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal.* Traducción de GÓMEZ RIVERO, C. y GÓMEZ CANTIZANO, M. C. Valencia, 2000. SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general. 1. Introducción.* Barcelona, 1982. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Montevideo, 2006. TOMÁS VILLARROYA, J.: *Breve historia del constitucionalismo español.* Madrid, 1981. TOUCHARD, Jean: *Historia de las ideas políticas.* Tomo II. Traducido por PRADERA, J. Barcelona, 1990. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.: *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I. Santiago de Chile, 2009. VIVES ANTÓN, T. S.: *Introducción* en Comentarios a la legislación penal. Dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., y Coordinados por BAJO FERNÁNDEZ, M. Tomo I. Derecho Penal y Constitución. Madrid, 1982.

Lección 3ª

Política Criminal, Criminología y sistema penal

1. Criminología y Política Criminal.
2. Victimología y Política Criminal.
3. Sistema punitivo y Política Criminal: Especial referencia a las penas de muerte, de prisión y a sus alternativas. Breve referencia a la mediación penal.
4. Sistema penitenciario y Política Criminal.
5. Sistema de enjuiciamiento penal y Política Criminal.
6. Sistema de responsabilidad penal del menor de edad y Política Criminal.

En las dos anteriores lecciones se ha definido el concepto de Política Criminal, diferenciándose de este otro de Derecho Penal; y también se han puesto en comunicación evolución del Estado, transformación histórica de la legislación penal y el correspondiente pensamiento político-criminal de la época. En esta lección tercera, que precede a la que cierra lo que hemos considerado como Parte General de la Política Criminal, se quiere presentar, a grandes rasgos, las actuales líneas político-criminales que se encuentran en las disciplinas más relevantes (algunas muy recientes) cuyo objeto de estudio está muy relacionado con el ámbito de la criminalidad.

1. CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

No podemos ahora profundizar en el concepto de Criminología, ni tampoco en sus características fundamentales. Siguiendo a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, podemos definirla como "Ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen —contemplado éste como problema individual y como problema social—, así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo y técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente". Se trata de una definición muy amplia que presenta a la Criminología como ciencia (y no como mera disciplina), cuyo método, calificado como empírico, analiza la realidad de la criminalidad (entendida en sentido amplio, de tal modo que abarca al crimen, al delincuente, a la víctima y al control social) desde el prisma de la interdisciplinariedad, es decir, apoyándose en otras ramas del conocimiento humano (Medicina, Psiquiatría, Sociología o Estadística, entre otras). Pero es en la función que se le atribuye

a la Criminología donde encontramos el conjunto de relaciones más relevantes que une a esta disciplina con la Política Criminal.

Desde mi punto de vista, si la Criminología quiere ser contemplada como ciencia, su tarea principal consistirá en suministrar información válida, contrastada y eficaz, sobre el fenómeno criminal entendido en sentido amplio. Las cuestiones relativas a las estrategias para prevenir y hacer frente a la criminalidad quedan fuera, según mi opinión, de la Criminología y entran a formar parte de la Política Criminal. Pues de lo contrario, la Criminología aparecería como una clase de conocimiento integrado por un aparente estudio empírico de la realidad criminal y elementos valorativos y coyunturales (como son los aspectos de prevención y de lucha contra el delito) de su análisis donde interviene el aspecto *decisionista,* componente circunstancial y de oportunidad política, por tanto, incompatible con el saber científico.

Ya vimos como la Política Criminal no es, ni puede ser, ciencia. Es una disciplina normativa que trata de establecer las medidas y estrategias adecuadas para hacer frente a la criminalidad. Y en la elección de los mecanismos más o menos aptos para cumplir con esta función interviene un factor político, incompatible con el conocimiento científico. Si, por ejemplo, los poderes públicos en tiempos de crisis económica resuelven no perseguir exhaustivamente los ataques graves al medio ambiente para no clausurar un grupo de industrias contaminantes, esa decisión estará más o menos justificada, pero bajo ningún concepto puede ser catalogada como *científica.* Ciertamente, la Política Criminal recurrirá al saber criminológico para determinar *la forma más razonable* de enfrentarse contra el fenómeno delictivo. Pero, en última instancia, la elección del modelo, de la estrategia o del mecanismo a tomar en consideración, no depende de la *racionalidad técnica,* sino de factores valorativos, mucho más coyunturales e históricos.

De ahí que la relación más relevante entre Criminología y Política Criminal, consista, precisamente, en un correcto entendimiento de las diferentes funciones asignadas a una y otra, las que se acaban de exponer. La Criminología aportará a la Política Criminal esa información relevante y contrastada sobre los distintos aspectos de la criminalidad que requieran de una solución por parte de los poderes públicos. La Política Criminal, tomando en consideración esa información, y dentro de las diferentes opciones que haya marcado aquélla, elaborará la correspondiente propuesta en el ámbito decisorio para intentar solucionar el conflicto en el marco criminal o criminógeno. Finalmente, será el Derecho Penal la disciplina que elevará el correspondiente criterio al respectivo principio o precepto jurídico con vigencia general. Aparece así la Política Criminal como puente entre la Criminología y el Derecho Penal (ZIPF). O, dicho en otras palabras, "… la Criminología, la Política Criminal y el Derecho Penal son tres pilares del sistema de ciencias criminales, inseparables e interdependientes… La Criminología está llamada a aportar el sustrato empírico del mismo, su fundamento científico… La Política Criminal a transformar la experiencia

criminológica en opciones y estrategias concretas asumibles por el legislador y los poderes públicos… El Derecho Penal a convertir en proposiciones jurídicas, generales y obligatorias, el saber criminológico esgrimido por la Política Criminal con estricto respeto de las garantías individuales y los principios jurídicos de igualdad y seguridad propios del Estado de Derecho…" (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA).

Ilustremos con un sencillo ejemplo esta vinculación entre Criminología y Política Criminal. La estadística criminal (disciplina criminológica) ha demostrado que gran parte de las muertes y lesiones imprudentes provocadas en el ámbito del tráfico rodado encuentran su causa en el hecho de que es frecuente que muchos de estos autores temerarios conduzcan bajo los efectos de bebidas alcohólicas u otras drogas tóxicas. De igual modo, estudios de Psicología Criminal (otra disciplina criminológica) han puesto de manifiesto que se puede lograr una inhibición del consumo de alcohol de los conductores a través de campañas de información en los medios de comunicación (fundamentalmente, prensa escrita, radio y televisión), por medio de sanciones administrativas para los infractores e incluso mediante la tipificación como conducta criminal, sancionada con pena, de la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas. Luego los poderes públicos deciden si toman en consideración una o varias de estas medidas, y bajo qué condiciones deben establecerse. Así, la Política Criminal en esta materia utiliza como forma de prevención la publicidad para concienciar a los ciudadanos de la importancia de conducir moderadamente y de los perniciosos efectos de la ingestión de estas sustancias en el tráfico rodado. También se ha estimado oportuno crear dentro de la correspondiente legislación en materia de tráfico rodado, infracciones y sanciones administrativas para aquéllos que violen esta prohibición de conducir superando unas determinadas tasas de alcoholemia. Finalmente, el legislador ha tomado en consideración estos criterios y ha creado, para los supuestos más graves, figuras delictivas relacionadas con la conducción bajo estas circunstancias toxifrénicas, o incluso, para evitar la impunidad de quienes no se someten a las correspondientes pruebas para determinar el grado de intoxicación etílica, ha decidido castigar bajo pena la negativa a someterse a éstas. Cómo han de diferenciarse estos delitos de las correspondientes infracciones administrativas, cuáles son los presupuestos necesarios para que se entienda que se ha consumado la conducta delictiva, cuáles son las garantías individuales que no puede transgredir el poder punitivo, son cuestiones que tienen que resolverse en el marco del Derecho Penal.

Lo anteriormente expuesto no significa que exista una absoluta independencia de la Criminología respecto de la Política Criminal, como tampoco la hay entre ésta y el Derecho Penal. En la Dogmática penal, en última instancia, existe siempre un ámbito en la interpretación y sistematización de las instituciones procedentes del estudio del derecho positivo en el cual el operador jurídico tiene que examinar la correspondiente categoría bajo el punto de vista de la crítica en atención a la virtualidad de ésta para resolver los correspondientes problemas

sociales que la han originado. Es decir, existen en el mismo Derecho Penal criterios político-criminales que se encuentran dentro de su seno, y que coadyuvan a la entera elaboración del sistema (en este sentido, las tesis de ROXIN). Pues bien, de igual forma en la Criminología se advierten en los correspondientes procesos de investigación, y también cuando se suministra la respectiva información, cierto ámbito de decisión que no es ajeno a la coyuntura, a la relevancia social del sector de la criminalidad estudiado, y, en definitiva, a la influencia político-criminal del tiempo y del espacio en el que se desarrolla la investigación (en este sentido, los estudios criminológicos en materia de violencia de género).

2. VICTIMOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

Vimos en el apartado anterior que la Criminología también se ocupa del estudio de la víctima como objeto de su investigación. Del mismo modo, el Derecho Penal se ha preocupado en los últimos tiempos de la víctima como categoría que puede aportar una visión distinta del entero sistema penal (y a esta concepción se la ha denominado *Víctimo-dogmática*). Hasta tal punto se ha profundizado en los estudios relativos al ofendido del delito, que ha nacido una nueva disciplina denominada *Victimología.* Sin embargo, antes de verter las correspondientes reflexiones, quisiera, aunque sea provisionalmente, exponer el concepto de víctima del que aquí se parte.

Hay que señalar, a este respecto, que el concepto de víctima de la Victimología, Criminología o Sociología no tiene que coincidir necesariamente con el propio del Derecho Penal (si bien es cierto que éste coincidirá finalmente con el que aportan aquellas ramas del saber no jurídicas). Así, para estas disciplinas sociales, la víctima se identífica más con personas físicas que con personas jurídicas (aunque la cuestión aquí también es debatida). Desde la perspectiva jurídico-penal, sin embargo, la posición tiende más al entendimiento de considerar a la víctima tanto como persona física como persona jurídica. Ello es así porque, según creo, se confunde aquella categoría con la de sujeto pasivo del delito.

Aquí se va a mantener una definición de víctima cercana a la que postula la Victimología. En este sentido, víctima será exclusivamente la persona física, que es aquélla que tiene capacidad de sufrimiento. Y este mismo fundamento nos obliga, como manifestaré en los próximos párrafos, a incluir dentro de esta categoría, no sólo al sujeto pasivo, sino también al perjudicado, como persona que indirectamente recibe económica o moralmente, esos efectos perniciosos del hecho punible.

La primera víctima es el propio sujeto pasivo del delito, esto es, el titular del bien jurídico protegido. Sobre este aspecto no hay discusión alguna y no es necesario llevar a cabo mayores precisiones. El sujeto pasivo del delito y el sujeto de la acción suelen coincidir, pero en ocasiones son personas distintas. Por ejemplo, la sustracción a quien porta un valioso reloj de pulsera propiedad de un

amigo, quien se lo ha prestado, determina que el sujeto de la acción sea quien poseía en ese momento la joya, mientras que el sujeto pasivo del delito de hurto viene constituido por el propietario del mentado reloj. Aquéllos que reciben las consecuencias directas del hecho delictivo, aun cuando no sean portadores del correspondiente bien jurídico, también integran el concepto de víctima del delito. Sobre estas cuestiones hay consenso doctrinal y jurisprudencial, y no hay nada más que añadir.

Desde mi punto de vista, la cuestión más interesante consiste en dilucidar si el *perjudicado* entra a formar parte del concepto de víctima. Señala la doctrina, y con razón, que cuando el Código penal utiliza el vocablo *perjudicado,* está haciendo referencia a la persona que, sin ser sujeto pasivo del delito ni de la acción, recibe de forma cercana las consecuencias dañinas del hecho punible, de tal suerte que aquél tiene derecho al resarcimiento civil de los perjuicios ocasionados.

Desde el punto de vista de la Victimología y de la Criminología, no hay duda de que el perjudicado forma parte de este concepto, y sus programas se dirigen en gran medida a familiares de sujetos pasivos de delitos violentos (víctimas del terrorismo, por ejemplo). En el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, constituye de igual forma el núcleo esencial sobre el cual se dirige toda su regulación, de tal forma que el perjudicado aparece siempre junto al agraviado y ofendido (dos formas que tiene el Código penal de denominar al sujeto pasivo del delito). El perjudicado, como he señalado, *sufre* los efectos del delito, y por todas estas razones concibo que éste también integrará el concepto de víctima.

De todo lo dicho, podemos ya proponer una definición provisional de víctima a efectos jurídico-penales, válida para la Victimología y la Política Criminal. Y entendemos por tal aquella persona física que sufre directa o indirectamente, en su persona, bienes o derechos, los perjuicios derivados de la perpetración del hecho delictivo, sea como titular del bien jurídico protegido (sujeto pasivo, ofendido o agraviado), sea como paciente sobre el que se despliega la acción ilícita (sujeto de la acción), sea como ciudadano que ve mermado cualquier otro interés que pueda ser evaluado moral y económicamente (perjudicado).

Precisamente, por cuestiones político-criminales, la víctima ha sido tradicionalmente la gran desconocida de las ciencias penales. Ha sido olvidada, y se le ha prestado escasa atención hasta principios de la década de los setenta del Siglo XX. Veamos algunas razones que explican este clásico abandono de la figura del agraviado del delito por parte de los poderes públicos y de la misma doctrina.

Históricamente, el derecho penal primitivo e incivilizado se caracterizaba porque el castigo derivado de la perpetración de un hecho delictivo quedaba en manos de la víctima o de su familia. La excesiva importancia en este proceso del papel de la víctima, determinaba la existencia de una forma desproporcionada e irracional de resolver los conflictos humanos, donde la venganza enterraba todo posible criterio de justicia. Esto explicaría esa animadversión a otorgar un

rol relevante a la víctima en la elaboración del moderno sistema penal. Pues si se pretendía que un tercero imparcial dirimiese el conflicto, el ofendido por el delito debía quedar en un segundo plano. Se evitaría así la irracionalidad de la decisión que procedía de una de las partes interesadas, aquélla que sufrió el hecho criminal, y se avanzaba hacía un derecho penal impartido por un juez imparcial representante del poder público.

Pero existen otras razones que también explican ese olvido de la víctima dentro del derecho penal material y procesal. Así, si el Derecho Penal clásico se caracterizaba por edificarse en torno a la estructura de una serie de principios que plasmaban las garantías individuales del ciudadano, su preocupación se centraba en limitar el poder punitivo del Estado, para velar por los derechos del mismo delincuente. Ese Derecho Penal de las garantías dejaba, por estos motivos, de lado a la víctima. También, desde el propio interés coyuntural del Estado, el delincuente sigue siendo un grave problema tras la comisión del delito (habitualidad, reincidencia, costes penitenciarios, problema resocializador, etc.), mientras que la víctima queda sola en su dolor, pues los conflictos que puede ulteriormente plantear al Estado son de ínfima envergadura en comparación con los que aquél presenta. El sujeto pasivo del delito, por tanto, no *molesta* al poder público, es un ser callado que no pone en peligro la estructura del sistema (sí, en cambio, el delincuente). Como se puede observar, razones históricas, relativas a la conformación del moderno sistema penal, explican la escasa relevancia que la víctima ha tenido en la estructura de dicho sistema penal.

Pero no han faltado criterios de oportunidad política en la creación y mantenimiento de esta situación, de este estado de cosas.

La transformación del Estado liberal al Estado social de Derecho, también ha influido en el cambio de valoración con relación a la posición que ocupa la víctima en el marco de las ciencias penales.

En el Estado liberal, el poder público tiene como misión fundamental velar por la libertad del ciudadano y por el mantenimiento de la libre competencia en el sistema de mercado. Las situaciones de marginación, de desigualdad originada por la desposesión de bienes materiales, es un aspecto secundario que no interesa al poder público. En este contexto, la víctima es un sujeto que ha caído en desgracia, al igual que aquél que fracasa en la celebración de un negocio. El Estado no tiene que intervenir en las situaciones individuales de la vida social, y por ello el ofendido del delito queda fuera de su competencia.

En un Estado intervencionista, por el contrario, el poder público se implica directamente en la vida social para remover los obstáculos que impidan que la libertad, la igualdad y la justicia sean reales y efectivas. Los procesos de victimización, que suponen siempre ataques a la persona, a sus derechos o a sus bienes, son considerados ilegítimos, y en algunos casos, evitables.

El proceso de *victimización primaria*, determinado por el ataque al bien jurídico del sujeto pasivo, puede paliarse con una buena política de seguridad

ciudadana, pero en muchos casos resulta aleatorio e inevitable. Casi todos los ciudadanos hemos sido, a lo largo de nuestra vida, víctimas de algún delito. Sin embargo, el proceso de *victimización secundaria,* éste que se produce por el trato vejatorio que el agraviado de un delito puede sufrir por parte de las instancias oficiales (policía y administración de justicia) o de la propia sociedad, por el hecho de haber sido sujeto pasivo del hecho penal, puede ser paliado o incluso evitado en gran medida. Y en efecto, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual o el propio en el que se desarrolla la violencia doméstica, la víctima, frecuentemente, ha sufrido la humillación y la vejación en el momento de la denuncia del hecho ante los órganos policiales, en el momento de la celebración del juicio oral (especialmente por la actitud del abogado defensor) e incluso en todo este periodo puede haber sido menospreciada por parte de algunos sectores de la comunidad, que la responsabilizaban de ser la causante del delito. Estas perniciosas consecuencias se pueden evitar, o al menos paliarse parcialmente, actuando el propio poder público decididamente. De esta forma, se crean cuerpos especializados de policía que están más preparados para atender a la víctima de estos delitos. Se elaboran campañas de publicidad para concienciar a la población en torno a la reprobación ética y social de estos ilícitos, para así posibilitar un mayor índice de denuncias y una mayor comprensión de la situación de la víctima. También se reforman las leyes procesales (permitiendo en ciertos casos que se celebre el juicio a puerta cerrada, para salvaguardar la intimidad de la víctima).

La profundización en el Estado social, por tanto, ha provocado un cambio tanto en la actitud de los poderes públicos frente a la situación de las víctimas, como en el interés en el estudio de todos los problemas que afectan a los agraviados de los delitos.

Desde la primera perspectiva, surgen específicos programas de ayuda a las víctimas de ciertos ilícitos penales que pretenden paliar determinados efectos en los ámbitos asistencial (creando, por ejemplo, instituciones de acogida en los delitos de violencia doméstica), y económico (con una indemnización directa del Estado a las víctimas de ciertos hechos penales). La existencia de estos programas implica ya el reconocimiento de los poderes públicos de cierta coresponsabilidad, de una aceptación de que la situación de las víctimas no es una cuestión individual, sino que le incumbe a la entera sociedad, la cual no puede mirar a otro lado cuando presencia los problemas que afectan a las personas que han sido objeto de la acción delictiva. En nuestro país destacan a estos efectos los programas de ayuda a las víctimas de delitos de terrorismo, tanto estatales como procedentes del propio Gobierno del País Vasco y los programas de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. En el ámbito de la criminalidad intrafamiliar y similar, especial mención merece la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En el marco de la configuración teórica de las ciencias penales, vimos que la Victimología inicialmente formaba parte de disciplinas como la Sociología, la Psicología o la misma Criminología. A partir de los años setenta, las investigaciones victimológicas adquieren tal auge que esta disciplina cobra su propia autonomía. Incluso dentro del Derecho Penal existen propuestas que pretenden analizar sus categorías fundamentales tomando como punto de apoyo, no ya el componente del bien jurídico, sino las repercusiones y la influencia en el hecho del comportamiento de la víctima del delito. A esta nueva concepción del Derecho Penal se le denomina *Víctimo-dogmática* (sobre esta tendencia, ampliamente, SILVA SÁNCHEZ).

La Política Criminal tiene la misión de canalizar las aportaciones teóricas y los programas de los poderes públicos en relación con la víctima, dentro de unos términos razonables, para, por un lado, evitar el abandono y el olvido del agraviado del delito, y, por otro, impedir los excesos en cuanto a su relevancia y significado.

Así, cuando los poderes públicos se han despreocupado de la situación de las víctimas del delito, surgen movimientos radicales que desde la misma base de la ciudadanía pueden crear los denominados *comités de defensa, rondas campesinas o tribunales populares.* Éstos, decepcionados por la ineficacia del sistema penal estatal, suelen actuar tomándose la justicia por su propia mano, con la consecuente violación de las más elementales garantías de los ciudadanos.

Por otra parte, cuando el propio sistema penal considera casi en exclusiva los derechos de la víctima, el Derecho Penal no evoluciona y queda estructurado con base en una serie de principios e instituciones desfasados y anacrónicos. El sistema penal de Estados Unidos nos ofrece una buena prueba de ello. Menores de edad y enfermos mentales han sido ejecutados, desconociéndose los fundamentos del principio de culpabilidad. La misma existencia de la pena de muerte, tan arraigada en la sociedad norteamericana, se justifica, en parte, recurriendo al argumento del derecho a la venganza de la sociedad y de las propias víctimas, y que alcanza hasta el grado de permitir que éstas presencien en directo y en vivo la concreta ejecución.

Y, de igual forma, una sustitución de la categoría del bien jurídico, como fundamento material y principal criterio hermenéutico del sistema penal, por esta otra de la víctima y su comportamiento, conduce a resultados, en unas ocasiones, poco garantistas con el reo, y en otras, excesivamente benignos para el mismo delincuente, justificados por la conducta provocadora del ofendido.

Precisamente la Política Criminal viene a poner orden en esos defectos y excesos en el tratamiento de la víctima dentro del sistema penal.

3. SISTEMA PUNITIVO Y POLÍTICA CRIMINAL: ESPECIAL REFERENCIA A LAS PENAS DE MUERTE, DE PRISIÓN Y A SUS ALTERNATIVAS. BREVE REFERENCIA A LA MEDIACIÓN PENAL

El contenido de este epígrafe viene dedicado al sistema punitivo, como expresión político-criminal de una forma de respuesta que el poder público ofrece frente al fenómeno criminal. Sin embargo, siendo conscientes de que esta materia, por sí sola, cubriría una monografía entera, hemos decidido limitar su contenido a unos determinados aspectos que se consideran fundamentales. En este sentido, se van a centrar las presentes reflexiones en torno a dos problemas básicos. Por un lado, el que afecta a la discusión siempre actual sobre la pena de muerte. Y por otro lado, el que presenta la denominada crisis de las penas privativas de libertad, incluyendo aquí las alternativas a la pena de prisión de corta duración.

El art. 15 de la CE establece 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… Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra". Ahora me interesa destacar que el texto constitucional prohíbe, con carácter general, la instauración en el sistema punitivo español de la condena capital. También cabe resaltar que dicha interdicción no es absoluta, pues se establece la posibilidad de su implantación en el Código penal militar, y siempre para casos de tiempos de guerra. En el momento actual, la pena de muerte está desterrada totalmente de nuestro ordenamiento jurídico, incluso queda fuera del ámbito militar en periodos de conflicto armado. En este sentido, la L. O. 11/1995, de 27 de noviembre, eliminó del Código penal militar esa posibilidad de aplicación de la pena capital. También hay que tener presente que España ha ratificado el Protocolo núm. 13 al Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, firmado en Vilnius, el 3 de mayo de 2002, y que no admite excepción alguna a la abolición de la pena capital.

Aunque la mayoría de los países democráticos han suprimido de su sistema punitivo la pena de muerte, ésta se encuentra todavía presente en Estados Unidos. Son muy pocos los políticos estadounidenses que se atreven a propugnar su abolición, pues en este país su vigencia no constituye un tema grave de controversia social.

Se ha argumentado que la pena de muerte es la única respuesta eficaz para sociedades muy violentas (y la norteamericana lo es en gran medida). Se ha dicho que determinados crímenes producen tal alarma social que el único medio para calmarla es la ejecución del autor. Se ha mantenido que la pena de muerte inhibe la conducta criminal de aquellos que sienten tendencias a perpetrar los ilícitos más perversos. Se ha señalado que evita la reincidencia de sujetos muy peligrosos. Incluso se ha llegado a esgrimir el argumento de su bajo coste en

comparación con las largas condenas en centros penitenciarios, que suponen una gran carga económica para el Estado. En fin, se ha traído a colación ese derecho de venganza de la sociedad y de los propios familiares de la víctima, marcado por la Ley del Talión ("Ojo por ojo, diente por diente"), o enunciado bajo la cuestión ¿qué pena desearía Usted para el autor del asesinato y violación de su hija y de su esposa?

Ante estos argumentos, se han opuesto otros, que personalmente comparto, y que paso a resumir con toda la brevedad posible.

Se ha manifestado, y con razón, que si el Estado tiene la labor de impartir Justicia, no tiene que colocarse en la misma situación que los infractores. Por eso los argumentos de la mera retribución, de la Ley del Talión, de la venganza de la sociedad y de la víctima, no pueden aceptarse. Pues desde el punto de vista ético, la Justicia no se mide con el corazón caliente y la herida sangrante. Se argumenta en este sentido que la proporcionalidad entre delito y pena no es estricta (vida por vida, libertad por libertad, propiedad por propiedad), sino valorativa. A crímenes graves, sanciones graves, pero con cualidad distinta en cuanto a los bienes jurídicos que privan unas y otras. Bajo este hilo argumentativo, se añade que la política criminal de todo Estado tiene unos límites, y uno de ellos es que no se puede instrumentalizar nada más ni nada menos que la vida humana para alcanzar determinados fines (algunos ya expuestos, como llegar a una mayor prevención general, calmar la alarma social, y, en última instancia, disminuir las cifras de criminalidad). Este mismo pensamiento (el de la prohibición de privar la vida humana del reo como medio para conseguir determinadas ventajas sociales), se opondría al argumento económico (gran coste de las penas largas privativas de libertad frente al escaso presupuesto que implica la condena capital) o de la prevención especial (con la muerte del reo, se evitan ulteriores delitos que pudiera cometer).

Lo que no queda tan claro es ese presumible gran efecto de prevención general con el que cuenta la ejemplaridad de la pena capital. En las sociedades en las que se ha impuesto esta medida, no se ha observado con posterioridad al primer periodo de su aplicación un notable descenso de los índices de criminalidad. Y viceversa, cuando ésta ha sido eliminada del catálogo de sanciones penales, tampoco se ha manifestado un notable ascenso en las cifras de la estadística criminal. Incluso en ocasiones, el fuerte impacto de los medios de comunicación ha determinado que aparezcan sujetos que cometen crímenes execrables, contando con la posibilidad de que en el caso de que sean descubiertos, morirán, al menos, "siendo famosos".

El efecto de prevención general es especialmente irrelevante en el ámbito de la delincuencia por convicción, en la que sus autores cuentan con cierto apoyo social. Así, por ejemplo, en los delitos de terrorismo, la imposición de la pena de muerte logra ensalzar la figura del reo, convertirlo en un héroe legendario y llega a motivar a otras personas con las mismas convicciones ideológicas a seguir el mismo camino.

Cabe, finalmente, señalar que la pena de muerte, una vez ejecutada, no admite marcha atrás en los casos de error judicial. Es cierto que normalmente existen muchas posibilidades de aplazar la ejecución a través de la interposición de diversos recursos que tienden a la revisión de la causa (el periodo denominado "corredor de la muerte"). Pero también es verdad que el error judicial persiste en un pequeño porcentaje de los casos enjuiciados. Y dentro de estos supuestos de error judicial, no se trata tanto de causas en las que el reo era absolutamente inocente, como de la incorrecta aplicación de concursos de delitos inexistentes o de determinadas circunstancias de agravación, que pueden transformar una sanción grave en la pena capital. Pero, a fin de cuentas, lo que importa es que existe un número relativo de casos en los que, por error judicial, a sujetos que no les correspondía la ejecución de la condena capital, se les aplicó y la pérdida de su vida imposibilitó la enmienda del *fallo*.

Todos estos argumentos, y otros de carácter ético que no han sido traídos a colación, ponen de manifiesto que sea totalmente rechazable la introducción en nuestro sistema punitivo de la pena de muerte.

El segundo punto crucial de esta exposición dedicada a los planteamientos político-criminales del sistema punitivo español, hace referencia a la crisis en materia de pena privativa de libertad.

Cuando los autores ilustrados critican el sistema penal feudal y de la Monarquía Absoluta, por su crueldad, arbitrariedad, ineficacia e injusticia, la pena privativa de libertad aparece como una de las sanciones más civilizadas y razonables. No atentaba a la vida o a la integridad corporal del reo. Era fácilmente fraccionable, de tal forma que podía acoplarse proporcional y cuantitativamente a la entidad del delito. Permitía la reintegración social del reo. Por otro lado, en una época en que la libertad adquiere gran relevancia como bien fundamental del individuo, su privación en el reo provocaba en el resto de la ciudadanía temor a las consecuencias del delito, y por tanto, inhibición de las tendencias a perpetrar otros crímenes (prevención general). Se explica, por todas estas razones, que la pena de prisión fuera acogida con gran entusiasmo en la doctrina de la época, y posteriormente, en las respectivas legislaciones penales.

De esta forma, durante la Codificación, la pena de prisión aparece como la consecuencia jurídica principal, y casi única, de la mayoría de los delitos que integran los correspondientes textos punitivos. Durante dos siglos, la pena privativa de libertad ha reinado en todos los sistemas punitivos del mundo occidental sin que se haya encontrado, con carácter general, otro tipo de sanción que la pudiese desbancar.

Y, sin embargo, hoy en día existe cierta unanimidad en la consideración crítica de esta sanción.

Por muy execrable que pueda haber sido la conducta de un sujeto, es inhumano que se le prive a éste de su libertad, encerrándole en un centro penitenciario, como si se tratase de un animal enjaulado. La larga privación de libertad produce en el ser humano un paulatino embrutecimiento, con la correspondiente

merma de su dignidad humana. De igual forma, se señala que es difícil preparar al reo para la vida normal en sociedad desde la privación de su libertad. Las dificultades de reinserción del reo llegan a tal nivel, que en muchas ocasiones ya no se pretende la ilusión de su recuperación social, sino que la meta consiste en conseguir que éste, al menos, no vuelva a la comunidad, tras el cumplimiento de la condena, menos *desocializado* que cuando ingresó en el establecimiento penitenciario. Pues sabido es que uno de los grandes obstáculos para alcanzar la prevención especial en el individuo es el gran nivel de contagio criminal existente en las prisiones, hasta tal punto, que se ha dicho de éstas que constituyen auténticas *universidades del crimen.*

Y, sin embargo, nos hallamos ante una realidad incontestable. Y es que, frente a los delitos graves o muy graves que provocan gran alarma social (asesinato, violación, tráfico de drogas a gran escala, delitos contra la humanidad, etc.), todavía no se ha encontrado una pena alternativa a ésta de prisión. Ni siquiera en el marco del Derecho Penal juvenil, que se estructura en torno a la prevención especial y todas sus instituciones giran alrededor del interés del menor, se ha podido prescindir de la denominada medida de internamiento para los supuestos de ilícitos perpetrados por jóvenes infractores (medida de internamiento que en el fondo es una forma de ocultar la imposición de una auténtica pena de prisión).

También en el ámbito del Derecho Internacional Penal, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, la pena privativa de libertad sigue siendo la sanción principal para los hechos punibles que ahí se establecen (genocidio y otros crímenes contra la humanidad, por mencionar los delitos más importantes allí recogidos).

Y en realidad, si una de las notas características del concepto jurídico de pena es la retribución, es lógico que en el sistema occidental no se haya conseguido sustituir la prisión como consecuencia jurídica que los poderes públicos prevén como respuesta a los ataques a los bienes jurídicos de mayor relevancia. Tampoco la prevención general resiste la aplicación de una sanción fuera de la privación de libertad frente a los atentados más graves contra la convivencia social. Y con relación a ciertos individuos que perpetran dichos crímenes execrables, que no muestran ningún interés en su reinserción social y en los que perdura todavía peligrosidad criminal, la sociedad aún no ha inventado una solución más inteligente que mantenerlos aislados mediante su encierro en el correspondiente centro penitenciario. La presión social en estos casos, alentada en muchas ocasiones por los medios de comunicación, ante estos supuestos de *alarma social,* no entendería otra solución que no fuese la separación del individuo de la comunidad contra la que ha atentado. Y la influencia de los medios de comunicación, así como la propia opinión pública en estos temas, tiene gran peso sobre los gobernantes, de tal modo que si ya de por sí es difícil encontrar un sustitutivo a la pena de prisión, tampoco existe ni en la sociedad, ni en los poderes públicos, un interés real en superar la actual situación.

En los sistemas penales de las comunidades indígenas de Latinoamérica, sin embargo, la pena de prisión apenas cuenta entre su tabla de sanciones. Dependiendo del pueblo originario del que se trate, para los delitos más graves existe un abanico de posibilidades incomprensibles para la mentalidad occidental. Desde la pena de muerte (en determinadas comunidades amazónicas), hasta la sanción de azotes, los trabajos forzados, el cepo, la composición o la expulsión de la aldea, se encuentran algunas de las consecuencias jurídicas que se atribuyen a determinados hechos delictivos. Pero para comprender bien las razones de este sistema punitivo, habría que profundizar en la estructura social, en la cosmovisión y forma de entender la existencia humana y los principios jurídicos fundamentales de las comunidades indígenas latinoamericanas, materias que, por lógicas razones, no pueden ser ahora examinadas (al respecto, BORJA JIMÉNEZ).

¿Quiere ello decir que en el futuro va a seguir siendo la prisión la pena más relevante del sistema de sanciones? No, creo que no. Una cosa es que no se haya encontrado todavía un sustituto para la criminalidad más grave, y otra distinta es su relevancia en el entero sistema penal.

Señala ROXIN que la importancia de la pena privativa de libertad en el Derecho Penal del futuro tiende a decaer frente a otro tipo de sanciones. Y ocurre que, conforme el Derecho Penal va extendiendo su manto abarcando día a día más figuras delictivas, más difícil es reaccionar frente a todas ellas con la pena de prisión. Pues gran parte de la criminalidad que se comete es de pequeña o mediana entidad, y como más tarde tendremos la oportunidad de comprobar, frente a esta clase de delincuencia es más eficaz responder con otro tipo de sanciones. Sin embargo, quisiera destacar brevemente unos datos estadísticos que apuntan en esta dirección en relación con el retroceso de la pena privativa de libertad, en el contexto de la República Federal de Alemania (Fuente: ROXIN, *¿Tiene futuro el Derecho Penal?*).

En el año 1882, el 78,8% de todas las condenas en Alemania eran penas de prisión y el 21% venía constituido por penas de multa. En los últimos diez años, las penas privativas de libertad constituyeron tan sólo el 6% de media. De ahí que entre el 80 y el 84% de las sanciones impuestas fuesen penas de multa. Si se piensa, además, que en Alemania cerca de la mitad de los casos se suspenden por vía de la *diversion*, se reconocerá entonces la relevancia del retroceso de la pena privativa de libertad en el Estado germánico. Aunque esta tendencia no se muestra tan marcada en otros países europeos (entre los que se encuentra España), sin embargo, por las razones señaladas, cabe pronosticar que se impondrá en el futuro de forma más o menos generalizada.

El retroceso del recurso a la pena de prisión comenzó con el Código penal de 1995 por la eliminación de aquéllas que adolecían de un periodo corto de duración (hasta seis meses). La crítica a esta clase de penas privativas de libertad venía apareciendo por varios frentes.

Se decía que las penas cortas de prisión no podían cumplir su función de prevención especial, porque durante el breve periodo de su imposición no había tiempo suficiente para llevar a cabo el correspondiente tratamiento científico individualizado dirigido a la reinserción social del sujeto. Y, sin embargo, se producía el denominado fenómeno de la *desocialización* en la medida en que el sujeto era separado de su familia, perdía su puesto de trabajo y quedaba sometido al contagio criminal en el continuado contacto con el resto de los reos. Por otro lado, en la medida en que la privación de libertad era escasa, tampoco se alcanzaba el objetivo de prevención general, dado que el resto de la ciudadanía no percibía el efecto intimidatorio de la imposición de la sanción en un periodo tan breve de cumplimiento.

Y habría que tener en cuenta que la Criminología ha puesto de manifiesto reiteradamente que el resultado de prevención del Derecho Penal no depende tanto de la dureza de la sanción, como del hecho de que el Estado reaccione ante el fenómeno criminal con medidas que muestren a la ciudadanía su eficacia y su desaprobación frente al hecho delictivo (ROXIN). De ahí que otro tipo de sanciones que se impongan de forma inmediata al hecho punible del que son consecuencia, aun cuando muestren una menor lesividad de los derechos del infractor, puedan alcanzar un mayor efecto preventivo-general. Pues la ciudadanía confía en el sistema penal e inhibe su conducta hacía el crimen cuando percibe que existe una eficaz reacción estatal frente al delito (prevención general positiva).

Por estas, y otras razones que se irán apuntando, las penas cortas de prisión han ido desapareciendo de los distintos ordenamientos jurídicos occidentales. En España, el texto punitivo de 1995, como se acaba de señalar, representó una buena muestra de ello. No obstante, pese a los argumentos esgrimidos, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, volvió a reintroducir en nuestro ordenamiento jurídico la pena de prisión de tres a seis meses, tan desaconsejable desde la perspectiva político-criminal. La causa de este proceder hay que buscarla en razones de coyuntura política, donde los dos grandes partidos con aspiraciones a gobernar el Estado español adujeron necesidades de seguridad ciudadana para no perder rédito electoral y ponerse de acuerdo en el endurecimiento del texto punitivo. De este modo, desde el año 2003, el sistema punitivo español cuenta con la pena corta de prisión (de tres a seis meses de privación de libertad).

No obstante, se han encontrado como sustitutivos a la penas cortas privativas de libertad la multa, el arresto de fin de semana, los trabajos en beneficio de la comunidad y la localización permanente. Otros dos mecanismos que tienden a aparecer en la práctica como alternativas a la pena corta privativa de libertad son la reparación del daño y la denominada mediación. Estos dos últimos, en muchos supuestos, vienen indisolublemente unidos.

La pena de multa ha sido, quizás, la sanción que, con carácter general, más se ha extendido como respuesta del poder punitivo a la pequeña y mediana criminalidad. A través del sistema días-multa, la privación de derechos patri-

moniales del sujeto no sólo responde a la entidad del hecho y a la culpabilidad del reo, sino también a su capacidad económica. Su imposición evita el proceso de *desocialización* propio de las penas cortas de prisión (separación de la familia, del centro educativo, del puesto de trabajo, contagio criminal, etc.). Puede fraccionarse fácilmente atendiendo a las características de cada sujeto. Y para evitar la escasa prevención general que pueda suponer la colocación dolosa del autor en situación de insolvencia, se establece un sistema de privación de libertad para el caso del impago de multa (sistema que ofrece dudas en cuanto a su constitucionalidad en relación con el principio de igualdad).

Otra sanción que sustituye a las penas cortas de prisión ha sido la de arresto de fin de semana. El hecho de que su cumplimiento se llevara a cabo de viernes a domingo, evitaba que el sujeto rompiese con sus relaciones sociales el resto de la semana (derivadas del ámbito laboral, del ámbito familiar, o de otros círculos como amistad, diversión, etc.), lo cual permite que el infractor continúe en un estado *normal de socialización.* La privación de libertad durante el fin de semana en dependencias municipales o en centros penitenciarios adecuados, posibilitaría la prevención especial (el sujeto reflexionará sobre el hecho perpetrado) y la prevención general (los demás, al observar que un ciudadano pierde su libertad, desvaloran la concreta conducta criminal e inhiben sus impulsos concupiscentes hacia el delito). Podría ser una sanción muy apropiada para jóvenes primerizos (para los cuales la multa resulta inapropiada). Así, en los delitos contra la seguridad del tráfico rodado, muchos de ellos perpetrados por estas personas durante los fines de semana (conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias similares, conducción temeraria, etc.), se muestra como la mejor consecuencia jurídica para alcanzar los fines propios de la pena.

Sin embargo, el arresto fin de semana fue suprimido por la L. O. 15/2003, de 15 de noviembre. Las razones fundamentales de este abandono serían dos. Por un lado, la medida necesitaba de centros y personal adecuados para su cumplimiento efectivo, y, sin embargo, no hubo una dotación presupuestaria suficiente. Ello determinó que, en la práctica, pese a la existencia de condenas, apenas llegase a aplicarse, incrementándose la impunidad de los delitos en los que estaba prevista esta pena. Por otro lado, este ineficaz cumplimiento de la medida iba en contra del espíritu ideológico de endurecimiento de las condenas que inspiraba la reforma de la L. O. 15/2003.

El trabajo en beneficio de la comunidad constituyó con el Código penal de 1995 una novedosa sanción que en nuestro sistema jurídico sólo podía ser utilizada como sustituta de otras en la medida en que el autor otorgue su consentimiento, aceptándola (pues de lo contrario, se trataría de una especie de trabajo impuesto coactivamente, sanción prohibida constitucionalmente). No obstante, hoy en día también puede venir establecida como sanción principal, pero siempre como alternativa a otra (debido al requerido consentimiento del reo en su imposición). Para pequeños hechos delictivos que agredan a bienes jurídicos de carácter colectivo, puede suponer una medida ejemplar tanto desde el punto de

vista de la prevención especial (pues el sujeto aprende valores de solidaridad social y de estimación de la causa pública dado que realiza actividades para la comunidad), como desde el prisma de la prevención general (pues la colectividad apreciará positivamente la eficacia del sistema penal en la medida en que percibe que el reo está cumpliendo su condena realizando actividades en favor del interés general). A pesar de su escasa relevancia en el actual ordenamiento punitivo, en pequeñas comunidades puede tener una gran eficacia (ya existe una experiencia muy grande al respecto en el derecho penal indígena). Puede sustituir a la multa, o ser su alternativa, en los supuestos de sujetos que carecen de recursos económicos. La personalidad del reo puede proyectarse sobre una actividad constructiva de ámbito comunitario, y con ello se fortalece el sentimiento de integración del mismo. También se muestra muy apropiada en el derecho penal juvenil.

Dado que la L. O. 15/2003 suprimió la pena de arresto de fin de semana, esta misma reforma incluyó esta otra sanción de localización permanente. Recoge el tradicional arresto domiciliario, pero añade otras posibilidades, dado que permite que el juez en la sentencia determine otros lugares fijados para su cumplimiento. Dicho cumplimiento se puede realizar de forma continuada o los fines de semana. Por todas estas características, esta sanción evita muchos de los problemas de las penas cortas de prisión y mejora notablemente sus efectos de prevención especial.

El mecanismo de la reparación del daño causado a la víctima, todavía no constituye una más de las formas de sanción del sistema penal. Pero en la práctica, existen diversos instrumentos en los que la actividad del reo dirigida a satisfacer los intereses de la víctima, sustituye o evita la pena correspondiente al delito perpetrado. Así, el depósito del monto total de la responsabilidad civil derivada del delito antes de la apertura del juicio oral, puede atenuar la pena, o constituir un presupuesto para la concesión de la suspensión de la misma.

En la práctica procesal, y hablamos siempre de delitos de pequeña entidad, el compromiso de satisfacción de los intereses de la víctima por parte del autor, tras una negociación entre acusación y defensa, con el consentimiento de aquél, junto al reconocimiento de los hechos, determina que en la mayoría de los supuestos el sujeto infractor no cumpla ninguna pena (posibilitando mecanismos de suspensión de la condena), o si la cumple, su cuantía sea rebajada notablemente (institución procesal de la conformidad en el Derecho Procesal español).

No se puede confundir la reparación del daño con la institución del pago de la responsabilidad civil derivada del delito, aunque ambas converjan parcialmente. Pues en este último ámbito, en la práctica, la gran mayoría de los condenados se declaran insolventes y, consecuentemente, la gran mayoría de las víctimas ven insatisfecho su derecho de resarcimiento económico derivado del hecho criminal que han sufrido. En la reparación del daño, en cambio, la exigencia de una determinada actividad del infractor en favor del sujeto pasivo del delito o de sus familiares, con la finalidad de eliminar o paliar los efectos del

delito, se concibe como sanción misma o como presupuesto para la suspensión o disminución de otra que le es aplicable al autor.

La reparación del daño puede sustituir con gran eficacia a las penas privativas cortas de libertad para una específica criminalidad de pequeña entidad. Las grandes ventajas de este mecanismo propio del actual y del futuro Derecho Penal han sido expuestas con meridiana claridad por uno de los pioneros de la moderna Política Criminal, Claus ROXIN: "… Esta concepción tiene la ventaja de que se le ofrece al autor un gran aliciente para la reparación del daño, y a la víctima una rápida y desburocratizada indemnización, que en muchos casos el Estado no puede llevar a cabo frente a un deudor insolvente… Un Derecho Penal tendente a la reinserción social del reo también adquiriría un rotundo y nuevo impulso a través de la inserción de la reparación del daño en el sistema de sanciones… Pues si el autor se esfuerza en su propio interés por una rápida compensación a la víctima, tiene que ponerse en comunicación con ella, enfrentarse interiormente con su conducta y con el daño causado, y proporcionar una constructiva, evidente y directa prestación, justa y oportuna socialmente, que es de gran utilidad, por tanto, desde el punto de vista de la prevención especial… De igual forma, la inclusión de la reparación voluntaria del daño en el sistema jurídico-penal de sanciones, tendría efectos preventivo-generales, esto es, con relación a la generalidad, muy positivos… Pues la perturbación social que se causa a través del hecho punible queda realmente zanjada cuando el daño es reparado y se restablece la situación original… Luego a partir de cuando el ofendido y la generalidad contemplan el caso como resuelto… Investigaciones empíricas en distintos países han demostrado que la población en su inmensa mayoría es de la opinión de que se podría atenuar sustancialmente o prescindir de la pena, según el estado de cosas, en los delitos leves o menos graves bajo el presupuesto de la reparación voluntaria del daño".

Existen, finalmente, mecanismos procesales que pueden sustituir con gran eficacia a las penas cortas de prisión, en una negociación entre el fiscal, la acusación particular y la defensa, consentida por el infractor y aceptada por el juez (disminuyendo, suspendiendo o eliminando la condena a cambio del reconocimiento de los hechos, o de descubrir a otros sujetos implicados, por el pago de la responsabilidad civil, etc.). Esa negociación se puede realizar directamente entre las representaciones de las partes afectadas o a través de la intermediación de un tercero. En tal caso estamos ante una alternativa de resolución de conflictos, que está adquiriendo gran auge en todos los ordenamientos jurídicos occidentales, y que se denomina *mediación.* En las líneas que siguen se van a realizar unas breves precisiones sobre esta temática.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una regulación expresa de la mediación penal, aunque ésta viene a ser presupuesta en algunas instituciones, como la conformidad del imputado. Para que se llegue a un acuerdo entre acusación y defensa, con el visto bueno del acusado, sobre el relato de hechos probados, la correspondiente calificación jurídica y la sanción (mínimos exigidos

por la Ley), es necesario alcanzar un punto en el que confluyan una serie de intereses que satisfagan, aunque sólo sea parcialmente, a cada una de las partes. Hay que tener en cuenta, para que la mediación sea legítima y eficaz, esos intereses y expectativas e identificarlos nítidamente.

Los intereses de la acusación, pública o popular, vienen dirigidos normalmente a conseguir una condena en la persona del acusado, representando así las expectativas de la sociedad en el castigo de los delitos. Evidentemente, para conseguir que la defensa y su defendido acepten los hechos y sus consecuencias jurídicas sin plantear la correspondiente batalla procesal en un juicio con igualdad de armas, oral y público, tiene que ceder algo a cambio. Esa cesión se conseguirá con la correspondiente mediación y ha de tener la entidad suficiente para que a la parte contraria no le sea más rentable continuar el proceso hasta el final. Una notable rebaja en la sanción, o una solicitud de la suspensión de la ejecución de la pena serán las contrapartidas que habrá de tomar en consideración. Pero a cambio la acusación se ahorrará mucho tiempo y desgaste en la elaboración del material probatorio y los correspondientes escritos y actuaciones para demostrar la culpabilidad del imputado.

La acusación particular (si ésta no existe, vendrá también representada por el Ministerio Fiscal) tendrá también interés en la condena, pero además de ello perseguirá la reparación del daño y los resarcimientos económicos en favor de la víctima. Por ello en el proceso de mediación se podrá conseguir que el reo reconozca su culpabilidad y acepte su castigo mitigando el mismo a cambio de que acepte un acuerdo reparador, de naturaleza económica, simbólica o moral. Por otro lado, a la acusación particular puede interesarle, al igual que a la acusación pública, no arriesgarse, so pretexto de conseguir una sanción más dura, y no enfrentarse a la defensa en juicio (por el peligro de que se llegue a una absolución por falta de pruebas o por cualquier otra ventaja procesal que pueda encontrar la parte contraria). Pero aquí hay otro interés añadido: evitar que la víctima vuelva a reproducir en la vista oral todo el suceso, resucitando de nuevo los fantasmas de la desgracia del delito padecido. Si se realiza una buena negociación y se llega a un mejor acuerdo, también es posible enterrar la sombra del crimen y alcanzar la justa compensación por los daños sufridos.

El acusado tiene interés en la menor privación posible de sus derechos y libertades por la exigencia de responsabilidades penales y civiles en contra de su persona. Salvo que exista un muy deficiente material probatorio que pueda determinar con bastantes probabilidades su absolución, el reconocimiento de su intervención en los hechos puede otorgarle notables ventajas, como penas más mitigadas, sustitución de unas sanciones por otras o estar en condiciones de alcanzar la suspensión de la ejecución de la condena.

Esto le reporta una notable seguridad y también se ahorra el relevante esfuerzo y sacrificio moral y psicológico de soportar el juicio y sus posibles recursos en su caso. También es posible, en determinados supuestos, que el autor busque la conciliación con la víctima, reconociendo su injusta actuación contra ella y

eliminando de esta forma toda la carga emotiva negativa de reproche a sí mismo o de agresividad hacia ella.

Y nos preguntamos si el Juez o Tribunal tiene algún interés en llegar a la conformidad del imputado. El juzgador no defiende ningún interés en particular, tan sólo dirime un conflicto a través de la Ley, pues la imparcialidad es uno de los principios esenciales de su labor judicial.

La administración de Justicia también tiene un interés en que se llegue a este tipo de acuerdos. Gran parte del coste del proceso penal viene cubierto por el Estado, y la obtención de una sentencia rápida a través de un procedimiento sin dilaciones y eficaz, que satisfaga a todas las partes cumpliendo con las exigencias legales, es uno de los intereses más relevantes que puede perseguir y alcanzar.

La mediación penal puede satisfacer los fines propios del mismo Derecho Penal a través de la institución de la conformidad del imputado. Objetivo del ordenamiento jurídico sancionador es la protección de bienes jurídicos a través de la pena para mantener la coexistencia libre y pacífica de los individuos y de los grupos que éstos integran en la sociedad presente. El castigo, lo queramos o no, plasma de forma retributiva la necesidad de Justicia que tiene la comunidad. Y la obtención de la condena expresa dicho castigo. La prevención general positiva también se satisface, pues con la imposición de la condena y la satisfacción de la víctima, la ciudadanía confía en el funcionamiento del sistema penal y de esta forma se evita la comisión de cierta cantidad de delitos en el futuro. La prevención especial, sobre todo la resocializadora y rehabilitadora, se alcanza en el momento en el que el sujeto asume su culpabilidad y está dispuesto a pagar su falta con la sociedad y con las víctimas.

Voy a expresar esta idea en el más conciso resumen que se puede avanzar como conclusión provisional. En la mediación confluyen varios intereses muy relevantes. Para unos, que haya condena. Para otros, que haya resarcimiento económico y satisfacción moral a la víctima. Para todos, valor simbólico del castigo, reconocimiento de la injusticia del delito, reconocimiento del sufrimiento de la víctima. Para la Justicia, que cada uno tenga lo que se merece, que se imponga la ley sobre el injusto… Para la sociedad, que haya prevención de delitos, general y especial.

La mediación penal bajo ciertas condiciones, por tanto, constituye un mecanismo eficaz para alcanzar los fines que persigue la Justicia penal.

4. SISTEMA PENITENCIARIO Y POLÍTICA CRIMINAL

El modelo de ejecución de las penas privativas de libertad está íntimamente relacionado con la posición política que el poder público adopte en ámbitos tan relevantes como los fines que se le otorgan a la sanción penal, la relevancia de

los derechos individuales del reo, la seguridad ciudadana ante los delincuentes más peligrosos, etc. Y en efecto, cuando hablamos de ejecución penitenciaria, estamos haciendo referencia a la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad de mayor gravedad. Pues esa privación de libertad ya implica, entre otros, unos costes económicos de gran magnitud (edificios, personal cualificado, medidas de seguridad, tratamiento individualizado, alimentación de los internos, etc.). Y ya aquí la administración estatal puede optar por una vía presupuestaria restrictiva o extensiva, lo cual supone una clara actitud ideológica.

Así, en países en vías de desarrollo, con escasos recursos económicos (por ejemplo, gran parte de Latinoamérica), los centros penitenciarios están destinados casi exclusivamente a segregar de la sociedad a los infractores a través de su encierro, con escasas posibilidades de llevar a cabo tratamiento resocializador alguno. En muchas ocasiones, la corrupción llega a tal nivel que se "come" hasta los propios recursos destinados a la alimentación de los reclusos, y son sus familiares quienes consiguen el sustento necesario para su supervivencia diaria. En estas situaciones, el poder público no puede, ni siempre quiere, dedicarle al interno los escasos medios económicos con los que cuenta. Pues en tales circunstancias se afirma que el ciudadano no entiende que cuando el Estado no llega a satisfacer los servicios más esenciales (educación, sanidad pública, seguridad ciudadana, seguridad social, justicia, etc.), pueda dirigir sus esfuerzos a la rehabilitación social del reo. Y la administración estatal suele tomar en consideración en este punto las opiniones de la ciudadanía, tan necesaria desde la perspectiva electoral.

Para lavar la imagen de deshumanización que puede provocar la realidad de las condiciones de vida penitenciaria de los reclusos, los respectivos parlamentos elaboran leyes de ejecución penal en las que se incluyen principios y garantías del reo propios de las más modernas tendencias científicas, y que apenas son una ilusión, pues dichas leyes se incumplen permanentemente. Así, la ejecución penitenciaria cumple exclusivamente una función retributiva (castigar al infractor por el daño causado con el delito) y de prevención general (tranquilizar la alarma social encerrando al delincuente e intimidar, con las drásticas consecuencias impuestas, a los potenciales autores de futuros delitos).

En los denominados países del Primer Mundo, el presupuesto penitenciario es elevado, pues los Estados cuentan con más riqueza. Con esos mayores medios materiales, son varias las diferentes políticas económico-penitenciarias que se han llevado a cabo. Voy a explicar las que considero más relevantes, como representativas de la exteriorización de un claro modelo ideológico previamente conformado.

Así, los gobiernos de tendencia conservadora en Estados Unidos, especialmente a partir de los años setenta del Siglo XX, han postulado por una política de "mano dura" y de "máxima seguridad" en materia de ejecución de la pena privativa de libertad. Se destina mucho dinero a la creación de prisiones de alta seguridad, en las cuales es bastante frecuente la determinación del cumpli-

miento en régimen de trabajos forzados. Se emplean más fondos públicos para el establecimiento de personal especializado y para crear mecanismos destinados a la vigilancia de los internos, mientras que se renuncia al tratamiento individualizado dirigido a la reinserción social. Las posibilidades de acortamiento de la condena son escasas, especialmente en ciertos sectores de criminalidad (así, tráfico de drogas).

En definitiva, se quiere responder a ciertas exigencias ciudadanas (auspiciadas exageradamente por los medios de comunicación de masas) de una lucha sin cuartel contra la criminalidad, a través de una política de "ley y orden" que pone el acento casi exclusivamente en la protección de la sociedad. En consecuencia, la política penitenciaria cumple una función de "incapacitación social" del delincuente encaminada a que éste no dañe a la sociedad durante el tiempo que se encuentre internado. Cumple una función de pura retribución, pues el castigo se satisface casi íntegramente, con pocas posibilidades de acortamiento. Y cumple una función de prevención general, puesto que se persigue con el encierro de la mayoría de los condenados que el resto de la ciudadanía evite el deseo de perpetrar hechos delictivos por miedo a las consecuencias representadas en la situación real de los reos. Finalmente, la función de prevención especial dirigida a que el sujeto no delinca en el futuro, sólo se alcanza por medio de la intimidación que sufre el reo en un régimen tan restrictivo para su libertad y el resto de sus derechos.

Bajo estas condiciones, el presupuesto penitenciario se dispara. Pues al eliminar legalmente toda posibilidad de acortamiento de la condena, u obstaculizar su suspensión, aumenta considerablemente el número de reos que se encuentran recluidos. Ello implica que se tengan que construir muchas más prisiones, con el coste adicional que ello supone. Así, se calcula que el presupuesto penitenciario en EE. UU. en 1975 era de 4 billones de dólares, mientras que en 1994, éste ascendía a la cifra de 30 billones de dólares.

Desde finales de los años ochenta del siglo pasado, sucesivos informes de organizaciones internacionales (Amnistía Internacional) y de especialistas en la materia, han alertado de esta excesiva encarcelación en los Estados Unidos de América. De este modo, se estima que quinientos de cada cien mil habitantes se encuentran en prisión en el país americano, mientras que esa cifra es de entre setenta y cien en por cada cien mil ciudadanos en Europa (Elena LARRAURI).

Pero las consecuencias de esta política de aplicación generalizada de la pena privativa de libertad, no han conseguido su propósito de mantener en prisión al máximo de delincuentes, y el máximo de tiempo posible. No se ha podido evitar la superpoblación carcelaria, y el Estado ha tenido que sufragar costosas demandas judiciales por menoscabos de los derechos básicos de los internos merced a las pésimas condiciones del establecimiento en el que se encontraban. Por otro lado, los propios jueces han decretado la puesta en libertad de muchos reos por considerar que las condiciones de existencia en los centros penitenciarios violaban las exigencias constitucionales. Todo lo cual determina que incluso los

objetivos políticos perseguidos con este sistema se truncasen por la imposibilidad material de absorber tal "carga de reclusos".

Otro modelo de política criminal que asigna un alto presupuesto a la función penitenciaria es el representado por un país del entorno de la Europa Occidental, como es España.

Aquí el poder público también tiene en mente cumplir con la obligación de protección de la sociedad frente al hecho criminal, una de las tareas asignadas a su conformación como Estado social. Y ello se materializa, en parte, internando a los sujetos responsables de los delitos más graves en los correspondientes presidios, pues ya se ha manifestado que para los atentados de gran entidad, todavía el ser humano no ha encontrado ninguna alternativa a la pena privativa de libertad. Pero la tutela de la sociedad, frente al anterior sistema, no se pretende llevar a cabo a través del encierro de todos los delincuentes, y con el máximo de cumplimiento de la condena. Por el contrario, la cárcel se contempla como una modalidad de pena que tiene que aplicarse de forma subsidiaria en los hechos de pequeña y mediana envergadura, siendo preferible la consideración de otras consecuencias jurídicas menos drásticas. Pues la defensa social se busca no en la "incapacitación social" del reo, eliminando su peligrosidad para la ciudadanía mientras éste se encuentra en prisión, sino en su recuperación como ser humano que puede reintegrarse a la sociedad asumiendo sus normas y valores. Y este planteamiento, no siempre compartido por la comunidad, se encuentra expresado en el propio texto constitucional cuando se señala que las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social del reo.

Esto explica que la cárcel no sea utilizada exclusivamente para segregar, aislándolo, al sujeto del resto de la sociedad. El sistema penitenciario está concebido para proporcionar al recluso que desea su reinserción las posibilidades para obtener beneficios en orden a su aproximación al régimen en libertad.

De esta forma, se le atribuye a la ejecución de la pena privativa de libertad una función primordial de prevención especial: incidir, a través del tratamiento, en la conducta del reo para que éste, consciente y voluntariamente, vaya adaptándose al sistema de valores en el cual se inspira la convivencia social.

De esta forma, el modelo español, reflejado en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, responde a este criterio señalado, y así ya en su art. 1 expresa que todas las medidas procesales y punitivas privativas de libertad sometidas a las instituciones penitenciarias reguladas en esa ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados, detenidos, presos y penados. Se tutelan todos los derechos y garantías del interno, salvo los que se vean afectados directamente por la medida privativa de libertad. De hecho, el cumplimento de condena en régimen cerrado (que es el más restrictivo para los derechos del interno), se contempla de forma excepcional, para supuestos de penados calificados de peligrosidad extrema o de sujetos que no han podido adaptarse al cumplimiento ordinario o abierto.

El carácter retributivo de la pena y su función de prevención general se reducen al máximo, pero no desaparecen totalmente. Pues el condenado que ingresa en el centro penitenciario, salvo situaciones excepcionales, cumplirá un mínimo de tiempo en el régimen ordinario, aun cuando exista un juicio de pronóstico favorable en relación con su posible reinserción social. Sin embargo, frente al actual sistema penitenciario estadounidense, a través del modelo de cumplimiento *progresivo* se le otorga al recluso una oportunidad para que pueda suavizar los efectos de la condena mediante su comportamiento, aproximándose cada vez más a la ansiada libertad.

Sistema progresivo y tratamiento individualizado, por tanto, son los dos pilares básicos que conforman el modelo ideológico de prevención especial de nuestro ordenamiento institucional penitenciario.

En cuanto al primero, se establece una división en grados de tal forma que el sujeto va eliminando en cada etapa las respectivas restricciones a sus derechos propias del régimen penitenciario, hasta alcanzar la libertad condicional. De esta forma, el primer grado se cumple en establecimientos de régimen cerrado (si bien, dicho régimen cerrado está previsto excepcionalmente para determinados internos); el segundo, en régimen ordinario; el tercero en régimen abierto y el cuarto constituiría la libertad condicional.

Y en relación con el tratamiento, como se acaba de señalar, éste es individualizado para cada interno, es de naturaleza compleja (integrado por diversos métodos), programado, de carácter continuo y dinámico, y está basado en el estudio científico de la constitución, del temperamento, del carácter y de las actitudes del sujeto. Tiende a incidir sobre su sistema motivacional y sobre el aspecto evolutivo de su personalidad, en orden a satisfacer los objetivos del mismo, que en última instancia se dirigen a su reeducación y reinserción social, tal y como marca el art. 25. 2 de la CE.

Estos dos últimos modelos penitenciarios presentados responden, respectivamente, a dos perspectivas distintas de la ideología de las democracias occidentales. El sistema conservador estadounidense es propio del régimen neoliberal de la nueva derecha americana, que postula por la segregación e incapacitación social de los individuos que atacan las bases de la sociedad libre de mercado. El modelo progresivo es más propio del Estado social, y quiere incidir directamente en la raíz de la personalidad del infractor, con la pretensión de reintegrarle a la vida social. Pero en todo caso, por razones muy distintas, ambos requieren de una ingente cuantía de recursos económicos que raramente llegan de forma suficiente para satisfacer los distintos objetivos perseguidos. Por esta razón, se ha planteado, como posible vía de ahorro económico mediante una mejor gestión del presupuesto penitenciario, aplicar los criterios de administración de la empresa privada al ámbito carcelario. Surge entonces un interesante debate sobre lo que se ha denominado "la privatización de las prisiones".

Las formas de intervención de la empresa privada en la ejecución de la pena privativa de libertad, pueden ser de muy diversa índole.

Así, la privatización total comprendería la cesión por parte de la administración pública al ámbito particular, a cambio de una determinada cantidad de dinero o canon, de las actividades encaminadas a la manutención de los reclusos, de las funciones de vigilancia y régimen disciplinario, incluyendo también la transferencia de la organización interna del centro, del trabajo de los internos y de la explotación económica de los servicios y productos derivados de ese trabajo.

Frente a esta "privatización total", se puede concebir una intervención de personas privadas en alguno de los aspectos resaltados, excluyendo con carácter general todo lo relativo al tratamiento y régimen disciplinario penitenciario.

La experiencia histórica de la "privatización total" implicaba para el Estado la eliminación de toda carga financiera en el mantenimiento de los presidios. Pero los resultados prácticos que se alcanzaron en EE. UU. en el Siglo XIX fueron, desde el punto de vista humano, espeluznantes. Los contratistas intentaban maximizar el beneficio y rentabilizar la inversión, y ello sólo podía conseguirse a través de la intensa explotación del trabajo de los reclusos y de la limitación de los "costes" que éstos originaban. En consecuencia, se establecían jornadas laborales desmedidas que convertían a los internos en auténticos esclavos. Y, evidentemente, la manutención y el alojamiento, en la medida en que suponían elevados gastos, se limitaban al mínimo de supervivencia. La rehabilitación no tenía sentido, pues se concretaba en la "pérdida de clientes", y el régimen penitenciario se reducía a una brutal disciplina. De esta forma, se "cosificaba" al preso, se le convertía en un mero producto de un mercado especial, el mercado de la nueva esclavitud, y la dignidad humana desaparecía por completo.

Todos estos problemas han determinado que un modelo privatizador tan radical se haya descartado para los supuestos de penas privativas de libertad de mediana y larga duración. Sin embargo, con un riguroso control del Estado, puede ser viable para supuestos en los que la limitación de la libertad sea menos intensa, o incluso accesoria. Tal podría ser el caso de la ejecución de las medidas de internamiento en el marco del Derecho Penal juvenil, del internamiento de inmigrantes ilegales o de otras formas de ejecución penal mitigada (por ejemplo, cumplimiento en régimen abierto).

El sistema español, salvo las particularidades que ofrece el Derecho Penal juvenil, no admite la privatización de su modelo penitenciario. Sin embargo, han aparecido diversas formas de intervención privada en diferentes aspectos organizativos y funcionales de los correspondientes establecimientos. Las funciones propiamente penitenciarias (tratamiento científico, régimen interno y disciplinario, gestión de los centros) quedan en todo caso en manos de la administración penitenciaria. Sin embargo, existen otras actividades de gran importancia en las que los particulares pueden colaborar, auxiliar o incluso sustituir al poder público con gran eficacia, representando su participación una aportación de gran beneficio para el Estado, para los internos y para la ciudadanía en general.

Esos ámbitos de participación de los particulares, bien a través de la empresa privada, bien por medio de organizaciones sociales sin ánimo de lucro y Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), serían los siguientes:

- Construcción de establecimientos.
- Organización y planificación del trabajo penitenciario.
- Las estipuladas reglamentariamente, cuales son las que afectan a los servicios de cafetería, economato y cocina de los establecimientos.
- Los servicios de asistencia social estipulados legal o reglamentariamente y que prestan los particulares.
- La colaboración de instituciones privadas en el marco del cumplimiento del régimen abierto.
- Presencia privada en algunos servicios derivados del reconocimiento de derechos al interno, cual es el caso de la libertad religiosa.

Fuera de este ámbito, va a ser la administración penitenciaria la que se responsabilice tanto de la gestión como de la ejecución del servicio o actividad. Y ello parece coherente, no sólo atendiendo a razones de legalidad, sino, sobre todo, respondiendo a los principios político-criminales que marca el art. 25 de la Constitución Española que, sin renunciar a la prevención general, establece como fin de las penas y de las medidas privativas de libertad la reeducación y la reinserción social del reo.

5. SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

El proceso penal constituye un presupuesto esencial para que se puedan alcanzar los fines que persigue el mismo Derecho Penal. A través de un determinado procedimiento formal, se pretende averiguar la realidad de unos hechos, presupuesto fáctico de una figura delictiva definida por la Ley, en los que se sospecha que estuvieron implicados uno o varios sujetos acusados, a fin de establecer finalmente, por parte de un juez, el veredicto de culpabilidad o de inocencia conforme a las exigencias legales y constitucionales.

Son muchos los aspectos político-criminales que afectan al sistema procesal penal. Sin embargo, aquí nos vamos a centrar exclusivamente en cuatro de ellos. En el primero, se examinará la diferente posición ideológica del poder público en el proceso penal atendiendo a su carácter democrático o autoritario. El segundo, en el que se pretende establecer la relación entre proceso acusatorio, proceso inquisitivo e ideología. El tercero, en el que se señalan las consecuencias político-criminales de la opción por un modelo regido, bien por el principio de oportunidad, o bien por el principio de legalidad. Y el cuarto, en el que se analizan las ventajas y los inconvenientes de la instauración del jurado en el sistema penal.

En la primera problemática, hay que partir de la idea de que en el proceso penal existe siempre una tensión entre dos pretensiones, las cuales se hallan muy frecuentemente enfrentadas. Pues, por un lado, al poder público le interesa desvelar la verdad de lo acontecido respecto de unos hechos que inicialmente son constitutivos de delito. Y, por otro lado, dado que durante su sustanciación estamos siempre ante una "sospecha" que nunca puede ser inicialmente considerada como definitiva, hay que respetar al máximo la libertad y los derechos del acusado en la medida en que, finalmente, éste puede ser declarado inocente. La opción por dar mayor o menor relevancia a una de estas pretensiones en conflicto, presupone, en sí misma, un planteamiento ideológico previo.

En un sistema autoritario, como ya se manifestó en su momento, el poder público persigue la erradicación de todo aquello que se oponga a la voluntad de gobierno de los que dirigen políticamente a la comunidad. Y la criminalidad es precisamente una de las formas más graves de rebeldía a las reglas incontestables impuestas por el propio poder absoluto. Ante este obstáculo que frena el destino colectivo, se impone como necesidad una política "fuerte" de lucha contra el delincuente.

Bajo este planteamiento, la salvaguarda de los derechos y garantías del ciudadano ante el poder punitivo del Estado, concebido éste de forma amplia (en los planos policial y judicial), se concibe como una barrera que dificulta en gran medida esa estrategia de "limpieza" del delito que se pretende instaurar. Por eso se suele establecer como principio rector el que postula por fortalecer la seguridad del Estado. Y en consecuencia, se implanta materialmente el criterio general según el cual todos los ciudadanos son "sospechosos" de colaborar con la actividad subversiva. Para eliminar la "subversión" es necesario actuar contundentemente y así evitar la conspiración contra el poder. De este modo, se prefiere la violación de los derechos más elementales de los ciudadanos, a correr con el riesgo de mantener en libertad a muchos sospechosos, que con un excesivo "celo de la tutela de las garantías" quedarían fuera de las cárceles estatales.

El proceso penal, en este contexto, se reduce a un mero formalismo en el que se quiere reflejar que se imparte justicia. Pero las instituciones que lo componen no pretenden abrir un debate para averiguar la verdad de lo acontecido y determinar la condena o absolución del acusado según su implicación real en los hechos. Por el contrario, el enjuiciamiento criminal persigue directamente legitimar la condena del acusado, que ya lleva colgada en su cuello desde el momento en que ha sido señalado con el dedo como "sospechoso".

Desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho, las pretensiones de alcanzar la verdad formal de lo acontecido y de respetar la libertad y los derechos del acusado, se encuentran en un mayor equilibrio.

Como Estado social, se persigue intervenir frente al fenómeno criminal procurando un sistema institucional que facilite la investigación de los delitos y el enjuiciamiento de sus autores para otorgar a los ciudadanos un mínimo de seguridad que les permita ejercer su libertad y sus derechos y proteger sus bienes.

Desde la óptica del Estado de Derecho, esta función de tutela de la sociedad frente al fenómeno criminal está limitada por esa barrera infranqueable que supone la garantía de los derechos fundamentales y las libertades públicas, incluso del propio ciudadano sospechoso de haber perpetrado algún hecho delictivo.

En el Estado autoritario, se prefiere que todos los culpables de haber perpetrado hechos delictivos se encuentren en la cárcel, aun cuando haya ciudadanos inocentes que injustamente sufran una condena. En el Estado de Derecho, por el contrario, la duda beneficia siempre al acusado, y se considera como mejor opción la que postula porque ningún inocente sea penado, aunque ello suponga que existan autores de hechos delictivos no condenados. Al Estado de Derecho, en definitiva, le interesa que cada ciudadano responda consecuentemente por el concreto hecho perpetrado, pues de esta forma se cumple un presupuesto fundamental de su estructura teórica: el imperio de la ley y la consideración de la Justicia como valor fundamental.

Por supuesto, estos dos modelos no se presentan en estado puro, y entre ellos, dentro del mismo Estado autoritario o del mismo Estado democrático, se pueden encontrar muy diversas variantes.

Estas consideraciones nos llevan a la segunda temática que va a ser tratada en este epígrafe.

Así, existen sistemas procesales, que tanto desde el plano teórico como desde la evolución histórica, no llegan a presentarse de forma totalmente original, sino que se intercambian diversos componentes en uno y otro. Sin embargo, con carácter general, y con las debidas precauciones, el sistema procesal inquisitivo favorece un modelo ideológico autoritario, y el sistema procesal acusatorio facilita un modelo ideológico democrático.

Siguiendo a Luiggi FERRAJOLI, se puede llamar *inquisitivo* a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidas, o en cualquier caso, limitados, la contradicción y los derechos de la defensa. Por el contrario, el sistema procesal acusatorio se caracteriza porque concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. Evidentemente, se pueden establecer en ambos sistemas fórmulas correctoras que amolden el correspondiente proceso penal a la orientación ideológica del régimen, y es posible encontrar un Estado autoritario con un modelo acusatorio y un Estado democrático con un modelo inquisitivo. Pero no es ésta la correspondencia normal que suele establecerse entre sistema procesal e ideología.

En efecto, históricamente la actuación judicial de investigación ha colocado al juez como parte interesada que busca los elementos de prueba dirigidos a asegurar la condena del acusado. Por ello, en su forma originaria, el proceso

inquisitivo pretendía la confesión de quien ya se consideraba culpable para de esta forma justificar su condena. Consecuentemente, se mantenía el secreto de las actuaciones instructoras, se evitaba toda publicidad del procedimiento y se excluía toda posibilidad de defensa. Si, además, el juez que había investigado era el mismo que aquél que juzgaba, su imparcialidad se veía contaminada por el conocimiento del asunto que él había tenido en su intervención en la correspondiente investigación. Todos estos caracteres intrínsecos del proceso inquisitivo favorecían, sin duda alguna, una tendencia represiva extensiva que se preocupaba más por condenar a los sospechosos que por descubrir la verdad en relación con la responsabilidad real del imputado respecto de la comisión de unos hechos aparentemente delictivos.

En el sistema acusatorio, por el contrario, se formulan todos los principios y garantías del auténtico proceso penal democrático. El juez se encuentra en una posición imparcial, rígidamente separado de las actividades y de los intereses de las partes. La acusación es la encargada de llevar al juicio las pruebas de cargo correspondientes, y el acusado goza de la presunción de inocencia. La acusación y la defensa se encuentran en todo el proceso en un plano de igualdad, otorgándoles el ordenamiento jurídico posibilidades similares para intentar hacer valer sus respectivas pretensiones. Sus posiciones, además, se encuentran enfrentadas y guiadas por el principio de contradicción, de tal forma que así se le ofrece constantemente al juez una doble y diametralmente opuesta perspectiva de los intereses de la acusación y de la defensa, y del propio asunto. Y para velar por la pureza del proceso, por su transparencia, y así evitar el exceso de celo del poder punitivo que históricamente condujo a la utilización generalizada de la tortura como método de investigación, se establece como principio el carácter público de éste, con algunas y muy contadas excepciones. De igual forma, la oralidad y la inmediación pretenden alcanzar en la conciencia del juez una convicción real, fuera de las ataduras formales de la prueba tasada, respecto de los hechos acontecidos y del grado de responsabilidad del acusado por razón de su intervención en los mismos.

De todo lo expuesto, se desprende que el modelo procesal del Estado social y democrático de Derecho coincide básicamente con el sistema acusatorio en su moderna concepción. De hecho, bien en su formulación pura o en su formulación mixta, es curioso observar que en los procesos políticos de democratización de un país o de un conjunto de países, es frecuente que se produzca paulatinamente una transformación de un sistema procesal inquisitivo a otro acusatorio. Este proceso se ha podido observar en muchos países latinoamericanos en las dos últimas décadas del Siglo XX.

El tercer problema que quería presentar es el que hace referencia al ejercicio de la acción penal por parte del poder público. A este respecto, dos son los sistemas "puros" que los distintos ordenamientos jurídicos han ido conformando a lo largo del tiempo.

El modelo regido por el principio de legalidad, impone una obligación de actuar procesalmente a los poderes públicos cuando éstos tienen noticia de la comisión de unos hechos que inicialmente aparentan ser constitutivos de delito y concurren ciertos requisitos establecidos por la ley penal. En palabras de MANZINI, la pretensión punitiva del Estado, derivada de un delito, debe hacerse valer por el órgano público al efecto, siempre que concurran las condiciones de la ley, en cumplimiento de un deber funcional, absoluto e inderogable, que excluye toda consideración de oportunidad. Es decir, que si se reúnen determinados presupuestos legales que determinan la apertura del correspondiente procedimiento penal, los órganos públicos correspondientes no pueden, ni siquiera amparados por razones de eficacia social, política o económica, dejar de actuar, cumpliendo así su función procesal.

Se ha dicho (LLOBET RODRÍGUEZ), y con razón, que este entendimiento del ejercicio de la acción penal está íntimamente vinculado a una concepción retributiva de la pena (todo hecho perpetrado debe ser castigado, y de ahí que previamente tenga lugar el correspondiente enjuiciamiento) y con su función de prevención general (si a cada hecho delictivo le sucede el correspondiente proceso penal, la ciudadanía percibe la aplicación de la ley penal e inhibe su tendencia a la perpetración de la infracción).

Estas consideraciones explican ciertas ventajas de este modelo institucional. Garantiza la seguridad jurídica, puesto que cuando se satisface en la realidad un determinado presupuesto de hecho, se origina la correspondiente consecuencia jurídica concretada en el respectivo enjuiciamiento criminal. También se tutela la aplicación igualitaria de la ley penal, sin que ésta quede suspendida por presiones económicas, sociales o políticas. Se afirma así el propio fundamento democrático del principio de legalidad penal, en la medida en que se respeta la voluntad popular representada en el parlamento en su exigencia de que a determinados comportamientos humanos le acompañen cierta represión penal. Y también se respeta la división de poderes, pues el parlamento establece a través de la ley penal los presupuestos y las consecuencias jurídico-penales del delito y de la pena, el poder ejecutivo a través del Ministerio Público vela por el interés de la sociedad y el juez, finalmente, juzga.

Sin embargo, esta forma de concebir el ejercicio de la acción penal no se encuentra exenta de críticas. Se dice, y con razón, que ningún Estado puede perseguir todos los delitos que se perpetran en su territorio. Ningún sistema penal puede responder a todos los hechos criminales que se cometen en la respectiva comunidad, pues nunca hay suficientes medios policiales, judiciales y penitenciarios para investigar, enjuiciar y ejecutar la condena respecto de todos sus responsables. Luego si en la práctica nunca se llega a perseguir a todos los delitos ni a enjuiciar a todos los culpables, los criterios de actuación procesal quedan abandonados al azar en el mejor de los casos. Más frecuentemente, dichos criterios son guiados por la alarma social, por presiones políticas, por intereses económicos o por la presión de los medios de comunicación de masas.

Por ello, poco a poco se está instaurando en los ordenamientos continentales la institución regida por el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, de gran tradición en el sistema jurídico anglosajón (también en países como Alemania). Desde esta perspectiva, la acusación representada por el Ministerio Fiscal, tiene un gran margen de discrecionalidad para ejercer la acción penal o suspenderla. De esta forma, se consiguen canalizar selectiva y racionalmente los esfuerzos del aparato público de persecución penal en relación con determinados sectores de la criminalidad que se consideran políticamente como objetivo prioritario. Se permite la negociación de la petición de condena entre la defensa y la acusación a fin de conseguir a cambio un juicio rápido y sin dilaciones, con gran economía procesal, y con ventajas para la víctima, cuales son, entre otros, el posible resarcimiento civil del daño causado o la disminución de los efectos del delito. Operar con el principio de oportunidad también puede ser eficaz en la lucha contra la delincuencia organizada, pues a cambio de la renuncia a la solicitud de procesamiento del sospechoso, se puede obtener su colaboración para perseguir a otros sospechosos de mayor relevancia, para evitar futuros delitos o para desmantelar la correspondiente organización criminal. Se consigue de esta forma agilizar la administración de justicia y se establecen las bases para lograr en la práctica que el Derecho Penal sea un auténtico *Derecho Penal mínimo* a través de un proceso real de descriminalización, en la medida en que no se toman en consideración los hechos delictivos insignificantes o irrelevantes.

Pero el sometimiento del ejercicio de la acción penal al principio de oportunidad plantea no pocos problemas. En EE. UU. se han manifestado las deficiencias ante el poder político, ante el poder económico, y, sobre todo, ante los variables y no siempre legítimos intereses de los medios de comunicación. Ello ha determinado una aplicación desigual de la ley penal atendiendo a la condición de los individuos que perpetran las correspondientes infracciones objeto de enjuiciamiento. Y esto condiciona que las víctimas más indefensas queden en muchos casos sin tutela judicial efectiva.

Para evitar todos estos problemas que presentan uno y otro sistema, se puede integrar un modelo mixto. De esta forma, el criterio general mantendría el principio de legalidad como base de la persecución de todos los delitos, especialmente los de mayor gravedad. Pues en éstos las necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales, junto a la aceptación de cierto carácter retributivo de la sanción penal, impide que se pueda prescindir de la incoación del correspondiente proceso cuando se reúnan los respectivos requisitos legales. Un asesinato, un secuestro de larga duración, una violación de un menor, son hechos delictivos que no pueden quedar sin enjuiciamiento bajo ningún concepto.

Sin embargo, en los supuestos de pequeña y mediana criminalidad, el principio de oportunidad puede actuar como criterio procesal de gran eficacia. La mitad de los casos en Alemania, por ejemplo, se resuelven por medio de la institución de la *diversion,* que aun cuando no se pueda equiparar exactamente

con el principio de oportunidad, se encuentra íntimamente relacionado con éste. En todo caso, el establecimiento de dicho principio de oportunidad para ciertos casos debe estar nítidamente *reglado* (es decir, determinando legalmente los supuestos en que el poder público puede renunciar al ejercicio de la acción penal) y con cierto control judicial.

Finalizaremos este apartado analizando algunas consideraciones político-criminales en relación con la institución del jurado.

Desde la época de la Ilustración, la figura del juez que representaba el Antiguo Régimen fue duramente criticada. Se había constituido como el señor todopoderoso que regía de forma absoluta el proceso penal y el destino de todos los que intervenían en el mismo. El juez, amparado en su conocimiento de las leyes, se encontraba por encima de ellas (pues no se sabía a ciencia cierta cuántas había y cuáles estaban vigentes) y resolvía los asuntos penales con total arbitrariedad, pues era frecuente que en sus resoluciones favoreciese a los más poderosos y perjudicase a las personas más indefensas. El proceso penal inquisitivo facilitaba este tipo de actuación altamente burocratizada, secreta, despótica, oculta a la ciudadanía e incompresible para ella…

Tanto el pensamiento ilustrado, como el liberalismo de nuevo cuño marcado por la Revolución Francesa, trajeron como legado ideológico el principio de igualdad de todos los hombres ante la Ley y la plasmación de la libertad como valor supremo. La implantación del principio de legalidad constituyó también una consecuencia de los nuevos vientos políticos, pues se quería plasmar la voluntad de la soberanía nacional a través del instrumento normativo emanado del parlamento en la regulación de lo prohibido y de lo permitido. Se quería dotar a todos los ciudadanos de seguridad jurídica, con igualdad de trato. Se pretendía, de igual forma, eliminar el excesivo arbitrio judicial, limitándolo al máximo. El juez, como manifestaron los autores ilustrados, debía representar tan sólo la boca de la Ley. Esa limitación de la labor judicial a la mera aplicación de los dictados del ordenamiento jurídico era consecuente con la teoría de la división de poderes, pues si los magistrados interpretaban tan arbitrariamente las normas, ellos mismos se constituían en fuente del Derecho, y se atribuían ilegítimamente la función que le correspondía en exclusiva y de forma absoluta al poder legislativo. Tal era el deseo de limitar el arbitrio del juez, que el mismo BECCARIA entendió como ilegítimo todo ámbito que superase la mera aplicación de la ley penal, resultando en consecuencia vedada la interpretación judicial ("Tampoco la autoridad de interpretar la leyes puede residir en los jueces penales por la misma razón que no son legisladores…"… "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto… Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena… Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta de la incertidumbre").

Estas consideraciones explican que sea el pensamiento ilustrado el que abone el campo del que naciese la necesidad de que los jueces fuesen legos, proce-

dentes de la ciudadanía y no de una casta de burócratas técnicos. Y en efecto, en aquella época, la condición de juez se adquiría por el nacimiento y la condición social, de tal forma que dicho cargo tenía carácter hereditario. Esto suponía considerar al juzgador como "superior" en relación con el acusado, lo cual implicaba una ruptura con el principio de igualdad entendido bajo los presupuestos del contrato social. Ello determinaba que quien merecía ser privado de su libertad por haber violado el pacto social, debía sufrir su condena cuando el veredicto fuese emitido por sus iguales.

La cuestión que hay que analizar ahora es ésta que se plantea en relación con el vigente sistema social y político tomando en consideración el momento histórico que vive la sociedad actual. Habría que decir entonces, que la configuración del Estado de Derecho como Estado *democrático* de Derecho exige que la ciudadanía participe directamente en el poder judicial. Esta exigencia puede satisfacerse, bien a través de la elección democrática directa de los jueces técnicos, bien mediante la instauración de un sistema de jurado, bien integrando estas dos fórmulas conjuntamente.

En los sistemas jurídicos continentales, la elección popular del juez no ha gozado de tradición alguna (sí, en cambio, en países de la órbita anglosajona, como los EE. UU.). Sin embargo, la institución del jurado ha sido concebida como una fórmula válida para introducir a la ciudadanía dentro de la administración de justicia, especialmente en el ámbito penal. Prueba de ello es la existencia del art. 125 de la CE, el cual establece que los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales. Se pretende de esta forma que sea el pueblo quien juzgue al pueblo, evitándose así un enjuiciamiento por parte de un órgano burocratizado, con excesivo poder, con una fuerte conciencia corporativa, clasista y alejado de la realidad. Este fundamento nos recuerda las aspiraciones ilustradas de legitimación del poder judicial.

Pero la inclusión de ciudadanos como jueces legos dentro de los tribunales, acarrea no pocos problemas. Es necesario valorar las pruebas y redactar unos hechos. Es necesario aplicar la correspondiente legislación penal. Y para ello el ciudadano carece de toda experiencia y de todo conocimiento jurídico, de tal forma que constituye fácil presa de las artimañas de abogados y fiscales, auténticos profesionales que conocen perfectamente los entresijos de la actuación en el foro. Se dice, de igual forma, que los ciudadanos son más fácilmente presionables por los medios de comunicación, lo cual les convierte en jueces volubles que ven limitada notablemente su imparcialidad. Y esta capacidad para ser presionados, aumenta notablemente cuando se trata de enjuiciar a criminales relevantes o a sujetos que forman parte de una organización delictiva, como ocurre en los supuestos de tráfico de drogas, prostitución, terrorismo, redes de extorsión, etc. También se le critica al jurado el defecto de propiciar la lentitud y alto coste de los procesos penales, lo cual profundiza más en la imagen peyo-

rativa de la Justicia que tienen los ciudadanos. En fin, desde el punto de vista técnico se afirma que la forma de establecerse el veredicto por los jueces populares es incompatible con la necesidad de motivar las resoluciones judiciales (los jurados votan, pero no motivan su posición).

Algunas de estas críticas se han ido superando con la reforma de la institución a través de la experiencia.

Los ciudadanos-jueces no necesitan conocimientos jurídicos, puesto que sólo deciden sobre la existencia o inexistencia de unos determinados hechos y la responsabilidad concurrente en el acusado, para así afirmar o negar su culpabilidad (entendido este último término en su sentido más amplio). Los jueces-técnicos, sin embargo, son los que deciden, partiendo del veredicto del jurado, el derecho aplicable al caso. Por ello la ignorancia técnica del jurado no constituye un inconveniente, sino, todo lo contrario, una ventaja, pues para cumplir con su función el requisito más relevante es poseer un buen sentido común. De hecho, la mayoría de las legislaciones prohíben a los ciudadanos con conocimientos jurídicos participar en los tribunales populares, puesto que de esta forma se evita que su decisión sobre los hechos sea "contaminada" por una previsión de la consecuencia jurídica, lo cual podría determinar un cambio de perspectiva en la votación. También se quiere evitar que exista en los jueces legos uno o varios sujetos, que merced a su experiencia jurídica, pueda "manipular" fácilmente al resto de sus compañeros.

Las dotes oratorias que puedan emplear los distintos operadores jurídicos pueden compensarse con las actuaciones de aquellos otros que se encuentran en una situación enfrentada (así, la dialéctica existente entre defensa y acusación). Se ha propuesto, para resolver este problema y la falta de motivación de las resoluciones, integrar un tribunal mixto de jueces legos y técnicos, figura conocida como escabinado (existente en Alemania). Pero la experiencia muestra que los magistrados profesionales, merced a su experiencia y conocimientos, influyen fuertemente sobre los jueces populares de tal forma que éstos pueden presentarse en el juicio como auténticos "convidados de piedra", pervirtiéndose así su original función.

La presión que ejercen los medios de comunicación sobre los "ciudadanos-jueces" se intenta paliar mediante su aislamiento durante el tiempo que dura el proceso. Ello, evidentemente, no evita totalmente esa influencia de la información social en los sujetos, pues esa separación no impide que al miembro del jurado le lleguen ciertas noticias sobre el caso, y, además, también puede ocurrir que el asunto haya sido objeto de tratamiento por los medios de información antes de que el ciudadano haya sido seleccionado.

Por otro lado, en Europa, especialmente en España, se reduce mucho el número de asuntos en los que es competente el jurado, para evitar la extorsión y la coacción que puedan sufrir por parte de grandes organizaciones criminales. Quedan así excluidos delitos de tráfico de drogas, terrorismo, asociaciones ilícitas, etc.

La lentitud y el alto coste del enjuiciamiento penal a través del tribunal del jurado, ha determinado que esta institución sólo pueda cumplir mínimamente su función democrática de representación ciudadana directa en los órganos de la justicia penal en países económicamente desarrollados y con un sistema judicial auténticamente independiente de los distintos poderes políticos, económicos y sociales. En épocas de crisis económica y política, como fue la acontecida en España durante el tercer tercio del Siglo XIX, la experiencia con el tribunal del jurado fue nefasta, porque se utilizó como instrumento de venganza política, corrompido, parcial e injusto. Por ello no es recomendable en países en los que todavía predomine la inestabilidad política, económica y social. Pero puede cumplir una función de acercamiento de la administración de justicia a la realidad social, especialmente en ámbitos en los que la institución judicial tradicional no ha aportado una solución convincente en relación con algunos intervinientes del sistema penal (por ejemplo, el abandono y olvido histórico de la víctima del delito). También constituye éste un proceso eficaz para evitar lagunas de impunidad que favorecen a ciertos sectores sociales especialmente protegidos por el sistema. Así, los delitos perpetrados por funcionarios públicos o los casos de corrupción que envuelven a personas socialmente relevantes, encuentran una mayor legitimación en su enjuiciamiento a través del jurado. Incluso los propios jueces acusados de haber perpetrado algún hecho delictivo (situación excepcional, pero que cuando se ha producido, raramente se ha alcanzado a emitir la condena o incluso ni siquiera se ha iniciado el procesamiento), serían enjuiciados con mayor legitimidad a través del jurado, evitándose así el escandaloso corporativismo que, de hecho, cubría a aquéllos bajo la capa de la impunidad.

De todo lo expuesto, quisiera verter ahora la siguiente conclusión. En la actualidad, el juez profesional no procede de una "casta" que determine su cargo por razón del origen cuasi-aristocrático, como ocurría en tiempos pasados. En España, el juez es un ciudadano que después de obtener el título de licenciado en derecho, tiene que superar una oposición muy dura para ingresar en la carrera judicial, y este requisito no depende tanto de su tradición familiar como de sus conocimientos jurídicos y capacidad de sacrificio. Luego ese fundamento ilustrado que rechazaba al magistrado técnico porque éste no formaba parte de la ciudadanía popular, sino de una oligarquía de elegidos, ha desaparecido. Sin embargo, la institución del jurado, reducida a un pequeño ámbito de asuntos penales especialmente significativos (pues la lentitud del proceso y su alto coste corre el riesgo de perturbar en gran medida el normal funcionamiento de la administración de justicia), puede "airear" la habitación judicial, todavía muy burocratizada y en ocasiones, ensimismada, permitiendo que los ciudadanos participen en el poder judicial (principio democrático), y satisfaciendo intereses relevantes de la Justicia que no se cumplían con el sistema tradicional de jueces profesionales (principio de legitimidad).

6. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR DE EDAD Y POLÍTICA CRIMINAL

La delincuencia juvenil representa para todo Estado un grave problema. Pues un relevante sector de la criminalidad, al que es necesario hacerle frente, es perpetrado por personas que reúnen la característica de su juventud. Pero precisamente esta cualidad, la corta edad del infractor, obliga al Estado a tomar cautelas a la hora de reaccionar frente al hecho delictivo.

Y, en efecto, una respuesta enérgica del poder punitivo puede fácilmente transformar lo que aparentemente es una solución fácil en un nuevo problema, de dimensiones insospechadas. Puede "etiquetar" de por vida al sujeto infractor como "delincuente", conduciendo su destino a la carrera criminal, con lo que ello supone tanto para la propia persona del condenado como para la misma sociedad, que soportará en el futuro las consecuencias de esa vida abocada al delito. Hay razones de peso, por tanto, para entender que el Derecho Penal de los adultos no se puede aplicar en idéntica medida a los jóvenes transgresores.

La primera justificación que aconseja un trato diferente del sistema penal ante estos sujetos, radica en el grado incompleto de imputabilidad que manifiestan. Por su corta edad y sus específicas características psicobiológicas, adolecen de la capacidad suficiente para comprender el alcance del hecho antijurídico perpetrado, o para actuar conforme a esa comprensión. Pero aun cuando se demostrase que el sujeto ha adquirido ese conocimiento al igual que un adulto, siempre le faltaría esa experiencia de la vida, esa sabiduría de los años que, de no existir, dificulta la conciencia personal de la significación antijurídica de sus actos ilícitos.

Otra no menos relevante justificación de la necesidad de un específico derecho penal juvenil viene determinada, como ya se ha señalado líneas arriba, por el sensible proceso de formación como persona por el que transcurre la existencia del menor de edad. Su personalidad está evolucionando constantemente, sin que quede todavía sólidamente asentada. El proceso educativo sigue manteniéndose inconcluso. Su futuro laboral, salvo raras excepciones, todavía será indefinido. En el ámbito social, su círculo de amistades irá variando con cierta frecuencia. Incluso desde la perspectiva sentimental, lo normal es que no haya encontrado todavía una relación estable. Si se aplicase en tales supuestos una medida punitiva, que puede ser adecuada para un adulto ante la perpetración de unos hechos similares, el Estado actuaría cruel e ilegítimamente, pues el daño que implica siempre la aplicación de una sanción penal, se multiplica cuando se trata de un sujeto con semejantes características. Si no se mide bien la reacción punitiva del Estado ante el menor de edad, se corre el riesgo de transformar una "aventura", un "pecado de juventud", un "acto de inmadurez", una infracción provocada en gran parte por el tránsito del sujeto por esa etapa de la vida, en una de las peores tragedias de su existencia. En muchas ocasiones, el mero transcurso del tiempo hacia la madurez supone un "pasar página" en la vida del

joven infractor que actuará en el futuro como cualquier otro ciudadano. Pero si el sistema penal reacciona de forma retributiva y con finalidades de prevención general, recurriendo a los criterios e instituciones del Derecho Penal de los adultos, es posible que, sin darse cuenta, convierta a un menor con problemas en un auténtico delincuente habitual. No obstante, tampoco se puede olvidar que el Estado tiene la obligación de tutela de los bienes jurídicos esenciales para la convivencia social, incluso frente a las conductas de los más jóvenes de la comunidad. Por ello han existido diversos sistemas para poder conciliar todos estos intereses enfrentados entre sí en muchas ocasiones.

Históricamente, sobre todo en la legislación penal española, se ha establecido una doble regulación de la responsabilidad penal del menor de edad. Si el joven tenía capacidad de discernimiento o una determinada edad, se sometía al régimen del Derecho Penal tradicional, con alguna especificación. Si por el contrario, carecía de dicha capacidad de discernimiento o no superaba esa edad marcada por la Ley, le era aplicable un régimen jurídico especial, que normalmente ha coincidido con la doctrina de la situación irregular o sistema tutelar, al que haré referencia más adelante.

Éste ha sido, por ejemplo, el sistema que ha imperado en el ordenamiento jurídico español hasta la entrada en vigor de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores. A los mayores de 16 años y menores de 18 que hubieran perpetrado algún hecho constitutivo de delito, se les sometía al régimen jurídico-penal de los adultos, con la posibilidad de aplicar una medida de seguridad indeterminada o una atenuante cualificada. En la práctica siempre se elegía esta última posibilidad, porque representaba mayores garantías para el reo. A los infractores que no superaban esos 16 años, se les sometía a un régimen sancionador que respondía al modelo tutelar, hasta la entrada en vigor de Ley Orgánica 5/1992, de 5 de junio, de reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, texto refundido aprobado por Decreto 11 de junio de 1948, Ley Orgánica que, motivada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/91, de 14 de febrero, instauró el sistema de responsabilidad o justicia, al que también me referiré en los párrafos siguientes.

Evidentemente, aplicar el Derecho Penal de los adultos a sujetos que son todavía menores de edad, aunque superen los 16 años, constituye un grave error de política criminal por las razones apuntadas. De ahí que este sistema híbrido tienda a desaparecer.

Otro modelo de tratamiento de la responsabilidad del menor de edad infractor es el denominado tutelar o sistema de la situación irregular.

Los fundamentos de este sistema se encuentran en el positivismo correccionalista. Se parte de la loable idea de tratar al menor de edad que ha perpetrado un hecho constitutivo de delito fuera del etiquetamiento de “delincuente” o “criminal”, para evitar de esta forma que quede señalado y marginado de la sociedad. El Estado, como el buen padre de familia, no puede “castigar penalmente”

al joven infractor, sino que debe "corregirle" y "educarle" para que no se desvíe del buen camino y pueda en el futuro hacer una vida honrada en libertad.

Se parte también del método del positivismo criminológico. Al niño no hay que "castigarle", sino "tratarle" para ayudarle a superar los problemas que ocasiona su conducta desviada. Y dichos problemas pueden tener su origen tanto en la realización de ciertos actos que constituyen delitos, como en cualquier otra situación irregular (actos inmorales, comportamiento antisocial, pandillismo, mendicidad, etc.).

De esta forma, se confunden los ámbitos en los que el Estado procede a la sanción de conductas lesivas a determinados bienes jurídicos, con aquellos otros en los que el poder público procede a la tutela y protección del joven que se encuentra en peligro ante determinadas condiciones individuales o sociales. De este planteamiento fundamental, derivan unos principios que han inspirado los denominados sistemas tutelares o de la situación irregular.

Una de las bases de este modelo, era la consideración del menor de edad como inimputable, lo cual implicaba que fuera irrelevante tanto la determinación de su capacidad de entender y de querer, como el tipo de hechos realizados. El Estado intervendría, teóricamente tutelando, bien cuando existiese una infracción de las leyes penales de los adultos, bien cuando el sujeto atentase contra ciertos valores sociales, o bien cuando éste se encontrase bajo determinadas condiciones que requiriesen de la protección de las instancias públicas. El menor era entonces considerado, en la medida en que era declarado como totalmente irresponsable, como mero objeto de la intervención estatal, y no como sujeto de derecho.

En consecuencia, las medidas sancionadoras y educativas se aplicaban sin tener presente el principio de legalidad de los delitos y de las penas. El carácter de esas medidas era educativo y tutelar, e iban dirigidas al logro de la recuperación moral del menor.

Coherente con estos fundamentos, y siguiendo los criterios de la Escuela Positiva en su versión correccionalista, las medidas no tenían por qué estar determinadas temporalmente en atención a la gravedad del hecho realizado. Su determinación y duración respondía exclusivamente a esas condiciones morales y sociales en las que se encontraba el infractor, y a los mecanismos y necesidades que debían conducir a la recuperación del menor para que éste hiciese vida honrada en libertad.

De igual forma, el procedimiento de menores no venía regido por un juez de carrera, pues el ámbito tutelar que inspiraba el proceso de menores no necesitaba de una autoridad en Derecho, sino de una persona responsable capaz de entender los problemas de la juventud y de la infancia, y facultada para proceder a su solución más racional. No era necesaria la actuación de ningún abogado defensor, pues el Estado no actuaba "contra" el menor, sino en su favor. Se trataba de un proceso inquisitivo en el que tampoco intervenía el Ministerio Fiscal, pues no había que "acusar" al infractor, sino que se intentaba "protegerle". En

este mismo sentido, no existían verdaderas medidas de investigación, pues la determinación exacta de los hechos no era tan relevante como la exploración de la personalidad problemática del adolescente trasgresor.

Pero en realidad, todas estas pretensiones de evitar emplear los términos y las instituciones penales sólo conducían a un encubrimiento hipócrita de una realidad punitiva que regía la intervención estatal ante las infracciones del menor de edad, y con ausencia de toda garantía para aquél. A lo que era un auténtico interrogatorio del menor, se le denominaba "exploración", a la detención se le llamaba "retención", a la reclusión se le bautizaba como "acogimiento", pero lo cierto era que en este sistema el sujeto sufría un proceso inquisitivo, una restricción de derechos en el desarrollo del mismo, y, si llegaba el caso, una auténtica privación de libertad. Pero, como todo ello se hacía "por su bien" (aunque la merma de sus derechos era considerable), no gozaba de las garantías básicas que se le conceden a cualquier reo adulto. No existía el principio de legalidad, y por tanto, no existía un elenco de conductas taxativamente determinado que constituyese el ámbito de lo prohibido y lo sancionado. No existía el derecho a la defensa a través de letrado. No existía un límite al establecimiento de la clase y la duración de la medida a imponer. Todo ello condujo, como era inevitable, a abusos e injusticias que determinaron una evolución a un sistema que hoy viene inspirado por la normativa internacional y que se concreta en la mayoría de las modernas legislaciones de responsabilidad penal de los menores infractores.

El denominado sistema de responsabilidad, sistema de protección integral o sistema de justicia, constituye un modelo diametralmente opuesto al anterior, pero que salva gran parte de los obstáculos que éste presentaba para afrontar un correcto tratamiento de la responsabilidad penal del menor infractor.

El sistema de justicia parte de la determinación de la responsabilidad del menor derivada exclusivamente de la perpetración de un hecho tipificable, según la legislación penal de los adultos, como delito. Por ello constituye un auténtico sistema de Derecho Penal, aun cuando en muchos casos no se quiera reconocer. Pues admite todas las garantías básicas del Derecho Penal de los adultos, pero se estructura a través de un modelo educativo-sancionador que le dota de una gran especialidad.

La piedra angular de este sistema se encuentra en el reconocimiento de que el menor de edad es imputable, y por ello, responsable de sus actos. Se evita así la construcción del modelo con base en criterios paternalistas y moralistas que tantos atropellos provocó. Ello significa, por tanto, que el infractor ya no es considerado como objeto, sino como sujeto de derecho. De esta forma, al joven trasgresor se le está reconociendo su cualidad de persona, de ser racional, de individuo que goza de dignidad humana. Pero dicho reconocimiento implica afirmar su responsabilidad, y con ello, su imputabilidad. A partir de ahí se desarrollan los principios básicos sobre los que se construye su estructura fundamental.

Como modelo de responsabilidad que es, los ámbitos sancionadores y de protección se encuentran nítidamente diferenciados. Aquí se determinan exclusiva-

mente las consecuencias jurídicas que se le asignan al sujeto para el caso de que se haya demostrado en el correspondiente proceso que éste ha sido responsable, a título de autor o partícipe, de la perpetración de un hecho que según la legislación penal de los adultos es calificado como delito. De ahí se deriva un modelo punitivo que admite todas las garantías del sistema penal común, con algunas especialidades.

Así, el principio de legalidad y de taxatividad de la conducta rige con toda su fuerza y relevancia. El proceso penal no se abrirá contra ningún menor si éste no ha perpetrado algún hecho constitutivo de delito. Las situaciones irregulares, las conductas desviadas, los comportamientos antisociales, no engendrarán jamás ninguna de las medidas educativo-sancionadoras previstas en los correspondientes textos legales.

Sin embargo, toda la actividad procesal que se origine a raíz de la comisión del hecho delictivo, viene presidida por el interés superior del menor y por los criterios básicos de la prevención especial. Es decir, el fin inmediato de toda medida aplicable al adolescente trasgresor no es otro que incidir en su persona, respetando al máximo su dignidad, para evitar que en el futuro éste perpetre nuevos hechos delictivos, para conseguir encauzar su comportamiento dentro de los cauces propios que merecen su formación educativa, social e individual como ser responsable que en el día de mañana va a tomar las riendas de su propio destino. De esta forma, se destierran algunos fines propios de las consecuencias jurídicas del Derecho Penal de los adultos, como la justificación de la imposición de la correspondiente medida en atención al mero castigo por el mal causado (retribución) o la evitación de la comisión de futuros hechos delictivos por parte de otros jóvenes que inhiben su comportamiento ilícito al sentirse amenazados por la posible aplicación de la sanción que viene representada en la imposición de la misma a un tercero (prevención general intimidatoria). El interés superior del menor centrado en la prevención especial constituye, pues, la piedra angular de todo el sistema de responsabilidad penal del joven infractor.

Como he destacado, a partir de aquí todas las garantías del Derecho Penal de los adultos, rigen en el ordenamiento jurídico de justicia juvenil. Resaltan, sin embargo, algunas consideraciones, que se concretan en los siguientes principios y presupuestos de este modelo.

Así, como hemos visto, todas las medidas se estructuran bajo el principio de prevención especial del *interés del menor.*

Principio de *especialización técnica,* en base al cual la imposición de cada una de estas medidas viene determinada, con carácter general, por un previo informe del equipo técnico correspondiente, que suele ser preceptivo, pero no vinculante para el correspondiente juez de menores.

Principio de *intervención mínima,* siendo que éste se conjuga en varias instituciones que intentan prescindir de los efectos propios de Derecho Penal retributivo, como la no apertura o suspensión del procedimiento por resarcimiento del daño o conciliación con la víctima, la suspensión de las medidas o la susti-

tución de las mismas, etc. Es decir, si se encuentran mecanismos de evitación de la aplicación de medidas restrictivas para el menor, si se consigue el mismo o semejante efecto que aplicando aquéllas, se utilizarán dichos mecanismos de suspensión, sustitución o anulación de las consecuencias jurídicas inicialmente previstas con carácter general.

En relación con lo expuesto, suele ser criterio común de las modernas legislaciones inspiradas en este sistema, la posibilidad de *diversidad y flexibilidad* en la aplicación y ejecución de las medidas, de tal forma que no existe una sanción específica según el hecho delictivo perpetrado, sino que el juzgador dispondrá de un amplio elenco de medidas que podrá imponer, sustituir, dejar sin efecto o modificar atendiendo a las condiciones personales del menor de edad y a la evolución del correspondiente tratamiento.

El sistema de justicia, de responsabilidad o de protección integral, constituye, como hemos señalado, un auténtico sistema de Derecho Penal juvenil, aun cuando esta etiqueta no sea del agrado de muchos. Por ello se estructura en torno a un auténtico proceso penal con todas las garantías constitucionales.

Existe una acusación formal que procede del Ministerio Fiscal, el cual, en la mayoría de las ocasiones, suele dirigir la fase de investigación (sistema acusatorio puro). La especialidad en materia de acusación, reside en el hecho de que algunas legislaciones ni siquiera admitían la acusación particular, para evitar de esta forma que el menor de edad sea objeto del proceso en manos de los representantes legales de la víctima, con la grave incidencia que ello podría tener en el futuro desarrollo de su personalidad. Esta era la posición que inicialmente sostenía la Ley de responsabilidad penal del menor de edad. Sin embargo, con el tiempo, dicha ley ha ido modificándose con una tendencia a la proyección sobre el Derecho Penal de los adultos. Y de ahí que hoy en día se admita la acusación particular por parte de la representación de la víctima.

Por supuesto, es obligatoria la intervención de defensa letrada y el juez lo es de carrera, si bien con conocimientos especializados. El proceso penal también es un proceso especial que viene regido por el principio de contradicción e igualdad de las partes. Al igual que el enjuiciamiento criminal común, es un proceso público. La especialidad reside, sin embargo, en que la audiencia pública no puede ser sometida a la publicidad de los medios de comunicación. Ello se justifica, una vez más, por la pretensión de la salvaguarda de la intimidad, del honor, de la imagen del menor en favor de su interés superior.

El moderno Derecho Penal juvenil, por tanto, se dirige en esta línea marcada por el sistema de justicia. La tendencia internacional viene subrayada nítidamente por estos fundamentos y principios. Tendencia que expresa la Resolución 40/33, de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre reglas mínimas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), la Recomendación 87 (20), de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil y

la Convención de las Naciones Unidas de los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.

Sin embargo, pese a las buenas intenciones de esta tendencia internacional que ha inspirado la legilslación española de responsabilidad penal del menor, la experiencia demuestra que ni la sociedad, ni los poderes públicos han sido capaces de adecuarse a sus dictados político-criminales. Pues ante hechos punitivos de notable gravedad que han causado gran alarma social (asesinatos con ensañamiento, homicidios con secuestro y violación, o actuaciones de colaboración con grupos terroristas, entre otros), la ciudadanía ha criticado duramente lo que entiende como un excesivo "endulzamiento" del Derecho Penal frente al reo menor de edad. Los poderes públicos, temerosos de perder a su clientela política, han ido reformando la L. O. 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, endureciéndola en cada cambio legislativo y aproximándola a la legislación penal de los adultos en los supuestos más violentos. En esos casos, ni la sociedad, ni los poderes públicos pueden entender que el Derecho Penal pueda reaccionar frente al delito perpetrado por un menor de edad con medidas orientadas en la prevención especial (dirigidas a la resocialización del niño) y buscando su interés superior. Por el contrario, la alarma social manejada tan eficazmente por determinados medios de información impone que también en el derecho penal juvenil las reformas legales se inspiren en criterios propios del sistema penal tradicional, como la retribución por el mal causado (proyectada en la imposición de una pena como castigo); y la prevención general (buscando la ejemplaridad de dicho castigo, así como la tranquilidad de la ciudadanía expresada en el cumplimiento de la condena).

Bibliografía

AA. VV.: *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*: Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. Madrid, 2006. ALASTUEY DOBÓN, M. C.: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia, 2000. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *Política criminal de menores.* Cuadernos de Política Criminal, núm. 88 (2006). ANARTE BORRALLO, E. (Dir.): *Tendencias de la justicia penal de menores (una perspectiva comparada).* Madrid, 2010. APARICIO BLANCO, P.: *Política Criminal y delincuencia juvenil* en *Política Criminal* (Dir. LARRAUIRI PIJOAN, E.). Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999. BACA BALDOMERO, E. (Coord.)/ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. (Coord.)/TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.)/: *Manual de victimología*. Valencia, 2006. BARBERET HAVICAN, R.: *La investigación criminológica y la política criminal* en *Política Criminal* (Dir. LARRAUIRI PIJOAN, E.). Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999. BERISTAIN IPIÑA, A.: *El Código penal de 1995 desde la Victimología.* La Ley (1997), núms. 4.302 y 4.303. BERISTAIN IPIÑA, A.: *Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los valores humanos (la paz desde la Victimología)* en *Política criminal comparada: hoy y mañana* (Dir. BERISTAIN IPIÑA, A.). Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. Madrid, 1998. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena.* Valencia, 2001. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español.* Valencia, 2002. CANO LÓPEZ, F.: *La política criminal para una justicia juvenil. ¿Es necesaria una política penal para los problemas de los jóvenes?*

en RIVERA BEIRAS, I.: Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona, 2005. CERVELLÓ DONDERIS, M. V.: *Derecho Penitenciario*. 2ª Edic. Valencia, 2006. CERVELLÓ DONDERIS, V./COLÁS TURÉGANO, A.: *La responsabilidad penal del menor de edad.* Madrid, 2002. CID MOLINÉ, J.: *El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: Alternativas a la pena de prisión* en *Política Criminal* (Dir. LARRAURIRI PIJOAN, E.). Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999. CID MOLINÉ, J.: *La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse* en ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.): Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal. Barcelona, 2010. CONDE, Mario: *El Derecho Penitenciario vivido.* Granada, 2006. DEL ROSAL BLASCO, B.: *La "privatización»de las prisiones". Una huida hacia la pena de privación de libertad.* Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Número Extraordinario 12 (diciembre, 1998). DEL ROSAL BLASCO, B.: *Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal.* ADPCP (1990). FERRÉ OLIVÉ, J. C.: *Punibilidad y proceso penal*. Revista General de Derecho Penal, núm. 10, (2008). FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.* (Traducción de A. GARZÓN DEL CAMINO). 12ª Edic. Madrid, 2000. GALAIN PALERMO, P.: *Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos:: la construcción de un sistema penal sin jueces.* Revista Penal, núm. 24 (2009). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología.* Valencia, 2009. GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Realidad social, política criminal, dogmática penal y nuevo proceso penal español adversarial* en ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.): Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador VIVES ANTÓN). Vol. 1. Valencia, 2009. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, P. (Dir.): *Panorama actual y perspectivas de la victimología, la víctima y el sistema penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007. GONZÁLEZ TASCÓN, M. M.: *Primera lectura de las reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y medidas.* Diario La Ley,núm. 7179, 2009. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores.* Publicaciones del Grupo de Estudios de Política Criminal (Documentos, 5), 2000. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales.* Publicaciones del Grupo de Estudios de Política Criminal (Documentos, 8), 2005. IGLESIAS MACHADO, S.: *Consideraciones de política criminal: Globalización, violencia juvenil y actuación de los poderes públicos.* Madrid, 2006. LANDROVE, G.: *La moderna Victimología.* Valencia, 1998. LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio: *Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos.* Cuadernos de Política Criminal núm. 90 (2006). LLOBET RODRÍGUEZ, J./CHIRINO SÁNCHEZ, A.: *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada (problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal "eficiente").* San José de Costa Rica, 2000. LLOBET RODRÍGUEZ, J.: *Garantías y sistema penal. Releyendo hoy a Cesare Beccaria.* San José de Costa Rica, 1999. MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito.* 3ª Edic. Madrid, 1996. RIOS MARTÍN, J. C.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel.* Madrid, 1998. ROIG TORRES, M.: *La reparación del daño causado por el delito.* Valencia, 2000. ROXIN, C.: *¿Tiene futuro el Derecho Penal?* Traducción de BORJA JIMÉNEZ, E. Revista del Poder Judicial. 3ª Época, núm. 49 (1998). SÁNCHEZ, María Teresa: *Para acabar con la prisión: la mediación en el derecho penal, justicia de proximidad.* Barcelona, 2006. SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria.* Madrid, 2000. SERRANO MAILLO, A.: *Introducción a la Criminología.* Madrid, 2009. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades pos-*

tindustriales. Madrid, 1999. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires, 1998. TAMARIT I SUMALLA, J. M.: *La reparación a la víctima en el derecho penal (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*. Barcelona, 1994. TAMARIT I SUMALLA, J. M: *La víctima en el derecho penal: de la víctimo-dogmática a una dogmática de la víctima*. Pamplona, 1998. TAMARIT I SUMALLA, J: M. (Dir.): *Curso de Derecho Penitenciario*. Valencia, 2005. TIFFER, C./LLOBET, J.: *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*. San José de Costa Rica, 1999. URRA PORTILLO, F. J.: *Respuesta social al joven infractor. Metalegislación* en *Política criminal comparada: hoy y mañana* (Dir. BERISTAIN IPIÑA, A.). Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. Madrid, 1998. VENTA SÁNCHEZ, R.: *Una alternativa al proceso penal de memores "versus" la nueva política criminal de la LO 8/2006*. Cuadernos de Política Criminal, núm. 97 (2009). ZIPF, H.: *Introducción a la Política Criminal*. Traducido por Izquierdo Macias-Picarea. Madrid, 1979.

Lección 4ª

Modernas tendencias y proyecciones de la Política Criminal en un mundo globalizado

1. Globalización y Política Criminal.
2. Política Criminal y Derecho Penal funcionalista.
3. Política Criminal y Derecho Penal simbólico.
4. Política Criminal y Derecho Penal del enemigo.

Los procesos de globalización se han extendido fuera de las fronteras de cada Estado en el ámbito económico, político, cultural y tecnológico. Como en anteriores revoluciones industriales, han impuesto su modelo económico apoyándose en una concreta ideología. La ideología de la globalización se asienta sobre el pensamiento neoliberal de la eficacia tecnocrática y del beneficio.

La mundialización ha afectado a la criminalidad, tanto en su extensión como en su estructura y forma de aparición. Para hacer frente a la criminalidad de la globalización, el sistema penal ha tenido que adaptarse a los nuevos tiempos.

La ideología de la globalización y sus efectos en el ámbito de la delincuencia, ha influido de forma decisiva en la concepción teórica del Derecho Penal. Esta relación se refleja, entre otros, en los modelos funcionalistas, en el Derecho Penal simbólico o en el Derecho Penal del enemigo.

En este último tema de lo que hemos denominado la Parte General de la Política Criminal vamos a estudiar estas últimas corrientes que se están extendiendo de forma universal, como el modelo económico, cultural e ideológico que las inspira.

1. GLOBALIZACIÓN Y POLÍTICA CRIMINAL

En las últimas décadas prácticamente todos los países de la comunidad internacional se están viendo afectados por el denominado fenómeno de la globalización. Es un proceso, un concepto o una realidad que todos los ciudadanos tenemos en mente y nos hacemos una idea más o menos aproximada de su contenido y significado. Sin embargo, la mayoría de los especialistas sobre esta temática han manifestado la gran dificultad que implica la elaboración de una definición que abarque todas las repercusiones de dicho fenómeno y su semántica, siempre compleja y difusa.

No obstante, cualquier estudioso de las ciencias sociales es consciente de que nos encontramos ante una nueva era en la que, en diversos espacios geopolíti-

cos del Planeta, los procesos de desarrollo económico, político, social, cultural y tecnológico, así como sus correspondientes crisis y conflictos, se extienden cada vez más fuera de las fronteras de los Estados y de las comunidades en los que se originan. Dichas repercusiones, que duda cabe, afectan también al ámbito de la criminalidad, que se propaga como un fenómeno más de la mundialización económica. Los Estados y sus correspondientes poderes públicos se ven obligados a reaccionar frente a estas nuevas situaciones de inseguridad ciudadana, reformando las leyes penales, tanto nacionales como internacionales, transformándose así paulatinamente los respectivos ordenamientos punitivos.

De esta manera, para poder hacer frente a estas nuevas formas y modos de aparición del delito, el sistema penal va evolucionando en sus normas, en sus principios orientadores y en sus instituciones fundamentales. La disciplina que estudia, interpreta y sistematiza las normas, los principios y las instituciones punitivas, el Derecho Penal, también observa su objeto de investigación bajo otros parámetros y va modificando sus bases metodológicas tradicionales.

En la presente lección, se pretende exponer, en una primera aproximación, las variaciones metodológicas más importantes que están aconteciendo en el Derecho Penal como consecuencia directa del fenómeno de la globalización. Hay que destacar que la perspectiva metodológica del Derecho Penal de la globalización tiene que tomar en consideración tanto el prisma de los movimientos y procesos que fundamentan y marchan con el viento favorable de dicha globalización, como aquellos otros que la niegan y se enfrentan a estos procesos y fenómenos, especialmente a sus fundamentos económicos, ideológicos y culturales.

Es difícil definir el término globalización, con tantas referencias y connotaciones semánticas. Sin embargo, ahora tan sólo pretendo apuntar algunos rasgos para explicar cómo el proceso de mundialización de la economía está influyendo en la homogeneización de las instituciones jurídicas, y por supuesto, también de las jurídico-penales.

Con el término globalización se quiere proporcionar una explicación de la realidad de la vida social y de la vida de los individuos desde una perspectiva planetaria, en un mundo sin fronteras; por un lado, interdependiente e intercomunicado (a pesar de las distancias), y a su vez; por otro lado, independiente de la pertenencia a los pueblos, a las etnias o a las culturas de cada uno de los operadores en el sistema económico, político o social.

El proceso afecta a todos los ámbitos de la vida humana, considerada individual o colectivamente, pero se expresa específicamente en tres relevantes manifestaciones.

Así, en primer lugar, la *globalización económica*, que pondría el acento en un mundo sin fronteras, sin aranceles, sin límites en el intercambio de mercancías y servicios. Resaltaría aquí especialmente tres aspectos de gran importancia. Uno, el fenómeno de nuevas formas de organización de las empresas multinacionales o transnacionales, así como la gran relevancia de su protagonismo en el mercado mundial. Dos, la multiplicación exponencial de las operaciones

económico-financieras en todo el planeta y la corta duración de su realización, hasta límites vertiginosos, en el ámbito temporal. Y tres, la interdependencia cada vez más acusada de las economías de los respectivos países en relación con otros Estados u organizaciones internacionales, que no permite un extenso margen de maniobra y autonomía en su dirección y gestión.

En segundo lugar, se habla de *globalización política*, y destacaría aquí dos aspectos fundamentales. De una parte, las nuevas realidades que afectan a la pérdida de la soberanía del Estado debido a dos razones de peso: por la influencia de las empresas transnacionales y por el sometimiento cada vez más fuerte a las organizaciones supraestatales de todo orden (Unión Europea, OTAN, Fondo Monetario Internacional, etc.). De otra parte, habría que destacar la pérdida de espacio político de las ideologías tradicionales de la derecha y de la izquierda.

En tercer lugar, también destaca *la globalización de las comunicaciones*, merced al tremendo auge e impacto en la vida real de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, las cuales permiten los intercambios de toda índole en el amplio mundo, de forma vertiginosa (prácticamente en tiempo real) y en cuantía casi ilimitada.

Los procesos de globalización económica, política y tecnológica, han provocado una notable transformación en la sociedad y en el Estado. De igual forma, han incidido en la diferente proyección de ciertos sectores de la criminalidad tradicional, y en el origen de nuevos delitos. El sistema penal, como no podía ser de otra forma, ha dado respuesta a todos estos retos y también ha ido evolucionando en las últimas décadas en muchos ámbitos. De todos estos ámbitos, aquí interesa destacar ahora especialmente determinadas concepciones del Derecho Penal vinculadas directamente con el fenómeno de la globalización.

La revolución tecnológica, el nuevo sistema económico mundial, el viento ideológico de la política entendida como tecnocracia y los nuevos movimientos culturales van a influir decisivamente en algunos modelos jurídico-penales y en su forma de concebir el objeto de estudio, la metodología y la misma función del Derecho Penal. Se va a examinar brevemente, en los términos que se acaba de señalar, alguno de esos modelos, poniendo el acento en su relación con los postulados de la globalización.

2. POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL FUNCIONALISTA

El *modelo funcionalista* defendido por JAKOBS, representa una propuesta propia de la ideología de la globalización.

Las tesis funcionalistas toman como presupuesto una concepción de la sociedad en la que ésta se contempla como un complejo organismo armónico donde cada uno de los miembros que la integran desarrolla una específica función que permite la coherencia del sistema y contribuye al desarrollo dinámico de

aquélla, manteniendo así su estructura básica. En este contexto, el Estado sólo puede sancionar aquellas acciones que presentan cierta lesividad social, de tal forma que el Derecho Penal tiene encomendada la tarea de dirigir su actividad en orden al establecimiento y protección de las condiciones necesarias que posibilitan la coexistencia de la vida social. Pero, se dice, allí donde la convivencia de una pluralidad de individuos en una determinada sociedad sólo es posible bajo ciertos presupuestos, no es suficiente contar únicamente con estados de valor dignos de protección, sino que, para que el Derecho Penal pueda cumplir su función, se ha de atender a los problemas organizativos necesitados de solución para la conservación y aseguramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos que conviven en esa sociedad. Es decir, en consideración a los siempre complejos presupuestos sociales, que desde este punto de vista se entienden como conformados bajo fiables expectativas de comportamiento y que se proyectan en acciones, el Derecho ya no tiene que delimitar ni proteger determinados valores, sino que debe proceder a asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función.

En su visión del Derecho Penal, pues, se niega la tarea clásica que se le atribuye y que se circunscribe a la mera protección de bienes jurídicos, en la medida en que la lesividad social comprendería algo más que la violación de valores ideales. El Derecho Penal, por el contrario, debe contribuir a la funcionalidad del sistema, al mantenimiento de su capacidad de organización, a la distribución y aseguramiento de competencias, al cumplimiento individual de cada uno de los roles asignados al ciudadano…

Con esta concepción como punto de partida, el autor define todas las categorías del Derecho Penal en atención a la contribución que éstas prestan con relación al mantenimiento de la respectiva estructura social. Y en efecto, se ha dicho, y con razón, que el modelo funcionalista del Derecho Penal propugnado por JAKOBS se enmarca en una dogmática cuya pretensión es, sobre todo, la de explicar el sistema de atribución que rige en una determinada sociedad en un momento dado, y por eso su teoría en ocasiones ha recibido el nombre de *sociológica*.

No es mi pretensión ahora explicar detenidamente el sistema jurídico-penal de JAKOBS. Tan sólo quisiera resaltar que el planteamiento ideológico que subyace en su seno, corresponde con la estrategia "cientifista" propia de la Tercera Revolución Industrial. De hecho, no es casual que comiencen a desarrollarse de forma paralela en el tiempo (mediados de los años setenta del siglo pasado).

En efecto, la elaboración de una disciplina, como propugna el funcionalismo más radical, desde parámetros exclusivamente lógicos o descriptivos, recurriendo a la metodología técnica, viene influida por esta ideología caracterizada por imponer, como criterio de solución de los problemas humanos, la razón aparentemente científica. Y esto implica que los procedimientos y métodos ideados para resolver esos problemas humanos, sean cada vez más complejos, más técnicos, más desarrollados, pero también, más difíciles de manejar, de controlar y

de comprender. Y los conflictos, individuales o sociales, dejan de ser cuestiones a resolver por el ciudadano (que no puede solucionarlos) para trasladarse al especialista… La razón científica sustituye así a la razón práctica. Y al igual que ocurre en la economía y en la política de la era de la mundialización, también en el Derecho Penal propugnado por las concepciones funcionalistas sistémicas, para resolver problemas estrictamente humanos, se ha recurrido a los parámetros del pensamiento «cientifista». Y este camino puede conducir a que el Derecho Penal de las garantías, sea sustituido por el Derecho Penal del sistema.

3. POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL SIMBÓLICO

La ideología de la globalización y la estructura de su funcionamiento también queda reflejada en el denominado *Derecho Penal simbólico.*

Esta concepción toma como presupuesto la idea de que la ley penal cumple una función simbólica, esto es, representa la decisión mayoritaria de tutelar con el instrumento más fuerte de defensa social del que dispone el ordenamiento jurídico, un valor fundamental relevante para la coexistencia humana. Se recurre entonces a la reforma penal por parte de los poderes públicos como mecanismo político-criminal de lucha contra la criminalidad. De esta forma, el legislador presenta a la ciudadanía una opción política, y es que la lucha contra la inseguridad ciudadana en general, o contra un determinado sector delictivo en particular, se ha constituido en un valor social relevante que afecta a todos los poderes públicos y que implica a toda la sociedad. El Derecho Penal pasaría entonces a encarnar un rol político, de legitimación y de dirección de las conciencias de los ciudadanos, papel que antes le correspondía a la Etica o a la Moral.

Ésta sería una vertiente legitimadora del Derecho Penal simbólico que se proyectaría con la visión tradicional del Estado de Derecho. Sin embargo, el Derecho Penal simbólico que encarna la ideología de la globalización, viene representado por una utilización “efectivista” o “efectista” de la reforma punitiva por parte de los poderes públicos.

En efecto, incluso en los supuestos en los que existe un acuerdo amplio en el seno del Parlamento con relación a la punición de determinados comportamientos lesivos para los derechos y bienes de los individuos, se lleva a cabo frecuentemente una instrumentalización del Derecho Penal en su utilización como medio pedagógico para tranquilizar a la ciudadanía, para inspirar la suficiente confianza en el sentido de demostrar que los gobernantes políticos y los representantes del pueblo se preocupan por el problema de la inseguridad ciudadana y de la violencia en la sociedad. Se suele recurrir entonces a un notable adelantamiento de la barrera punitiva de la defensa social.

El conflicto puede ser todavía mayor cuando se recurre al Derecho Penal simbólico para resolver un asunto sobre el que existe un extenso debate social, sin que haya un acuerdo sobre la forma de solucionarlo. Se nos presentan entonces

dos problemas: Uno, que no existe un fuerte consenso en orden a la utilización del Derecho Penal para dar respuesta al problema social que se presenta y, dos, que en la práctica resulta muy difícil aplicar la ley puesto que ésta suele adolecer de cierta vaguedad y difícil concreción material.

Y, desde luego, el Derecho Penal no es precisamente en muchas materias el mejor instrumento para solucionar el grave conflicto social que representan las actitudes lesivas a bienes jurídicos de un restringido sector de la ciudadanía. Se ha dicho, y con razón, que un mecanismo más idóneo para lograr tal fin viene constituido por la educación de la población en los principios básicos de la convivencia y del respeto a los derechos humanos. La actuación del Derecho Penal en este ámbito precisamente, debe ser el último medio de intervención del Estado ante la perturbación de la convivencia, por la gran restricción de garantías del ciudadano que comporta la sanción punitiva. Aunque desde el punto de vista hipotético, el legislador pudiera elaborar un instrumento normativo que rozase la perfección tanto desde el punto de vista técnico como político-criminal, qué duda cabe que la aplicación del Derecho Penal siempre debería ser residual y mínima.

El Derecho Penal de la globalización viene, por tanto, revestido de un notable carácter simbólico que revela una pretensión social y política de valorar como merecedor de protección bienes jurídicos relevantes para la coexistencia social. No obstante, existen dudas sobre la eficacia real de la aplicación de la ley penal en ciertos ámbitos, pues se piensa que frecuentemente se utiliza la elaboración de medidas punitivas como mero instrumento, coyuntural y político, para tranquilizar inquietudes, inseguridades e incluso la misma conciencia de cierto sector de la población. De esta forma, determinados instrumentos jurídico-punitivos de lucha contra las diferentes formas de manifestación de la violencia en nuestras sociedades occidentales, mantendrían este carácter simbólico, no exento, como se ha señalado, de componentes políticos o demagógicos, incluso con pocas posibilidades de encontrar aplicación práctica, o de mantener los efectos preventivos, tanto especiales como generales, idóneos para hacer frente de algún modo a específicos ámbitos de la criminalidad. La reforma penal es utilizada por los poderes públicos, con demasiada frecuencia, como un icono representativo de que los gobernantes se preocupan por resolver un grave conflicto (coyuntural en muchas ocasiones) que crea gran alarma social. Dado que los políticos están muy preocupados por las encuestas de popularidad (que se concretan en mayor o menor número de votos en el futuro), necesitan responder a las necesidades de tranquilizar a la ciudadanía ante esa alarma social (real o creada ficticiamente por los medios de comunicación) de forma rápida y eficaz. La reforma de la ley penal resulta entonces un medio barato, inmediato, "efectista", con gran potencial simbólico, que proyecta a esa ciudadanía la confianza en sus gobernantes de que ya se está haciendo lo que se debe para atajar el problema. Los costes son bajos, y los beneficios altos, especialmente desde el punto de vista electoral. De nuevo el pensamiento neoliberal de la eficacia de la productividad formal que

inspira a la globalización se encuentra presente en el Derecho Penal simbólico. Aunque la utilización simbólica del sistema penal puede 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 que se producen en muchos países de la órbita occidental, responden a problemas muy concretos que no van a ser realmente resueltos por una simple modificación normativa.

4. POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Otra concepción del sistema penal que está íntimamente relacionada con los procesos de globalización, y que, merced a ellos, afecta a su comprensión metodológica, viene reflejada en el denominado *Derecho Penal del enemigo.*

Este Derecho Penal del enemigo se proyecta en una dimensión teórica, desarrollada en el año 2000 por el profesor alemán Günther JAKOBS, y se plasma en una dimensión práctica, materializada específicamente en las legislaciones antiterroristas de diferentes Estados (especialmente, EE.UU.) tras los atentados del 11 de septiembre de 2001.

Desde la perspectiva teórica, se lleva a cabo una distinción entre el Derecho Penal común y el Derecho Penal del enemigo. En el primero, se concibe al reo como un ciudadano que lleva a cabo el atentado a la norma penal en la comisión del delito, lo cual acarrea la reacción del Estado con medidas punitivas de intervención. Sin embargo, el autor viola la norma, pero no se sitúa fuera del sistema institucional del Estado. Sus razones pueden ser múltiples (obtener un beneficio económico, satisfacer su deseo sexual, descubrir la intimidad de otro, vengarse por una afrenta personal, etc.), pero su conducta injusta no pretende acabar con la estructura política del poder público legalmente establecido. Por ello precisamente al reo se le considera ciudadano y gozará de ciertas garantías inviolables propias del sistema democrático, pues, en última instancia, su comportamiento no pone en tela de juicio el orden social constitucionalmente establecido. Es decir, este ciudadano merece sanción por su actuar antisocial objeto de la punición y el Estado, que se encuentra en un nivel superior de racionalidad y legitimidad, concederá a dicho ciudadano delincuente un catálogo de derechos y garantías propios del Derecho Penal democrático.

Pero existen otros sujetos que con su comportamiento pretenden destruir el sistema político, jurídico e institucional del Estado o persiguen acabar con toda una civilización. Se situarían así fuera del sistema por voluntad propia, y ello determinaría que no mereciesen la condición de ciudadanos, llegándose incluso a afirmar que no tendrían la consideración de personas. Merced a su peligrosidad para el propio sistema, no gozarían de los mismos derechos fundamentales que cualquier sospechoso, acusado, reo o condenado.

De este modo, el sistema penal se articularía de dos formas distintas atendiendo a un tipo y a otro de sujetos. El Derecho Penal común, para ciudadanos delincuentes, que gozarían de las clásicas garantías (principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y otras propias del debido proceso). Y el Derecho Penal del enemigo, para sujetos que pretenden acabar con el sistema democrático y la civilización occidental, cuya peligrosidad real y potencial requiere unas medidas punitivas de intervención mucho más duras que limitan de forma relevante las garantías que le corresponderían a cualquier persona (y que no se le atribuyen al enemigo por no ser considerado como tal). Este tipo de ordenamiento punitivo está pensado para su aplicación preferente a delitos de terrorismo y de otro tipo de criminalidad organizada a gran escala (narcotráfico, trata de personas, tráfico ilegal de armas, etc.).

Esta dimensión teórica del Derecho Penal del enemigo, se materializó en la legislación penal sustantiva y procesal de algunos países tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001.

En efecto, los atentados del 11 de septiembre de 2001 en EE.UU. pusieron de manifiesto algo que ya se conocía: que el terrorismo no tenía fronteras, que contaba con una información y tecnología del Siglo XXI y que las interrelaciones entre organizaciones, bandas y células se extendían de forma global por el Planeta Tierra. Para hacer frente a este tipo de criminalidad, se ha utilizado una legislación con una fuerte tendencia al endurecimiento de sus medidas de intervención punitiva y con una consecuente restricción exacerbada de los derechos de los sospechosos, acusados o reos. El terrorista es considerado como enemigo, y desaparecen las garantías básicas que se le conceden a cualquier ciudadano, como los principios de legalidad, proporcionalidad o culpabilidad en el seno del Derecho Penal material; o la presunción de inocencia o el derecho de defensa en el proceso penal. Claro, que como tal enemigo, no se pretende castigar al autor del hecho por el daño causado, sino más bien combatirle para acabar con él. La estrategia punitiva tradicional es sustituida por una legislación excepcional más parecida al Derecho Penal militar propio de los conflictos bélicos. El ejemplo más palpable de todo ello lo encontramos en el tratamiento de los combatientes detenidos tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 y trasladados a la base militar de Guantánamo, cuya situación material y jurídica es de peor condición que la de un prisionero de guerra.

Y también el Derecho Penal del enemigo muestra un carácter simbólico, en la medida en que su utilización en muchas ocasiones obedece a problemas internos que los gobernantes no saben, no pueden o no quieren resolver. Exacerbando la alarma originada por los riesgos exteriores de acabar con el Estado o con la civilización occidental, se desvía la mirada hacia un punto común donde los responsables políticos aparecen como una encarnación de la unidad del país y de la seguridad del mismo.

Pero ahora no me interesa tanto desarrollar específicamente los postulados y las consecuencias de esta concepción, cuanto relacionarla con el proceso de globalización.

Y aquí ya señalé que dicho proceso está extendiéndose provocando dos efectos diametralmente opuestos. Por un lado, la homogeneización del mundo en la imposición del neoliberalismo económico, del ideario político de las democracias occidentales (y de sus valores de cultura fuertemente individualista) y acompañado de la creciente incorporación de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana. Y por otro lado, la creación de bolsas de pobreza cada vez mayores, de sectores marginados que poco o nada se benefician de la mundialización de la economía, y del surgimiento de un fuerte sentimiento de rechazo a los valores occidentales en grupos humanos étnicamente diferenciados, o con otras culturas o de otras civilizaciones distintas del modelo de vida occidental.

Sin duda, este segundo aspecto está íntimamente relacionado con la extensión, también global, del terrorismo en el mundo. Y si bien es verdad que el país que más ha contribuido a la mundialización económica, política y cultural ha sido EE. UU., también es cierto que ha sido el Estado que ha sufrido las peores consecuencias del terrorismo internacional. Tampoco es casual la correspondencia en el tiempo entre un proceso y otro.

También para otros sectores delictivos, como la criminalidad organizada, en los que se predica la viabilidad del Derecho Penal del enemigo, podemos encontrar esa vinculación con la globalización, si bien aquí no se explica tanto por la reacción que provoca el rechazo ideológico, religioso o cultural, sino más bien por la imposición de los mismos criterios de gestión empresarial "efectista" y tecnificada en el seno de la estructura de dichas organizaciones criminales.

Bajo este contexto, el Derecho Penal del enemigo refleja la respuesta propia de la ideología de la globalización. Una respuesta tecnocrática, funcional, que no toma en consideración valoraciones propias del deber ser, sino que persigue la ventaja del beneficio rápido, materializado en la aparente y eficaz solución al problema planteado.

Queda así articulada la vinculación de esta concepción con la globalización. Sin embargo, no me resisto a traer a colación unas palabras en las que se resume una acertada crítica en relación con esta posición dogmática: "… Pero una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de Derecho, que por definición no admite que se pueda distinguir entre *ciudadanos* y *enemigos* como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicas… Los derechos y garantías propias del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) o procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial o a no declarar contra sí mismo, etcétera) son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho… Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte

en un ordenamiento jurídico puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo" (MUÑOZ CONDE).

Resumiendo en pocas palabras, difícilmente pueden conciliarse los principios del Estado de Derecho con las transformaciones que impone el denominado Derecho Penal del enemigo. El sistema democrático no admite el tránsito de la persona como titular de derechos y deberes, a la despersonalización del sujeto; del Derecho de las garantías, al Derecho de combate; y, en definitiva, del Derecho Penal al Derecho bélico.

Bibliografía

AYUSO, Miguel: *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización.* Madrid, 2005. BECK, Ulrich: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización.* Barcelona, 2008. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Globalización y concepciones del Derecho Penal.* Estudios Penales y Criminológicos, XXIX. Universidad Santiago de Compostela, 2010. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos* en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E. (Dirs.)/CUERDA ARNÁU, M. L. (Coord.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal.* Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador VIVES ANTÓN. Tomo I. Valencia, 2009. CANCIO MELIÁ, M. (Dir.): *Globalización y derecho.* Madrid, 2006. CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DIÉZ, D. (Coords.):*Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión.* Montevideo, Madrid, 2006. CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999. CASSESE, Sabino: *La globalización jurídica.* Barcelona, 2006. DOMINGO, Rafael/SANTIVÁÑEZ, Martín/CAICEDO, Aparicio (Coords.): *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización.* Pamplona, 2006. ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Bogotá, 2006. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estado de Derecho y Ley penal.* Madrid, 2009. GRACIA, MARTÍN, Luís: *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*. Valencia, 2005. HABERMAS, Jürgen: *La inclusión del otro.* Barcelona, 2008. JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo.* 2ª Edic. Navarra, 2006. LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, F. (Coords.): *El derecho ante la globalización y el terrorismo: cedant arma togae*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003. Valencia, 2004. MUÑOZ CONDE, F.: *El Derecho Penal del enemigo.* México D. F., 2003. QUINTERO OLIVARES, G.: *El Derecho Penal ante la globalización* en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. /MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. /DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R. (Coords.): *El derecho penal ante la globalización.* Madrid, 2002. SILVA SANCHEZ, J.-M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades occidentales.* 2ª Edic. Madrid, 2001. TERRADILLOS BASOCO, J: M: *El Derecho Penal de la globalización: luces y sombras* en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.: *Globalización y Derecho Penal* en LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, F. (Coords.): *El derecho ante la globalización y el terrorismo: cedant arma togae*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003. Valencia, 2004. VERVAELE, John: *La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿Un derecho penal del enemigo?* en AA. VV.: *El Derecho Penal ante la inseguridad global.* Albacete, 2007. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *El*

enemigo en el Derecho Penal. Madrid, 2006. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. /MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. /DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R. (Coords.): *El derecho penal ante la globalización*. Madrid, 2002.

II. PARTE ESPECIAL

Lección 5ª

Tutela penal de la vida

1. Protección jurídico-penal de la vida humana.
2. La distinción entre homicidio y asesinato.
3. El suicidio y el debate social sobre la eutanasia.
4. Legalidad e ilegalidad del aborto consentido por la mujer embarazada.

En esta lección se van a examinar los aspectos más relevantes de la protección penal de la vida dependiente e independiente. En el primer epígrafe, se trata de descubrir el fundamento político-criminal que expresa la diferencia entre el homicidio y el asesinato. En el epígrafe segundo, se va a presentar el debate en torno a la discusión sobre la protección de la vida o la despenalización de la muerte del sujeto pasivo en ciertos supuestos de eutanasia. Y en el último de los apartados, se analiza una de las polémicas más candentes en las sociedades occidentales en las últimas décadas, la que discute si es posible despenalizar ciertos supuestos de aborto consentido por la mujer embarazada.

1. PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA VIDA HUMANA

La vida humana constituye el bien jurídico fundamental del ordenamiento jurídico, y el presupuesto de todos los derechos humanos y de todas las libertades públicas. Este valor se encuentra tan arraigado en casi todas las concepciones de índole moral, ético o religioso, que su protección constituye el principio rector del correspondiente catálogo de preceptos morales, éticos o religiosos. De igual forma, el ordenamiento jurídico lleva a cabo una intensa tutela desde todas sus disciplinas. Algunas Constituciones consideran tan evidente la primacía y necesidad de este bien jurídico, que ni siquiera llegan a manifestar expresamente su reconocimiento, dado que se entiende que dicho reconocimiento va de suyo implícito en la propia naturaleza humana.

En el ordenamiento jurídico español, el derecho a la vida viene establecido en el art. 15 de la 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…". Se ha dicho que este derecho es protegido de forma absoluta y sin distinción alguna.

Sin embargo, en la actualidad, esta última aseveración tiene que ser matizada. En primer lugar, para el ordenamiento jurídico no tiene el mismo valor la vida humana dependiente (la que corresponde al concebido y todavía no nacido), que la vida humana independiente (la del ya nacido). La muerte del primero

es castigada, bajo los presupuestos del delito de aborto, con menor pena que la muerte del segundo, que se incrimina bajo las condiciones de los delitos de homicidio. Sobre este particular profundizaremos en el último epígrafe de esta lección.

El propio ordenamiento jurídico puede permitir en algunos supuestos la muerte de una persona. Tal es el caso cuando se presenta un conflicto de bienes jurídicos en el que se lleva a cabo una ponderación entre ellos para resolver el mismo. En determinadas condiciones, pues, es lícito privar la vida de un semejante. Así, cuando concurre una causa de justificación, como la legítima defensa, el estado de necesidad o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo o el cumplimiento de un deber.

Son muchas las formas que tiene el Derecho para llevar a cabo la protección de la vida humana. En la mayoría de los casos, es el Derecho Penal el sector que tutela este bien jurídico. Atendiendo a la forma, a los motivos y a otros intereses que pueden entrar en juego, los textos punitivos amparan este interés primordial a través de los delitos de homicidio, asesinato, auxilio y cooperación necesaria al suicidio, eutanasia, homicidio terrorista, magnicidio, etc. También existen otras figuras que pretenden tutelar la vida de los miembros de la comunidad, pero de forma indirecta. Y ahí se encuentran delitos como la tenencia ilícita de armas, la conducción temeraria o la omisión del deber de socorro. Desde el ámbito de lo jurídico, pues, la protección penal de la vida humana suele ser bastante uniforme en la mayoría de los países.

Pero la realidad es bien distinta. La consideración de la vida humana no es idéntica en todo sistema político ni en todo espacio geográfico, histórico o cultural.

En la Alemania nacionalsocialista, la vida de los judíos, de los homosexuales, de los enfermos mentales e impedidos físicos, de los gitanos y de los opositores políticos, no sólo estaba en la práctica totalmente desprotegida, sino que el propio Estado se encargaba de llevar a cabo el exterminio sistemático de estos seres humanos. En la Unión Soviética estalinista, las famosas "purgas" políticas y los traslados forzosos de etnias enteras de aquel gigantesco país, provocaron la muerte de más de diez millones de personas.

Más recientemente, en la Guerra de Yugoslavia, se masacró a parte de la población civil, especialmente la de origen bosnio, precisamente por razones étnicas y religiosas. Y en Ruanda, en 1994, entre 500.000 y 800.000 miembros de la etnia tutsi murió a manos de amplios colectivos de la etnia hutu…

La vida humana tampoco tiene el mismo valor real (aunque simbólicamente, todas las vidas merecen la misma estima) de un país a otro. Existen lugares donde el tránsito de la vida a la muerte se produce, en muchas ocasiones, de forma sencilla e inevitable para los poderes públicos (así, en sociedades muy violentas, como en ciertas áreas de Irak, Afganistán, Colombia, Méjico o Estados Unidos). La frecuente impunidad en estos casos, determina la desprotección

real de este valor, que goza de una mayor tutela en otras zonas geopolíticas, como es el caso de Europa Occidental.

Por otra parte, el poder real de los Estados puede incidir en ese mayor o menor amparo que se le otorga a la propia existencia de sus ciudadanos. El 11 de septiembre del año 2001, se produjo el atentado terrorista más grave de toda la historia de la humanidad. Tres aviones secuestrados impactaron con las dos torres gemelas de la ciudad de Nueva York y un tercero colisionó con el símbolo de la Seguridad exterior e interior de los EE. UU., el Pentágono en la ciudad de Washington. Varios miles de personas murieron en este terrible ataque suicida, y a consecuencia de ello, los EE. UU. decidieron iniciar una "guerra contra el terrorismo mundial" cuyas consecuencias al día de hoy todavía son difíciles de evaluar y cuantificar. Sin embargo, el mundo siguió impasible ante el genocidio tutsi, ante los miles y millones de muertos en las guerras abiertas en tantos países…

Fuera de estos conflictos internacionales, el Derecho, y especialmente el Derecho Penal, gana eficacia cuando encuentra su realidad en su actuación ante los tribunales. Pierde su valor si queda reflejado en tinta negra en un conjunto de preceptos que más se pueden asemejar a un catálogo de declaraciones. Pero el Derecho Penal también cuenta con un importante valor *simbólico* que frecuentemente ha sido muy criticado (y con razón), pero que puede ofrecer, de igual forma, aspectos muy positivos. Una de esas funciones positivas puede radicar en la labor de concienciación, educativa, de la generalidad de los ciudadanos, en relación con la necesidad de tutela de este relevante bien jurídico… Aprender a valorar aquello que poseemos por naturaleza, que tanto respetamos para nosotros mismos por el propio instinto de supervivencia, merece una aceptación interna de su universalización al resto de la humanidad.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE HOMICIDIO Y ASESINATO

Una curiosa cuestión político-criminal en materia de los delitos contra la vida, se encuentra en la distinción entre dos figuras que consisten básicamente en prohibir, bajo una grave pena, perpetrar la muerte de una persona. Me refiero a la existencia en la mayoría de las legislaciones occidentales de la figura del asesinato junto a la del homicidio.

El homicidio voluntario tradicional consistía en matar intencionadamente a otro. El asesinato también implicaba matar a otro, pero revelando una especial perversidad del ánimo y de la personalidad del autor, bien por los móviles, bien por la forma y los medios empleados en llevar a cabo la acción letal. Así, el asesinato ha sido concebido como crimen execrable perpetrado contra la vida de la víctima por móviles abyectos o fútiles, o a traición, o aprovechándose de la situación de indefensión en la que se encuentra el ofendido, o llevado a cabo con

frialdad de ánimo y planeamiento, o en el que se buscaba, además de la muerte del agredido, ocasionarle sufrimientos y daños innecesarios…

Ante estas formas homicidas, el legislador podía actuar de dos modos distintos.

Uno de ellos consiste en calificar el hecho como un delito de homicidio genérico, y luego aplicar, según la situación del caso concreto, una o varias causas genéricas de agravación (circunstancias agravantes). De esta forma, no habría especificación alguna, el asesinato no existiría como tal, sino que constituiría una modalidad más de las muchas existentes en relación con el delito de homicidio.

La otra posibilidad prevé una estructura básica, representada por el delito de homicidio, y una figura similar con cierta autonomía punitiva, que vendría a ser el delito de asesinato.

Esta última es la opción que han tomado la mayoría de las legislaciones occidentales. Junto a la figura genérica del homicidio intencional, se encuentra el asesinato, cuya naturaleza es idéntica a la de aquél, a diferencia de ciertas características que definen un ámbito de mayor reprochabilidad de la conducta del autor responsable de la muerte del sujeto pasivo. Así, en el caso particular de España, el asesinato consiste en privar la vida de un ciudadano, concurriendo alguna de las circunstancias que específicamente revelan ese mayor grado de culpabilidad en el hecho: alevosía; precio, recompensa o promesa; o ensañamiento. La autonomía punitiva consiste en que la sanción impuesta a esta figura es más elevada que la que correspondería al homicidio común con la correspondiente circunstancia genérica de agravación.

Y aquí es donde reside la cuestión fundamental. ¿Por qué es más grave el asesinato que el homicidio agravado? Históricamente se ha podido explicar con base en criterios propios de la culpabilidad de autor. El reo de un homicidio doloso ocasionará la muerte cara a cara, o en una riña, o en un ataque de celos, o en un arrebato, pero no es un "asesino". El que comete un asesinato, en cambio, revela su personalidad de "asesino", que refleja un instinto perverso, ruin, bajo y pérfido en la forma y en los motivos de su acción letal. Pero precisamente el moderno Derecho Penal se caracteriza por la huida de la culpabilidad de autor a favor de la culpabilidad por el acto aislado. Esto ha explicado, entre otras causas, que con el C. p. español de 1995 hayan desaparecido figuras delictivas tales como el parricidio o el infanticidio, quedando ahora los supuestos que éstos abarcaban en el ámbito del homicidio común y de las circunstancias genéricas de agravación o de atenuación.

Se puede argumentar que las tres circunstancias que definen ahora el delito de asesinato (alevosía; precio, recompensa o promesa; ensañamiento) representan características que hacen más reprochable la conducta del sujeto, pero en el *mismo hecho* de la acción de matar, y no en la entera personalidad del sujeto agente. Y esta afirmación puede ser defendida, sin duda alguna. Pero quedaría

sin explicar ese *plus* de gravedad del asesinato respecto de un hipotético homicidio agravado por las mismas circunstancias.

La existencia actual del delito de asesinato no puede explicarse ni entenderse desde el marco de los principios básicos del moderno Derecho Penal, sino desde un prisma exclusivamente político-criminal. La tradición histórica de esta figura delictiva, que se remonta a 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 en los textos punitivos de un crimen execrable regulado en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de corte occidental. También se justificaba en regímenes punitivos en los que perduraba la pena de muerte o la cadena perpetua, para establecer con una figura autónoma un "salto punitivo" que permitiese la imposición de estas sanciones. Otros argumentos apuntan a la especial *peligrosidad* del autor, que determina una reacción "más fuerte" del sistema penal (Derecho Penal de autor).

Sin duda alguna, como he señalado, éstos no son argumentos propios del actual Derecho Penal. Pero dichos razonamientos se encuentran vigentes en el marco de la comunidad con tal fuerza, que desde esa perspectiva social no se entendería la supresión del asesinato del catálogo de figuras delictivas, y así lo entendió el Parlamento español cuando aprobó el texto de 1995. Nos encontramos, pues, ante un claro ejemplo que nos muestra que la opinión pública y la opinión de los juristas se encuentran en planos que no llegan a converger completamente.

3. EL SUICIDIO Y EL DEBATE SOCIAL SOBRE LA EUTANASIA

El suicidio, que puede definirse como la muerte voluntaria, querida y deseada, de una persona con capacidad de obrar, es una conducta propiamente humana, y prácticamente desconocida en el resto de los seres vivos. Cuando una persona ha llegado a la convicción de que su existencia ya no tiene sentido, de que el sufrimiento apaga todos sus proyectos, deseos y placeres, y decide quitarse la vida, el Derecho no puede intervenir prohibiendo ese comportamiento, y menos todavía, sancionarlo. Pues si el suicida ha conseguido su objetivo, nada ni nadie puede actuar jurídicamente contra él. Y si no ha logrado su propósito, la imposición de una sanción lo único que podría conseguir es precisamente el efecto contrario de aquél que se persigue: que el sujeto vuelva a intentar acabar con su vida merced al sufrimiento añadido que derivaría de sus nuevos problemas con la administración de justicia. Ciertamente, el Derecho Penal en estos casos *quiere* proteger la vida incluso de aquél que no desea seguir viviendo, pero frente a su conducta, *no puede* intervenir, puesto que la naturaleza de las cosas no se lo permite.

Aquí nos encontramos ante dos intereses enfrentados entre sí, resolviéndose el conflicto a favor de uno de ellos. Pues, por una parte, hemos visto que el Estado tiene el deber de respetar y proteger la vida de todos los ciudadanos (también la de los suicidas), y tiene la obligación de proyectar esa necesidad de tutela de este bien jurídico a toda la sociedad. Pero, por otra parte, si el mismo sujeto ha decidido poner fin a su existencia por sí solo, su libre actuación en este sentido no engendrará ninguna responsabilidad.

Ello no quiere decir que el Estado respete de forma absoluta la decisión de la persona que desea poner fin a su destino en este mundo. Si así fuese, cuando alguien se encontrase en la azotea de un alto edificio dispuesto a lanzarse al vacío, los poderes públicos deberían permitir el acto, y sabemos que tanto la policía como los bomberos van a poner todos los medios a su alcance para evitar el fatal desenlace.

De lo expuesto hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones provisionales. La primera de ellas es que la vida, incluso la vida no deseada, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, tiene mayor valor que la libertad de decisión de su titular para acabar con ella. Si dicho ordenamiento jurídico no actúa contra el propio sujeto, es porque no puede bajo ningún concepto. Pero el Estado *no respeta* esa decisión libre. Si el poder público puede evitar que el sujeto llegue a culminar su acción letal sobre su propia persona, actuará en contra de los deseos de éste (impidiendo que se lance al vacío, provocándole un lavado de estómago, interviniendo quirúrgicamente, etc.). Es más, si las fuerzas de intervención pública no pudiesen actuar por cualquier razón, el resto de los ciudadanos presentes se encontrarían en la obligación, dentro de sus posibilidades, de socorrer al suicida para evitar esa autopuesta en peligro de la vida y de la integridad física del sujeto. De lo contrario perpetrarían el delito de omisión del deber de socorro.

Estas consideraciones explican, de igual forma, que aun cuando la conducta suicida no está incriminada respecto del propio autor, constituya delito, en cambio, la actuación de inducción, de cooperación necesaria, y por supuesto, de ejecución de la muerte de aquél llevada a cabo por otras personas. Lo cual indica, una vez más, que para el ordenamiento jurídico, la vida del suicida tenga más valor que su libertad para disponer de su propia existencia.

Pero la cuestión político-criminal más relevante no viene determinada por la consideración del ordenamiento jurídico en torno al valor que otorga a la vida del suicida y a su libertad para disponer de ella. La pregunta reside en un plano previo a la actual regulación jurídico-penal. ¿Es legítimo que el Estado quiera mantener a ultranza la vida no deseada de una persona? Y si ésta no puede privarse por sí sola de este bien, que desprecia ahora, y necesita del auxilio de otros sujetos para llevar a cabo la acción letal ¿Existe fundamento ético que justifique que el Estado impida la actuación de otras personas para auxiliar, para cooperar, para ejecutar la muerte del suicida, en la medida en que incrimina toda participación de terceros en ese acto? Dicho en palabras de CARBONELL

MATEU, "… La cuestión que ha de plantearse es la siguiente: ante la decisión libremente adoptada por un ser humano absolutamente sano desde el punto de vista psíquico, y sin presiones de ningún tipo, de poner fin a su vida, ¿es legítima la intervención del Estado castigando a todos aquellos que de manera típica intervengan en el hecho del suicidio?".

Citado autor, en un discurso impecable (con influencia de las tesis de VALLE MUÑIZ), llega a la conclusión de que el Estado no está obligado, desde un planteamiento de los valores superiores que rigen en nuestro sistema constitucional, a tipificar penalmente todo tipo de comportamiento que contribuya por parte de terceros a la muerte deseada de una persona que ha adoptado esa decisión con total libertad, con plena capacidad de obrar, y con todas las garantías. La base de su argumentación, que comparto esencialmente, se sustenta en un entendimiento de la protección constitucional del derecho a la vida, en referencia a la *vida deseada* por su titular. La dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad constituirían algunos de los valores superiores que se encontrarían en la base de la concepción de todos los derechos fundamentales, sin que el derecho a la vida constituya ninguna excepción. De ahí se derivaría que no exista ninguna obligación constitucional de proteger la vida no deseada de su titular ante la intervención de terceros, pues no se atacaría ni a la dignidad de la persona, ni tampoco al libre desarrollo de su personalidad. Por el contrario, y esto es ya una reflexión personal, si el poder público impide con la ley penal que una o varias personas auxilien a quien desea a ultranza, de forma permanente, en su sano juicio y con absoluta libertad, poner fin a su existencia, estaría atacando directamente el libre desarrollo de la personalidad del sujeto, e incluso, a su dignidad humana. Con ello, se protegería la vida de esa persona, pero no *el derecho a la vida deseada,* y se estaría condenando al suicida a que el desarrollo biológico de su cuerpo y de su existencia se transformase en su tortura y en su propia cárcel, al desconocerse su libertad y su destino espiritual.

Este fue el caso de Ramón Sampedro, persona que, tras un accidente muy grave, permaneció durante más de dos décadas con el cuerpo totalmente inmovilizado, pero con su mente absolutamente despierta y lúcida. Y Ramón Sampedro solicitó de los poderes públicos que le permitiesen, con ayuda médica, acabar con su vida, porque no deseaba continuar viviendo en esas condiciones. Ese deseo de morir fue permanente, razonado y siempre justificado, pero los tribunales, acogiéndose a los dictados del ordenamiento jurídico español, denegaron su solicitud. Al final logró acabar con su vida con la ayuda de terceras personas (sin esa ayuda hubiera sido imposible), y la exigencia de responsabilidades penales de esos intervinientes nunca pudo ser determinada. Pero lo que importa ahora resaltar es, en este caso, el fuerte conflicto de valores que se proyectó.

Por un lado, la primacía que el ordenamiento jurídico había otorgado al valor vida, sin mayores precisiones, obligaba a los poderes públicos a mantener a ultranza la existencia de Sampedro. Pero, por otro lado, esa obligación condujo a que el sujeto viviese muchos años en una auténtica pesadilla, dado que su sueño

era poner fin a su existencia. El mismo Sampedro llegó a calificar su situación como de auténtica tortura.

Sin embargo, también hay que comprender la propia ética que descansa en la actual regulación del Código penal. El Estado puede consentir que un suicida se quite la vida, si no puede evitarlo. Pero si permite que unos ciudadanos auxilien a otro a quitarse la vida, aunque sea una decisión libre y con todas las garantías, está proyectando una imagen de permisión de poner fin *activamente* a la vida de una persona por parte de terceros (el reproche sería idéntico si la conducta se perpetrase en comisión por omisión). Y con ello se corre el peligro de reflejar en la conciencia de los ciudadanos que el valor vida humana está siendo, legalmente, desprotegido. Y esta idea puede internalizarse en el subconsciente de la comunidad social, con el peligro que ello representa. Por eso el ordenamiento jurídico sigue castigando la inducción, la cooperación necesaria y la ejecución del suicidio de una persona.

Estos supuestos tan extraordinarios, encuentran, incluso con la actual regulación del ordenamiento jurídico, alguna respuesta, también excepcional, que puede conciliar esos dos intereses enfrentados (proyección a la conciencia colectiva de que se tutela el valor vida humana, respeto a la libertad de disposición sobre la propia existencia de su titular).

Tomando como ejemplo el caso Sampedro, se puede articular como solución el entendimiento de que los autores de la muerte a petición de aquél, perpetraron una acción típica y antijurídica de eutanasia (entendiendo que su enfermedad le producía graves padecimientos difíciles de soportar, derivados de esa casi absoluta inmovilidad). Afirmar la existencia del injusto típico de eutanasia, significa que la acción está prohibida, y que, por tanto, el ordenamiento jurídico sigue tutelando el bien jurídico derecho a la vida. Ahora bien, el estado en que se halla el sujeto, que de forma legítima, desea una muerte digna, pues considera que su permanencia en este mundo es una auténtica tortura, puede que coloque a su círculo más cercano de amigos y familiares en una situación de absoluta comprensión con la actitud del suicida. El auxilio, o la ejecución de la muerte en estas circunstancias, puede considerarse amparada bajo una causa de inexigibilidad de un comportamiento distinto, a través del estado de necesidad exculpante (el derecho a una muerte digna en estas circunstancias adquiriría el mismo valor que la vida no deseada, tal y como ocurre en la eutanasia activa indirecta y en la eutanasia pasiva, supuestos que examinaremos líneas abajo). Se podría así evitar que en estas circunstancias tan especiales, los sujetos fuesen sancionados penalmente.

La segunda forma de resolver el conflicto en estos casos extraordinarios, la ha establecido directamente el mismo legislador. El juez, para el delito de eutanasia, puede imponer la pena inferior en uno o dos grados a la propia de las figuras delictivas de la cooperación al suicidio o del homicidio-suicidio. Si llega a establecer el mínimo, en ambos casos, se puede alcanzar una cuantía de la pena que no supere los dos años de prisión, lo cual determinaría la posibilidad

de aplicar la suspensión de la condena. Si así sucediese, a través de la declaración de culpabilidad de los sujetos, el Estado volvería a proyectar esa imagen de protección del bien jurídico vida. Pero, al igual que en el caso anterior, atendiendo a las circunstancias tan extraordinarias, los sujetos no llegarían a cumplir condena.

Ciertamente, el legislador ha tomado en consideración que las conductas de cooperación y ejecución de la muerte por parte de terceros se realizan con el consentimiento del sujeto pasivo. Pues las penas, aun siendo graves, distan bastante de las que acompañan al homicidio simple. Pero una de las novedades más relevantes que aparecen con el C. p. de 1995, es precisamente en el marco de la eutanasia, que ahora se regula expresamente, mientras que en el texto anterior no existía ninguna redacción específica.

En realidad, tal y como se encuentra regulada la eutanasia en el C. p. español en el art. 143. 4 (como causación o cooperación activa con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, siempre que la víctima sufriera una enfermedad grave que habría de conducirle necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar), ésta también es contemplada como cooperación o ejecución de la muerte de un suicida, con unos motivos claramente determinados: enfermedad mortal incurable o enfermedad que produce graves padecimientos permanentes difíciles de soportar. Aquí el legislador rebaja notablemente la pena (uno o dos grados respecto de las modalidades de cooperación necesaria o de ejecución de la muerte del suicida) porque tiene presente que la muerte se realiza a petición de la víctima, por el gran sufrimiento que ésta padece. Es decir, que el legislador también considera el derecho a la muerte digna, aunque con menor relevancia que el derecho a la vida entendido éste en términos "fuertes".

Esta consideración en cierta medida a la dignidad humana del paciente, se refleja en el hecho de que el propio Código penal haya descartado dos tipos de eutanasia. La denominada eutanasia activa indirecta, que consiste en que el tratamiento médico que persigue aliviar los dolores y el sufrimiento del enfermo, lleva implícito el acortamiento de la vida de éste (sobre todo cuando se emplean analgésicos muy potentes). Y la eutanasia pasiva, en la que la vida del paciente se está manteniendo (artificialmente en muchos casos) a través de determinados tratamientos, y se pone fin a los mismos, conduciendo ello inexorablemente a la muerte de la persona. También se habla de eutanasia pasiva cuando ni siquiera se llegan a tomar medidas para prolongar la vida del sujeto.

Como he señalado, en estos dos casos, sobre todo si hay una aceptación expresa del enfermo (acepta las consecuencias del acortamiento de su existencia que provoca la ingestión de determinados analgésicos que palían los padecimientos de su enfermedad, desea morir sin que se le someta a ningún tratamiento), entiende la doctrina que no hay delito de eutanasia en el ordenamiento jurídico español en relación con la conducta del médico responsable del paciente. Y aquí

sí, el legislador ha considerado que el derecho a la vida (no deseada) cede ante la dignidad y la libertad de disposición sobre la propia existencia del concreto sujeto. Es decir, el derecho a una muerte digna, reflejo de un notable aspecto de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad del enfermo, prima sobre cualquier otro.

Hay que significar que, fuera de los casos que acabo de señalar, en nuestro país los supuestos de eutanasia requieren siempre el consentimiento del sujeto pasivo, que debe ser serio, expreso e inequívoco. Esto implica que si no existe ese consentimiento del enfermo, aun cuando alguien perpetre su muerte para evitarle un sufrimiento insoportable, nos encontraremos ante un crimen de homicidio doloso (creo que bajo estas circunstancias, difícilmente se puede castigar el hecho como asesinato). En consecuencia, tampoco pueden admitirse en nuestro derecho los testamentos vitales, en los que el sujeto establece ciertas condiciones para poder gozar de una muerte digna en el caso de que, llegado el momento crítico de una determinada enfermedad o accidente, no pudiese emitir su voluntad. Pues la muerte ha de perpetrarse tras la petición actual y expresa del sujeto, sin tomar en consideración la conformidad otorgada en tiempos muy alejados de su perpetración.

4. LEGALIDAD E ILEGALIDAD DEL ABORTO CONSENTIDO POR LA MUJER EMBARAZADA

Hubo una época, a mediados de los años ochenta del Siglo XX, en la que uno de los problemas político-criminales más relevantes en la sociedad española giraba en torno a la despenalización del aborto consentido por la mujer embarazada. En aquellos años era muy difícil mantener, en cualquier foro, un debate pausado y sereno sobre esta temática. Se trataba de una cuestión en la que era imposible desligar los aspectos jurídicos de los políticos, éticos o religiosos. Era, pues, un tema en el que, lejos de existir un consenso social sobre los aspectos comunes de su tratamiento, existía una auténtica fisura social sobre la que aparecía el fantasma de la imagen, ya entonces superada, de las "Dos Españas".

Y en efecto, desde el punto de vista político-criminal, el aspecto más relevante en materia de aborto es el que se centra en la interrupción del proceso de gestación de la mujer embarazada llevada a cabo por su propia voluntad. Aquí se cruzan intereses, valores, pensamientos e ideas de muy distinta índole. Se ha dicho, aunque pienso que este factor no es el más relevante, que existe un interés demográfico del Estado en la regulación de la natalidad, y que ello afecta a los supuestos de aborto que legalmente se consideran fuera de la incriminación. Se ha dicho que existe un valor "vida humana" que es protegido, cualquiera que sea su estadio de desarrollo, por Dios, por la ley natural o por la propia naturaleza de las cosas que subyace en la misma estructura de la sociedad. Se ha dicho

que la mujer tiene derecho a disponer libremente de su cuerpo y que sólo a ella le incumbe dar a luz o destruir el producto de la concepción…

Con posterioridad, tras la implantación del sistema de indicaciones en los supuestos de despenalización del delito de aborto, la situación del debate en España quedó bastante calmada, dado que existió cierto consenso (bastante generalizado en las fuerzas políticas parlamentarias) en mantener dicho sistema de indicaciones que examinaremos líneas abajo. El debate se reabrió de nuevo en el año 2010, con el cambio de sistema de indicaciones a uno de plazo (que incluye también las indicaciones) operado por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Pero es necesario conocer los diversos planteamientos legales que se han propuesto para resolver este conflicto de intereses o de bienes jurídicos.

Antes de examinar estos planteamientos, que se estructuran a través de sistemas legales de despenalización, habría que hacer algunas precisiones al respecto.

Cuando hablamos de aborto, nos referimos a un comportamiento humano que causa la interrupción fisiológica del proceso natural de gestación de la mujer embarazada, produciendo la muerte o la destrucción del feto o producto de la concepción. El objeto material del aborto suele denominarse indistintamente por parte de la doctrina "feto", "*nasciturus*" o "producto de la concepción". Y en cuanto al desarrollo biológico del *nasciturus* que se produce a lo largo del proceso de gestación, y que se constituye en el bien jurídico protegido por el Derecho, los autores muestran distintas preferencias lingüísticas, como "esperanza de vida", "vida humana en formación", "vida humana dependiente", "vida prenatal", etc. Todos estos términos serán utilizados aquí indistintamente, por una cuestión de estilo, y sin que el recurso a uno u otro implique una diferencia semántica o valorativa.

Un razonable tratamiento de la cuestión, tanto desde la perspectiva jurídica, como político-criminal, tiene que reconocer que, en todo aborto consentido por la mujer embarazada, existe siempre un *conflicto.* Ese conflicto sitúa los valores y los intereses en dos polos opuestos. Por un lado existe la vida humana en formación que constituye siempre un bien jurídico protegido relevante para la coexistencia humana. Y, por otro lado, existen ciertos derechos de la mujer que no desea la continuación de su embarazo: el libre desarrollo de su personalidad, la libertad que aquélla posee para disponer sobre su propio cuerpo o incluso su dignidad humana. Estos valores e intereses, repito, siempre se hayan en conflicto cuando se produce la interrupción voluntaria del proceso de gestación de la embarazada. No reconocer la existencia de dicho conflicto, supone desconocer la misma esencia de la naturaleza humana, y por esta razón, se van a rechazar de plano aquellas posiciones que sólo contemplan la tutela de uno de esos bienes jurídicos en litigio.

Así, la posición de algún sector más radical del movimiento feminista, solo concibe como objeto de protección los intereses de la mujer embarazada. La li-

bertad de disposición sobre su propio cuerpo implicaría que el embrión producto de la concepción fuese considerado como un elemento biológico más de su aparato reproductor, de tal forma que la mujer embarazada, y sólo ella, tendría derecho a continuar o interrumpir voluntariamente su embarazo. Se postula de esta forma por un derecho al aborto libre.

Esta concepción tiene que ser rechazada. Desde un punto de vista exclusivamente biológico, el embrión muestra una absoluta dependencia de la mujer embarazada. Pero desde la perspectiva valorativa (sea jurídica, moral, ética, religiosa o de cualquier otra índole), la vida prenatal adquiere, como bien considerado digno de protección por la comunidad social, cierta autonomía respecto de los intereses de la mujer embarazada. En la medida en que se desconoce una parte de esos valores con los que se trata de establecer el juicio de ponderación, este planteamiento no puede ser tomado en consideración.

Una segunda postura que no admite el conflicto entre ambos bienes jurídicos (vida humana dependiente, derechos de la mujer embarazada), y pone el acento únicamente en uno de los polos, es la posición que defiende oficialmente la Iglesia Católica. En consonancia con su credo religioso, la vida en formación tiene el mismo valor que la vida postnatal, y ningún alegato a favor del libre desarrollo de la personalidad de la mujer puede justificar la destrucción del feto. La vida del *nasciturus,* por tanto, depende exclusivamente de la voluntad de Dios, y no de la conformidad o disconformidad de la mujer embarazada.

Evidentemente, este planteamiento tampoco puede ser aceptado desde el prisma jurídico o político-criminal. Pues de nuevo se toma en consideración exclusivamente uno de los intereses en juego (la vida prenatal), desconociéndose que existen también otros valores en relación con la mujer embarazada que deben ser considerados, en alguna medida, por el Derecho.

No hay que olvidar, por tanto, que la temática del aborto consentido representa precisamente un relevante problema social porque genera un conflicto en las sociedades occidentales. En otras culturas, existe un gran consenso sobre su punición, y ni siquiera es objeto de debate (así, en la mayoría de los países latinoamericanos).

Un primer modelo que reconoce el conflicto, aunque le otorga mucha mayor importancia al valor vida humana en formación, ha sido el denominado sistema común de penalización. Este esquema punitivo imperó en el Código penal español de 1973 hasta la reforma de 1985, reforma que introdujo el sistema de indicaciones, que estuvo vigente hasta el año 2010.

El conflicto se reconoce en la medida en que el aborto provocado con el consentimiento de la mujer se castiga más levemente que el delito de homicidio, y por supuesto, que el practicado en contra o sin la voluntad de la embarazada. Ello significaría que se protege la vida prenatal, pero que, en menor medida, también se tutelan algunos derechos de la mujer al otorgarle relevancia a su consentimiento, que tiene cierta virtualidad en la medida en que provoca cierta rebaja de la sanción penal. Evidentemente, esta relevancia del consentimiento

de la mujer es mínima, pues su conducta va a estar castigada en todo caso como si se tratara de cualquier otro delito. No habría, por tanto, excepción alguna ni supuestos específicos de despenalización, salvo las eximentes de la responsabilidad criminal que serían aplicables a cualquier otro hecho delictivo.

Este sistema presentó en España muchos problemas. Apenas se reconocía derecho alguno a la mujer, ni siquiera en supuestos excepcionales que quedaban fuera de las clásicas causas de justificación o exculpación. Y en la medida en que ninguna interrupción voluntaria del embarazo se podía llevar a cabo legalmente (salvo estado de necesidad), las mujeres acudían a clínicas o métodos clandestinos que ponían en muchas ocasiones en riesgo su vida y su integridad física, sin que la ley penal lograra prevenir eficazmente y evitar estas intervenciones peligrosas. Se criticaba, de igual forma, la inevitable existencia de un *turismo abortivo.* Es decir, aquellas mujeres que no deseaban tener el hijo cuyo embrión ya había sido fecundado, podían impedir la aplicación de la ley penal española yendo a otro país en el que estuviese permitido el aborto voluntario (así, eran frecuentes los viajes a Londres para someterse a la correspondiente intervención quirúrgica). Esto provocaba una situación de desigualdad muy evidente. Aquellas personas que gozaban de recursos económicos suficientes para pagar los costes del viaje y de la intervención, y que accedían a la correspondiente información, evitaban la sanción penal legalmente (aunque el Tribunal Supremo español en alguna ocasión quiso aplicarles la ley penal española, el Tribunal Constitucional, con buen criterio, siguió entendiendo que ello no era posible, y dejó sin efecto las resoluciones ilegales e inconstitucionales de aquél). En cambio, aquellas otras que carecían de esa información o de esos recursos económicos, se sometían al aborto en clandestinidad, con todos los serios y graves riesgos que ello acarreaba, además de correr el peligro de someterse, si eran descubiertas, al proceso y a la consecuente condena penal.

Todos estos inconvenientes político-criminales dieron lugar a ese debate social y político tan encrespado que tuvo lugar hasta la primera mitad de los años ochenta del siglo pasado. Después de la declaración de inconstitucionalidad de un proyecto de ley de despenalización del aborto, se aprobó en España en 1985, por otra ley de reforma del Código penal de 1973, que estuvo vigente en esta materia hasta la entrada en vigor de la L. O. 2/2010, el denominado sistema de indicaciones, que seguidamente se explica.

Como respuesta al conflicto que conlleva la interrupción voluntaria del embarazo, el sistema de indicaciones parte, en teoría, pero no en la práctica, de una regla general y de algunas excepciones. La regla general es que se castiga el aborto consentido por la mujer como cualquier otro hecho punible. La excepción viene marcada por determinadas situaciones, que caen fuera de las causas comunes de justificación y de exculpación (salvo la primera de ellas), y que son denominadas "indicaciones". En estas situaciones, el aborto voluntario de la mujer embarazada, no es punible. En el ordenamiento jurídico español se requiere, para que estas causas específicas determinen la despenalización general, que la

intervención quirúrgica se realice por un médico especializado en obstetricia o ginecología, bien por sí mismo, bien bajo su dirección; que dicha intervención se realice en un centro o establecimiento sanitario público o privado acreditado; y que, finalmente, claro está, exista el consentimiento expreso de la embarazada. Cuatro son las indicaciones que suelen venir recogidas en este sistema, si bien en España sólo se aceptaban tres.

Indicación *terapéutica*. Es lícito el aborto provocado para evitar un grave peligro para la vida o para la salud física o psíquica de la embarazada. Con la idea de establecer mayores garantías, se exige un dictamen favorable de otro facultativo distinto al que lleva a cabo, o dirige, la correspondiente operación, sin que se establezca, como es lógico, ningún plazo al respecto. También es evidente que en caso de urgencia se prescinda de este dictamen y del propio consentimiento de la embarazada.

Indicación *ética*, aunque considero que es mucho más acertada la denominación germánica, indicación *criminológica*. Aquí es lícito el aborto cuando el embarazo ha sido consecuencia de un hecho constitutivo de un delito contra la libertad sexual de la mujer. Como requisitos generales se establecen la denuncia del ataque a la víctima y que la intervención se realice dentro de las doce primeras semanas de gestación.

Indicación *eugenésica,* denominación que considero absolutamente desacertada, y que tiene que ser sustituida por esta otra de *embriopatológica.* No está prohibida la interrupción del proceso de gestación consentida por la embarazada cuando se presuma que el feto ha de nacer con graves taras físicas o psíquicas. Se requiere, además, la emisión de dos informes favorables de especialistas distintos al que practique el aborto, y que el mismo se lleve a cabo dentro de las primeras veintidós semanas de gestación.

Indicación *socioeconómica*. No se contempló en el ordenamiento jurídico español. Aquí es lícito llevar a cabo la interrupción del proceso de gestación cuando la mujer y su entorno familiar se hallen en una situación económica que pueda agravarse notablemente con la llegada de otro miembro, o cuando la prole sea ya muy numerosa, pudiéndose agudizar los problemas familiares con un nuevo hijo. Hubieron intentos de incluir esta indicación en nuestro ordenamiento jurídico, pero nunca se materializaron en una nueva reforma. No obstante, más adelante, se podrá comprobar que en la práctica se encontró una "puerta falsa" por la que "ingresaban" éste y otros supuestos.

Cabe decir que estas indicaciones o casos de despenalización eran considerados como causas de justificación (especialmente la indicación terapéutica) o como causas de inexigibilidad, que determinarían la comprensión social de la conducta de la mujer que desea abortar bajo esas condiciones, pues exigirle en estos supuestos, en contra de su voluntad, que dé a luz al producto de la concepción, supondría desconocer la naturaleza humana: Cualquier mujer, en esas circunstancias, habría deseado abortar, y de ahí que el ordenamiento jurídico no

le pueda requerir un comportamiento distinto al que ella llevó a cabo, pues las reglas de Derecho no pueden imponer a sus ciudadanos conductas heroicas.

Como he señalado, la inclusión de este sistema en el ordenamiento jurídico español produjo, en su momento, una situación de crispación social y política entre los partidarios y los detractores del mismo. Tras unos primeros años de turbulencias sociales y políticas durante los años ochenta, y hasta la reforma de 2010, sin embargo, hubo una aceptación casi generalizada de esta forma de solución legal ante el conflicto del aborto, sobre todo por parte de las fuerzas políticas parlamentarias. Los partidos de izquierda hicieron tímidos intentos de introducir la indicación socioeconómica o incluso de instaurar el sistema de plazo. Pero la derecha democrática ya había finalmente aceptado el sistema de indicaciones (el cual combatió con fuerza cuando se introdujo en el Código penal de 1973, en su reforma de 1985), y se llegó a un consenso para dejar las cosas como estaban, y de hecho el art. 417 bis del texto punitivo anterior (que regulaba el sistema de indicaciones) siguió estando vigente tras la aprobación del Código penal de 1995 y hasta la entrada en vigor de la reforma de 2010.

El sistema de plazo también representa un modelo que pretende tratar de una forma racional el conflicto del aborto consentido por la mujer embarazada. En esta opción político-criminal, se reconoce el conflicto existente entre la vida humana en formación y ciertos derechos y libertades de la mujer. Se parte del planteamiento según el cual, la vida humana es un proceso biológico y existencial que evoluciona constantemente, y que va adquiriendo un mayor valor social, y, por tanto, una mayor tutela jurídica, según la etapa de desarrollo que se tome en consideración. De esta forma, el nacimiento es un momento clave en la variación de la protección penal. El *nasciturus* pasa a ser un recién nacido, y su muerte determina el cambio de calificación de aborto a homicidio. También desde la perspectiva de la vida prenatal, hay momentos que valorativamente tienen una distinta relevancia y significación. El embrión fecundado, pero sin que se haya producido todavía la anidación, no encarnaría todavía supuesto alguno de vida humana en formación con necesidad de tutela penal. Y desde este momento, hasta las doce primeras semanas de gestación, la esperanza de vida que se halla en el *nasciturus,* constituiría un valor digno de protección por el ordenamiento jurídico. Pero, en caso del conflicto representado por el embarazo no deseado por la mujer, dicha vida prenatal cedería ante los derechos de ésta (libertad de disposición sobre su propio cuerpo, libre desarrollo de su personalidad, intimidad, etc.) hasta el tercer mes de embarazo. A partir de esos tres meses, sin embargo, ya estamos ante otro estadio valorativo, y aquí la vida humana en formación adquiere mayor relevancia, de tal forma que en la ponderación de bienes jurídicos que representa el aborto consentido por la mujer, la libertad y el resto de derechos de ésta, ceden. En consecuencia, el sistema de plazo postula en favor de la despenalización de la interrupción voluntaria del proceso de gestación hasta las doce primeras semanas, y mantiene su calificación delictiva cuando dicha intervención se realiza con posterioridad a ese plazo.

En el ordenamiento jurídico español, que ahora se rige por este sistema, el plazo es de catorce semanas.

¿Y por qué el límite de la relevancia penal del comportamiento abortivo se establece en las doce o catorce primeras semanas del embarazo de la mujer? Aquí se ha recurrido a diversos argumentos.

Se ha expresado que el tercer mes de gestación es el que delimita el estado embrionario, del estado fetal propiamente dicho. Se ha señalado que a partir de este momento es cuando el *nasciturus* ya adquiere una forma humana. También se ha manifestado que los primeros impulsos cerebrales aparecen en este periodo, pues a partir de la duodécima semana de gestación, es cuando se estructura el sistema nervioso central. Incluso se ha llegado a afirmar que al tercer mes de embarazo, la comunidad social percibe, porque es visible, que un futuro miembro está gestándose, ya que la mujer ha observado ciertos cambios morfológicos que representan esa imagen de traer un nuevo ser a este mundo.

La gran ventaja del sistema de plazo (catorce semanas en España) reside, fundamentalmente, en que durante este periodo, la mujer tiene tiempo suficiente para reflexionar en relación con las ventajas y con los inconvenientes que supone traer al mundo a un nuevo ser, o someterse a la intervención abortiva. Los riesgos de dicha intervención son mínimos en la medida en que ésta puede planificarse con tiempo. Y se respetaría así la libertad de decisión de la embarazada de forma más que satisfactoria.

La objeción más grave a este sistema se encuentra en su posible inconstitucionalidad. La desprotección absoluta del *nasciturus* durante las primeras catorce semanas por parte del ordenamiento jurídico, se dice, no responde a ese mandato constitucional del art. 15 que señala que todos tienen derecho a la vida. Ante esta objeción, se ha afirmado que la vida en formación no es un bien jurídico que se pueda extraer de ese art. 15, aunque tenga cierto reflejo en el mismo. Incluso aunque así fuera, se dice, ni siquiera el derecho a la vida es un derecho fundamental ilimitado, y todavía más en el caso de la vida humana en formación. Desde otra óptica, se ha afirmado que éste no es un bien jurídico individual, sino de naturaleza colectiva o social, que procedería de la dignidad humana entendida como la que le correspondería a la propia comunidad portadora del valor vida en formación en cuanto espera la llegada de un nuevo miembro. Desde esta perspectiva, se justificaría la existencia de una colisión de bienes jurídicos (dignidad humana concebida desde el prisma social, derechos de la mujer), y se entiende legitimado que el valor vida humana en formación pudiera ceder, antes del tercer mes de gestación, ante la libertad de la mujer.

De todo lo expuesto se deduce que en un sistema occidental, el mejor tratamiento al conflicto que supone el aborto consentido viene representado, bien por el modelo de indicaciones, bien por este otro de plazo. Este último es el que mejor respeta ciertos derechos fundamentales de la mujer. Pero plantea serios problemas de constitucionalidad y ahora que se ha impuesto en nuestro país, se han vuelto a originar tensiones sociales, pues hay sectores sociales que entien-

den que la vida queda desprotegida por el ordenamiento jurídico. El sistema de indicaciones parece mucho más restrictivo, y especialmente en el ordenamiento jurídico español, pues aquí no se incluyó la indicación que amparaba más casos en la realidad, la denominada indicación socioeconómica.

Sin embargo, en la práctica, el sistema español fue de los más abiertos del mundo. Por eso no hubo serias propuestas de reforma de la ley de despenalización del aborto en favor de un sistema de plazo, hasta épocas muy recientes, pues no fue necesario. Ciertos lamentables acontecimientos de investigaciones que no respetaron la intimidad de mujeres que abortaron legalmente, llevaron al Gobierno Socialista a proponer una reforma de la ley de despenalización del aborto que no estaba incluida en su programa electoral.

La puerta que se encontró para que muchas de las mujeres que no deseaban culminar su embarazo, pudieran abortar, fue a través de la primera indicación, la terapéutica, que, recordemos, despenalizaba el aborto cuando éste era necesario para evitar un peligro grave para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada. Precisamente, la referencia legal al "grave peligro para la salud psíquica de la embarazada", determinó que la inmensa mayoría de los abortos legales que se provocaban en nuestro país, se acogiesen a esta indicación. Y ocurría que si a una gestante se le obligaba a dar a luz a un hijo no deseado bajo ningún concepto, que duda cabe que ello podía causarle problemas psíquicos serios…

De esta forma, unos y otros se mostraban satisfechos. Los que pretendían un modelo restrictivo, podían aducir que el sistema de indicaciones español ni siquiera contaba con la excepción socioeconómica. Y aquéllos que eran partidarios de un modelo cercano al aborto libre, percibían que toda mujer bien informada que no deseaba en ningún caso el nacimiento del producto de la concepción, encontraba una habilitación legal en el peligro que dicho nacimiento no deseado representaría para su salud psíquica.

Esta situación, que puede calificarse de hipócrita, ha sido superada por la reforma de la L. O. 2/2010, de 3 de marzo, que establece el sistema de plazo, permitiendo la interrupción libre del embarazo dentro de las catorce primeras semanas. Incluye la indicación terapéutica y embriopatológica, que permiten la intervención abortiva hasta la vigésimo segunda semana de gestación. A partir de aquí, ya no es posible la interrupción legal del proceso de gestación, salvo dos situaciónes excepcionales: cuando el feto adolezca de graves anomalías incompatibles con la vida o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable.

Se ha alcanzado una mayor seguridad jurídica para la mujer embarazada que no desea dar a luz al producto de la concepción, y de esta forma se evitan sucesos tan lamentables como los que acontecieron contra dos clínicas legalmente acreditadas y contra las mujeres que, también legalmente, habían abortado en ellas, lo cual constituyó un factor determinante de la reforma legal (al respecto, CUERDA ARNAU). Ello no significa que la nueva ley no este libre de problemas

y críticas. La desprotección a la que queda sometido el feto durante esas primeras semanas dio lugar a que el grupo parlamentario de la oposición al gobierno socialista interpusiese recurso de inconstitucionalidad contra dicha ley. Otras cuestiones, como la relevancia del consentimiento de las mujeres menores de edad y mayores de dieciséis años, también han suscitado más de una polémica.

Bibliografía

AA. VV.: *Problemas de la eutanasia.* Madrid, 1999. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Aborto y estado de necesidad motivado por una grave situación económica y social.* Revista General de Derecho (1991). CARBONELL MATEU, J. C.: *Constitución, suicidio y eutanasia.* Cuadernos Jurídicos, núm. 10 (1993). CARBONELL MATEU, J. C.: *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida, dos cuestiones: aborto y suicidio.* Cuadernos de Política Criminal, núm. 45 (1992). CARPIZO, Jorge/VALADÉS, Diego.: *Derechos humanos, aborto y eutanasia*. Madrid, 2010. CORCOY BIDASOLO, M./GALLEGO SOLER, J. I.: *Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (eutanasia)* en GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.)/MIR PUIG, S. (Dir.)/CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Política criminal y reforma penal.* Barcelona, 2007. CUERDA ARNAU, M. L.: *Tratamiento jurídico-penal del aborto consentido. Propuestas de reforma.* Revista Penal, núm. 25 (2010). CUERDA ARNAU, M. L.: *Aborto y estado de necesidad.* Poder Judicial (1991). DEL ROSAL BLASCO, B.: *El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España,* en Estudios Jurídicos en Memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen I. Valencia, 1998. GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Los delitos de homicidio y de asesinato en el código penal español*. Valencia, 2007. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida.* Publicaciones del Grupo de Estudios de Política Criminal (Documentos, 2), 1993. JUANATEY DORADO, C.: *Derecho, suicidio y eutanasia.* Madrid, 1994. LAURENZO COPELLO, P.: *El aborto no punible.* Madrid, 1991. MENDES DE CARVALHO, G.: *Suicidio, eutanasia y derecho penal: estudio del art. 143 del Código Penal Español y propuesta del "lege ferenda"*. Granada, 2009. MORALES PRATS, F.: *Las formas agravadas de homicidio. Problemas de fundamentación material y problemas técnico-jurídicos.* Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997. REY MARTÍNEZ, F.: *Eutanasia y derechos fundamentales*. Madrid, 2008. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte* en Comentarios a la legislación penal. Dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., y Coordinados por BAJO FERNÁNDEZ, M. Tomo I. Derecho Penal y Constitución. Madrid, 1982. ROXIN, C./MANTOVANI, F./BARQUÍN SANZ, J/OLMEDO CARDENETE, M.: *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de Política Criminal.* Granada, 2001. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Madrid, 1999. URRACA MARTÍNEZ, S.: *Eutanasia, hoy. Un debate abierto.* Madrid, 1996. VIVES ANTÓN, T. S.: *Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido.* La libertad como pretexto. Valencia, 1995.

Lección 6ª

Tutela penal de la libertad

1. La libertad como objeto de protección penal.
2. Libertad de movimientos: Detención y secuestro.

Que duda cabe que el Derecho Penal constituye el sector del ordenamiento jurídico que incide de forma más intensa en la libertad de los ciudadanos. Pues, por una parte, las medidas de intervención que emplea el sistema penal frente al ciudadano sospechoso, detenido, procesado, acusado o condenado en relación con la perpetración de un delito, siempre van a suponer, directa o indirectamente, cierta afectación a su libertad o capacidad de obrar (sometimiento a interrogatorios, retención en comisaría, incomunicación, prisión provisional o privación de libertad procedente de forma inmediata de la condena). Pero, por otra parte, el ordenamiento punitivo va a tutelar la libertad de los ciudadanos frente a los ataques que procedan de otros ciudadanos o del propio Estado. Se castigan así las limitaciones de la libertad ambulatoria a través de los delitos de detenciones ilegales. Los menoscabos a la capacidad de obrar se castigan a través de los delitos de coacciones o incluso amenazas.

En la presente lección vamos a analizar algunos problemas relacionados con la criminalidad que directamente afecta a alguna manifestación de la libertad humana. Se ha considerado que existe un sector de esta clase de delincuencia que presenta una interesante problemática político-criminal.

Y, en efecto, la privación de la libertad ambulatoria de los ciudadanos suele constituir un mecanismo para lograr de forma ilegítima objetivos políticos. Así ocurre cuando el propio Estado abusa de su poder de injerencia en la investigación criminal y somete a los administrados, en sistemas autoritarios, a ilícitos encierros o detenciones, seguidas en muchos casos de desapariciones, como estrategia para acabar con los opositores políticos. También en los sistemas democráticos se utiliza el secuestro como vía para alcanzar determinadas prioridades ideológicas. Es el caso de las privaciones de libertad sometidas a condición que perpetran las organizaciones terroristas para conseguir unos fines muy concretos (liberar a presos integrantes de su propia estructura organizativa, por ejemplo) o para ingresar el dinero necesario a fin de mantener la base financiera de la banda o asociación terrorista.

Pero incluso tras los atentados del 11 de septiembre de 2011, la detención ilegal de personas ha sido utilizada por países democráticos como estrategia de lucha contra el terrorismo (los famosos vuelos de la CIA, con la colaboración de algunos Estados occidentales de Europa).

Pero antes de ese examen concreto de este campo de análisis político-criminal, se va a realizar una breve introducción sobre el concepto de libertad que interesa al Derecho Penal.

1. LA LIBERTAD COMO OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL

Tradicionalmente, el Derecho Penal liberal ha protegido bienes de naturaleza individual que, de forma directa o indirecta, tutelaban la libertad personal. Con la sucesiva transformación del Estado liberal al Estado social, el ordenamiento punitivo ha ido ampliando el marco de protección de los intereses relevantes para el mantenimiento de la convivencia social, incluyendo los de naturaleza colectiva (medio ambiente, orden socioeconómico, etc.).

Aquí nos interesa examinar la protección que realiza el ordenamiento punitivo de la libertad individual, como objeto directo de la tutela jurídica. Y a este respecto nos encontramos con el problema conceptual: ¿Qué se entiende por libertad individual? Evidentemente, la respuesta a la pregunta formulada no la puede ofrecer el penalista, pues la Filosofía se ha planteado la cuestión de la libertad humana hace más de dos mil años, y todavía no ha encontrado una solución que convenza a todos. Para encauzar correctamente este problema, hay que partir de un presupuesto metodológico mucho más humilde, pero a su vez, mucho más real. Y a este respecto la cuestión debe ubicarse en torno a la problemática de aquellos aspectos de la libertad humana que interesan al Derecho Penal.

En la doctrina española es aceptado el postulado que afirma la necesidad de partir de un concepto autónomo de libertad en el ámbito jurídico-penal, independiente de disquisiciones filosóficas sobre "el libre albedrío", que complicarían demasiado el manejo dogmático del término. En lo que al Derecho Penal se refiere, éste no puede, ni debe, entrar en cuestiones tan trascendentales como la libertad humana, en abstracto, con todas sus consecuencias. Esta tarea, como he señalado, queda relegada a la Filosofía, que no en balde ha dedicado más de veinte siglos al problema de la libertad humana.

También debe señalarse que la expresión *libertad personal* que ahora se utiliza no se refiere a una libertad-límite, no es una libertad política en el sentido de expresar un ámbito de actuación del ciudadano garantizado frente a la injerencia del poder estatal. Sin embargo, dichas libertades negativas que se ejercen frente al Estado, también van a ser aquí tomadas en consideración, pero más adelante. En el sentido que ahora nos interesa, la expresión libertad viene calificada frente al criterio anterior, como libertad genérica o libertad natural, entendida como capacidad de autodeterminación de la conducta o capacidad de obrar.

Más aún, la doctrina española, siguiendo fundamentalmente a BINDING, ha entendido que existe una relación indisoluble entre libertad y voluntad, de tal forma que delitos contra la libertad son delitos contra la voluntad. Así, la libertad del individuo será lesionada en tanto lo sea su voluntad, y según la opinión dominante, el menoscabo del querer se lleva a cabo, principalmente, a través de dos formas.

Por una parte, se limita la "libertad de resolución de la voluntad" por medio del menoscabo de la formación de la voluntad, esto es, el ataque despliega sus efectos en la fase interna. Por otra parte, esa libertad será lesionada en el momento externo, esto es, en tanto se impida la acción de la voluntad, una vez que ésta ya se ha formado. En esta misma línea, se afirma que, mientras la libertad de actuación de la voluntad es contemplada como libertad en sentido estricto, similar a la libertad de obrar o de movimientos; se califica como libertad en sentido amplio la libertad de la resolución de la voluntad, mantenga ésta o no, relación con la actuación de la voluntad.

De esta forma, se lleva a cabo una clasificación de los delitos contra la libertad atendiendo al modo en que afecta al querer de la víctima. El delito de amenazas impide al sujeto que forme propiamente el acto voluntario conforme a motivos propios, siendo, por tanto, un hecho punible contra la formación de la voluntad. El delito de detenciones ilegales, o este otro de coacciones, no menoscaba la formación de la voluntad, sino la resolución del acto voluntario ya conformado. Son hechos punibles que atentan contra la actuación de la voluntad ya formada y reflejada internamente en una toma de decisión.

Pero al Derecho Penal también le interesa, como he señalado líneas atrás, defender la libertad de los ciudadanos frente a los abusos del poder público. Se trata en tales casos de la denominada libertad negativa, libertad-límite o derechos de defensa del individuo frente al mismo Estado. Cabe ahora señalar, pues, que los textos punitivos toman en consideración como delictivas las conductas de los funcionarios que, con abuso de su cargo, atentan contra la libertad de movimientos, contra la intimidad, contra la dignidad de los ciudadanos…

Nos encontramos, por tanto, ante la libertad que se constituye en un derecho subjetivo público de defensa que se dirige fundamentalmente contra el Estado que abusa de su poder.

Como tal derecho de defensa o negativo, la libertad política pone el acento en la necesidad de que el poder público se abstenga de actuar ilegalmente en el ámbito de la autonomía del ciudadano contra la voluntad de éste. La libertad política así entendida, no significa necesariamente que los derechos del individuo no puedan ser nunca lesionados. Por el contrario, se afirma que, en principio, el poder estatal tiene vedado inmiscuirse en su esfera personal contra su voluntad y que las excepciones sólo están permitidas cuando se fundamentan en una facultad o permiso jurídico-constitucional. Desde esta perspectiva, la libertad política implica una intervención negativa del Estado en relación con la voluntad contraria del administrado que se opone a la injerencia de aquél. Es un con-

cepto que se basa en un no hacer, en una omisión que fundamenta un estatuto del ciudadano que se presenta como barrera frente a los órganos estatales. Ello no significa que del reconocimiento de estos derechos de defensa del ciudadano no puedan deducirse efectos frente a terceros. Simplemente acentuamos que el derecho se presenta básicamente como garantía jurídico-política de la persona.

Y ocurre que la actividad de la Administración roza en muchos casos la libertad de los particulares, siendo necesario, entonces, establecer límites a la potestad de la Autoridad pública para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, del ciudadano. Esto ha significado tradicionalmente, como han resaltado tanto constitucionalistas como civilistas, que el conjunto de las libertades públicas guardan dos notas en común: el hecho de que se dirigen contra el Estado, no siendo de aplicación inmediata en las relaciones entre particulares, y el hecho de que demandan a los poderes públicos, generalmente, el abstenerse más que de intervenir.

No obstante, poco a poco se fue abriendo camino una nueva teoría que, sin negar los postulados de la anterior, entiende que los derechos fundamentales pueden ejercer una eficacia indirecta, a través de la jurisdicción, entre las personas mediatas e incluso hay quienes otorgan eficacia directa a los preceptos contenidos en la Sección primera del Capítulo II del Título I de la CE en cuanto a la regulación de las relaciones entre los propios particulares.

Por supuesto, aquí no puedo ocuparme de la polémica (calurosamente debatida en la R. F. de Alemania) sobre la validez de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas de los ciudadanos entre sí, esto es, la dirección horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones de los particulares propiamente *(Drittwirkung),* en contraposición a la ya clásica dirección vertical de los derechos fundamentales en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

Sin embargo, como ha señalado STERN, en la moderna doctrina constitucional nadie discute en la actualidad ciertos efectos en dirección horizontal de los derechos fundamentales. El problema radica (de ahí las controversias de las diferentes posiciones) en la forma, en "el cómo", se desarrolla el efecto de esos derechos fundamentales.

Aquí se mantiene la posición dominante y que mejor se acopla a las exigencias de nuestro Derecho positivo. Se admite, pues, la posibilidad de la influencia de los efectos de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en las relaciones de los particulares entre sí. Dicha influencia en el estrato horizontal de los ciudadanos se produce porque los derechos fundamentales establecen un orden objetivo de valores, un propio sistema de valores, de tal forma que la legislación, la administración y la jurisprudencia son guiadas e impulsadas por aquellos. Y en este sentido se habla de una "irradiación" *(Ausstrahlung)* de estos derechos fundamentales en el resto del ordenamiento jurídico.

Esto es trasladable al ámbito de la libertad política como objeto de tutela del Derecho Penal. Pues entendida aquélla como bien jurídico protegido, constituye, en primer lugar, una garantía del individuo frente a los órganos estatales; y muy en segundo lugar puede tener efectos frente a las violaciones de los particulares.

En resumen, tenemos que decir que la libertad política se constituye como un derecho subjetivo público del ciudadano, de defensa frente al Estado, principalmente. En este sentido estricto, la libertad política aparece como una garantía jurídico-política otorgada al particular frente a las injerencias, ilegítimas o no justificadas, de las instancias del poder público en el ámbito de su autonomía, de su capacidad de obrar, de sus posibilidades de conformar y ejercer su voluntad.

La libertad política, como objeto de protección penal, suele configurar las figuras delictivas cuyos sujetos activos encarnan el poder público (funcionarios, autoridades, agentes de la autoridad…) en relación con el desempeño de su cargo que puede afectar a los derechos fundamentales de los administrados. Así, tomando el Código penal español de 1995 como ejemplo, este bien jurídico se tutelaría en el Capítulo V (De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales), dentro del Título XXI (Delitos contra la Constitución), dentro del Libro II dedicado a los delitos y sus penas.

2. LIBERTAD DE MOVIMIENTOS: DETENCIÓN Y SECUESTRO

A lo largo de la historia de la Humanidad, ha sido muy frecuente que aquellos que ejercían el poder político utilizaran el encierro temporal contra las personas que no se sometían a sus dictados, que ejercían la crítica, que aparecían como rebeldes, como herejes, como indeseables. Una vez más, fueron los autores ilustrados quienes denunciaron abiertamente esas situaciones de injusticia, pues la perpetración de privaciones de libertad establecidas por los que desempeñaban el gobierno del Estado, con total ausencia de garantías para el ciudadano, contradecía las directrices más básicas de la razón. Así lo expresó el Marqués de Beccaria y el mismo Voltaire. Este último sufrió en sus propias carnes el encierro en la Bastilla por órdenes del propio Luis XV, a causa de sus sátiras, de su crítica inteligente y mordaz…

La libertad constituyó uno de los principios emblemáticos de la Revolución Francesa y esa libertad se predicaba frente a los abusos del poder feudal que había imperado en el Antiguo Régimen. A partir de aquí, germinó el pensamiento en virtud del cual los seres humanos sólo podrían perder su libertad cuando perpetrasen hechos delictivos. Los funcionarios del orden público sólo podrían detener a un ciudadano durante un espacio corto de tiempo para llevar a cabo las averiguaciones oportunas en relación con la investigación de un determinado hecho punible. Y si dicho ciudadano seguía siendo considerado sospechoso, debería ser llevado ante el juez, quien, bajo ciertas garantías, podría establecer

formalmente la continuación de la situación de privación de libertad declarando a ese sospechoso, por vía de resolución conforme a la Ley, como procesado o condenado. Esta forma de limitación del poder punitivo del Estado para asegurar la libertad ambulatoria de sus ciudadanos, fue trasladada a las respectivas declaraciones universales de derechos humanos, y hoy constituye una de las libertades públicas que se encuentran presentes en las leyes fundamentales de todo régimen democrático.

De ahí se desprende que el Estado democrático se somete a dos obligaciones de gran entidad en relación con la libertad de movimientos de sus ciudadanos. Por un lado, debe tutelar esa libertad de movimientos frente a las agresiones y ataques que procedan de otros ciudadanos. Y aquí se encuentran los delitos de detenciones ilegales perpetrados por particulares, que ahora no van a ser objeto de un específico análisis. Y por otro lado, el mismo poder público debe limitar su propio nivel de injerencia en relación con la autonomía de sus administrados, sometiéndose a controles y requisitos que eviten la tentación al abuso y al atropello de los derechos más básicos de éstos. De esta forma, se crean específicas figuras delictivas que castigan las detenciones ilegales practicadas por los funcionarios públicos sin causa justificada o sin observar las garantías establecidas por las leyes. Aquí haremos unas breves precisiones.

La política criminal de un Estado es muy distinta en esta materia según se caracterice al mismo como autoritario o como democrático.

En los Estados autoritarios, la condición de funcionario público suele concebirse como privilegio en la medida en que representa el símbolo del poder y de la autoridad en la gestión pública de la vida social. De ahí que los delitos perpetrados por los funcionarios públicos, cuando suponen abusos de autoridad, sean castigados con menor sanción que aquellos otros que cometen el resto de los ciudadanos. El principio de jerarquía, la ideología de la seguridad nacional, el objetivo del mantenimiento del orden público a toda ultranza, todo ello justificaría, desde esta perspectiva política, este tratamiento jurídico-penal del asunto.

En el Estado democrático, la condición de funcionario público no es constitutiva de privilegio alguno. No supone la encarnación del principio de autoridad, ni ocupa un *status* jerárquicamente superior al resto de los administrados. El funcionario público es concebido como trabajador del Estado que está al servicio de la ciudadanía, y a él, más que a nadie, se le exige diligencia en los asuntos que gestiona o administra en relación con los miembros de la comunidad. Su situación en la sociedad no es de privilegio, sino de responsabilidad…

Ello repercute en el sistema penal, cuando se trata de establecer dicha responsabilidad por los hechos delictivos que perpetre en el abuso o en la extralimitación de su competencia, y especialmente cuando se trata de infracciones relativas a la privación de libertad de los ciudadanos.

Así, en el anterior Código penal español, reflejo de un modelo político autoritario, la comisión de los delitos de detenciones ilegales aparejaba una muy dis-

tinta penalidad según quien perpetrase el ilícito. Si se trataba de un particular quien encerraba o detenía a otro particular, la sanción era notablemente más dura que cuando el comportamiento típico se llevaba a cabo por un funcionario público. Existía de esta forma coherencia entre el planteamiento político y el sistema penal en relación con la actitud delictiva de los servidores del Estado.

Un texto punitivo que refleja el sistema penal de un Estado democrático, como es el Código español de 1995, presenta una perspectiva diferente. Cuando el funcionario público abusa de su condición para privar la libertad de un ciudadano, su comportamiento se considera de mayor gravedad que en los supuestos en los que la conducta se realiza por un particular, mereciendo aquél mayor sanción que éste. Ahora bien, si la privación de libertad se produce por un exceso de diligencia dentro de un proceso penal (la Ley suele hacer referencia a esta situación con la locución "mediando causa por delito"), el comportamiento delictivo se sanciona más levemente. Esto es razonable, pues el funcionario que aprovecha su cargo para encerrar o detener a otro ciudadano, está utilizando su situación de privilegio para cometer el delito con una mayor facilidad. Mientras que aquel otro que se encuentra en la actividad propia de un proceso penal, y por exceso de celo ordena o detiene a un ciudadano sospechoso, sin observar las garantías legales, pone su torpeza u obcecación al servicio del Estado. Por supuesto, que en este caso se tiene que exigir responsabilidad penal al funcionario público, pues debe ser especialmente diligente cuando se trata de limitar la libertad de los administrados. Pero aquéllos que cumplen funciones en el sistema de persecución penal, que duda cabe que se encuentran en una situación de mayor riesgo en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el desempeño de su actividad cotidiana. Y ello ha motivado, sin duda alguna, esta diferenciación valorativa con una muy distinta penalidad que, como se ha argumentado, se justifica por la diferente posición y actitud ante la privación de libertad perpetrada por el representante del poder estatal.

Pero no hay que confundir las extralimitaciones que puedan realizar ciertos funcionarios del sistema penal en la investigación criminal, violando las garantías constitucionales de los ciudadanos, con las detenciones de los opositores ideológicos o religiosos practicadas de forma sistemática a instancias del propio poder público. Suele ser éste un mecanismo muy utilizado en Estados totalitarios o autoritarios para acabar con todo foco de resistencia o rebeldía política. En estos casos, la privación de libertad del detenido acaba frecuentemente con la desaparición de aquél. Esta ha sido una actuación reiterada en procesos históricos en los que se han impuesto regímenes poco respetuosos con los derechos humanos, como fue el caso de la Alemania nacionalsocialista, la Unión Soviética estalinista, la España de la Guerra Civil, la Argentina de Videla o el Chile de Pinochet.

Para hacer frente a este tipo de comportamientos, los ordenamientos punitivos han recurrido a figuras delictivas como la detención con desaparición de la víctima, en los casos en los que se demuestra la existencia de la privación de

libertad del ofendido, su ulterior desaparición sin la correspondiente liberación y sin que tampoco aparezca el cadáver del encerrado o detenido. Esta figura delictiva ha planteado algunos problemas de constitucionalidad porque se ha dicho que la grave penalidad que acompañaba a este delito venía dada por una presunción *iuris et de iure* de homicidio. Sin embargo, en el caso del Código penal español de 1995, la sanción, aun siendo considerable, se hace depender de la forma en que se practica el ilícito y se evita cualquier tipo de presunción que implique la necesidad de prueba de la inocencia del autor de la detención en relación con la desaparición del detenido. De esta forma, no se castiga al sujeto por haber llevado a cabo la muerte de la víctima bajo una presunción, sino por haber sido el responsable de una detención indefinida.

Señalábamos también que no sólo el poder público ha recurrido a la privación de libertad de ciertos ciudadanos como forma de control político y de lucha contra la "insurgencia", como método para eliminar a la oposición ideológica que se rebela contra un régimen autoritario. También dentro del propio Estado democrático se recurre al secuestro de personas como forma de presión política por parte de organizaciones que pretenden transformar el sistema constitucional o alcanzar determinados objetivos políticos a través de la violencia. De esta forma, la privación de la libertad de ciudadanos de relevancia social, política, profesional o económica, busca forzar una negociación con el mismo Estado, o recabar fondos para el grupo u organización terrorista y dotarle así de cierta estabilidad orgánica para conseguir sus objetivos desestabilizadores. En España, grupos terroristas como ETA o GRAPO han recurrido a este mecanismo de violencia. Así, el secuestro de Ortega Lara por la banda terrorista vasca, pretendía presionar al Gobierno Aznar para que cambiase la política penitenciaria y llevase a cabo un acercamiento de sus miembros que cumplían condena, a centros penitenciarios del País Vasco. Este mismo grupo terrorista ha llevado a cabo, en otras ocasiones, secuestros de empresarios de gran relevancia social (así, el que tuvo como víctima al famoso industrial Emiliano Revilla) con la pretensión evidente de recabar fondos para mantener su estructura y continuar con sus actividades violentas. En el caso de la banda armada GRAPO, en los últimos años sus cruentas acciones (que incluyen la privación de libertad de personas con fuerte capacidad económica), parecen estar cada vez más cerca de alcanzar el puro beneficio patrimonial que el logro de determinados objetivos ideológicos.

El Derecho Penal también ha reaccionado frente a este tipo de criminalidad con la creación de diversas figuras delictivas. Aparte de la consideración especial de los denominados delitos de terrorismo, en los textos punitivos de corte occidental, como es el que representa el Código penal español de 1995, se lleva a cabo una diferencia entre detenciones ilegales y secuestro. Este último es reflejo de una especie de aquéllas, y se castiga más gravemente. La característica que lo define es, junto a la privación de libertad perpetrada con la detención o encierro del ofendido, la exigencia de una determinada condición para proceder a su liberación. De esta forma se pretende establecer mecanismos político-cri-

minales para sancionar más gravemente las conductas de instrumentalización de la libertad humana al servicio de cualquier fin, sea económico, político o de otra naturaleza.

Bibliografía

ALONSO PÉREZ, E.: *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal.* Valencia, 1998. BANACLOCHE PALAO: *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español.* Madrid, 1996. BURR, Sherri L.: *De Noriega a Pinochet: ¿Hay un derecho internacional, moral o jurídico, al secuestro de individuos acusados de graves violaciones de los derechos humanos?* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 5 (2002). CLIMENT DURÁ, C.: *Detenciones ilegales policiales*. Valencia, 1998. CLIMENT DURÁ, C.: *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*. Valencia, 1999. GARCÍA MORILLO, J.: *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*. Valencia, 1995. JIMÉNEZ MARTÍN, D.: *Acciones de grupos terroristas del Próximo Oriente en España, 1975-1985.* Espacio, tiempo y forma. Serie V, Historia contemporánea, núm. 17 (2005). LANDROVE DÍAZ, G.: *Detenciones ilegales y secuestro.* Valencia, 1999. LARRAURI PIJOÁN, E.: *Libertad y amenazas.* Barcelona, 1987. MAQUEDA ABREU, M. L.: *Los delitos contra la libertad y la seguridad.* Granada, 1988. MARTIÑÓN CANO, G.: *El delito de secuestro.* Valencia, 2010. MUÑOZ CONDE, F.: *La protección penal de los derechos fundamentales,* Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Monográfico sobre el nuevo Código penal. Madrid, 1996. ROBLES PLANAS, R./BOLEA BARDÓN, C.: *La tipicidad de las detenciones ilegales policiales. Revisión crítica de la aplicación jurisprudencial de los arts. 167 y 530 del Código Penal.* Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 4 (2006). TORRES UGENA, N.: *Derechos humanos y terrorismo. Detenciones ilegales y "vuelos secretos"* en BADIA MARTÍ, A. M. (Coord.)/PIGRAU I SOLÉ, A. (Coord.)/OLESTI RAYO, A. (Coord.): *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia.* Vol. 1. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009.

Lección 7ª

Tutela penal de la autodeterminación e indemnidad sexual

1. La libertad e indemnidad sexual en el Estado de Derecho.
2. Libertad sexual, prostitución y dignidad humana.
3. Protección penal de la indemnidad sexual de los menores de edad e incapaces.

En esta lección se va a tratar otro sector de la criminalidad en el que se relacionan aspectos tan debatidos como los derechos de la mujer, su reiterada imagen como objeto de deseo sexual, los límites de las solicitudes sexuales, la prostitución y las modernas formas de esclavitud, las agresiones y abusos sexuales a menores y la libertad sexual de la persona o personas implicadas. Este ámbito de la delincuencia manifiesta constantemente una problemática que se constituye en muchas ocasiones en un debate social de gran relevancia política que merece un tratamiento autónomo.

En primer lugar, se hará referencia a la distinta visión de la libertad sexual en un Estado autoritario y en un Estado democrático. Ello depende, a su vez, de la distinta concepción de la mujer y de sus derechos en uno y otro ámbito, lo cual influye en una distinta y diferenciada política criminal.

Dos temas ocupan especialmente la atención de los ciudadanos y de los poderes públicos. Por un lado, el que afecta a lo legal y ilegal del mundo de la prostitución, de su regulación actual y de la futura. Por otro lado, se encuentran los ataques a menores que son utilizados como objeto de satisfacción de los deseos sexuales de sujetos depravados y sin ningún escrúpulo. Pero aquí hay un muy diferente abanico de comportamientos sexuales que merecen un muy distinto reproche por el Derecho Penal. Desde las agresiones y la esclavitud sexual a las que se someten a niños del tercer mundo, pasando por el cliente de un prostíbulo que tiene relaciones sexuales con un menor de edad o terminando por el sujeto que consulta con frecuencia páginas web con contenidos de pornografía infantil, el daño infringido es muy distinto y la respuesta punitiva, también.

1. LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL EN EL ESTADO DE DERECHO

Un régimen político se caracteriza no sólo por la forma en que propone la gestión de la vida social y económica de la comunidad, sino también por la manera en que incide en la regulación de la conciencia de los ciudadanos. Aquí, de

nuevo, encontramos algunas diferencias entre los sistemas autoritarios y los sistemas democráticos.

En los sistemas autoritarios, en mayor medida en los totalitarios, se pretende dirigir la conciencia y manipular el ámbito interno de los comportamientos humanos. Si se trata de un régimen religioso fundamentalista, intentará imponer su credo (cristiano, islámico, hindú, judaísmo, etc.). Si su fundamento es una concreta ideología de la exclusión, hará obligatorios esos valores ideológicos (la eliminación de todo vestigio burgués en un sistema comunista, el pensamiento racista en un sistema nacionalsocialista). En todo caso, el Estado aparece como el "gran hermano" que vigila los reductos más íntimos de la vida de los súbditos, para conducirlos y dirigirlos conforme a unos determinados fines y objetivos.

En el Estado democrático, en cambio, la actividad política se circunscribe al aspecto externo de la acción humana, y tan sólo en la medida en que ello sea necesario. Esto se comprende en el famoso principio que señala "al individuo, tanta libertad como sea posible, y tanto Estado como sea necesario"… La conciencia del ciudadano, sus pensamientos, sus convicciones políticas, morales o religiosas, conforman su propio y exclusivo patrimonio espiritual absolutamente necesario para afirmar su dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad, auténticos presupuestos de los derechos fundamentales. Si el respeto a esos derechos fundamentales, por tanto, constituye una de las bases del Estado democrático, consecuentemente su poder de injerencia encuentra una barrera infranqueable en la esfera de intimidad, de conciencia, de libertad de expresión y pensamiento, de esos ciudadanos…

El ámbito de las relaciones sexuales entre los seres humanos forma parte tanto de su propia esfera de intimidad como de una percepción colectiva enraizada en vínculos éticos, morales o incluso religiosos. Voy ahora a profundizar sobre este aspecto de la percepción colectiva de las relaciones sexuales entre los seres humanos, en relación con la propia conformación del Estado.

El Estado autoritario, o las opciones más conservadoras del Estado democrático, no se conforma con la regulación pública de la vida social, no se conforma con determinar una forma de gobierno de la comunidad. Quiere incidir también, a través de una determinada Ética, en la moral de los ciudadanos para conseguir que éstos sean mejores, más buenos y comprensivos con los fines transcendentales que son señalados por el poder público. Esta implicación del poder público en la moral individual y colectiva, se traslada al ámbito sexual. Ejemplo claro de ello ha sido la distinta concepción de las relaciones sexuales que se produce en la transición de un Estado autoritario, como fue el franquista, a un Estado democrático, como es el actualmente vigente en el Reino de España.

Hasta la llegada de la Transición Democrática, en nuestro país el desarrollo de las relaciones sexuales se entendía que debería concretarse exclusivamente dentro del marco del matrimonio. En una sociedad fuertemente influida por los principios de la religión católica, los valores de este credo eran trasladados

a toda la comunidad, de tal forma que el pecado solía coincidir con la acción dañina.

Bajo esta perspectiva, no se podía hablar de libertad sexual, sino de honestidad, de moral, de buenas costumbres. Y esa honestidad, en un tiempo en el que regía una ideología paternalista y de subyugación de la mujer al hombre, se predicaba fundamentalmente respecto del sexo femenino. Al hombre se le podía permitir algún desliz, pero la mujer tenía como misión fundamental ser una buena esposa, una buena ama de casa y una buena madre.

De ahí que los atentados a la libertad sexual fueran más bien concebidos como atentados a los valores de ese orden moral que como delitos de naturaleza individual. Ello se percibía claramente en la propia nomenclatura que se le atribuía al título correspondiente, a sus diversos capítulos y hechos delictivos del Código penal español de 1973. Así, los ataques a la libertad sexual no eran concebidos como tales, sino como *delitos contra la honestidad.* Y se hablaba de abusos deshonestos, en vez de abusos o agresiones sexuales. Se establecían infracciones que pretendían llevar a cabo una especial protección de la honra sexual de la mujer, pues sólo ella podía ser considerada como sujeto pasivo de los correspondientes ilícitos. Ahí estaban los delitos de violación, de rapto o de estupro. La terminología, especialmente la de estos dos últimos, contemplaba a la mujer como doncella susceptible de ser tomada por el varón para, por vía de la sustracción, del engaño, del aprovechamiento de su situación de superioridad, mancillar su honra sexual.

También existían los delitos de adulterio, cuando se trataba de la conducta infiel de la mujer casada, y amancebamiento, cuando el comportamiento se llevaba a cabo por parte del varón casado. Pero como no existía igualdad entre hombre y mujer, tanto en el matrimonio, como fuera de él, las condiciones para incriminar la infidelidad sexual eran muy distintas en un caso y en otro. La mujer era castigada con una única relación sexual con persona distinta de su marido. Para sancionar al varón, en cambio, era necesario que tuviese manceba en casa, y además, que la situación fuera conocida públicamente. Tal desigualdad en el trato de situaciones idénticas era coherente con el pensamiento ideológico de la época.

Pero también en el ámbito público existían ciertos comportamientos típicos que respondían a esta concepción moral y política de aquellos tiempos. Existía un delito denominado de escándalo público, que pretendía proteger la moral colectiva, sobre todo en el marco de las conductas sexuales consideradas "indeseables e intolerables". Y aquí se castigaban los tocamientos, besos y abrazos que las parejas hacían en público, los supuestos de exhibicionismo (especialmente el masculino), la difusión de películas cinematográficas con escenas eróticas, las situaciones de nudismo o incluso tomar el baño, para el caso de la mujer, sin cubrirse los senos… Estos eran atentados a la moral pública en un periodo histórico en el que predominaba el denominado nacionalcatolicismo, en el cual los valores religiosos de pudor y castidad regían en el conjunto de la sociedad.

En el marco de la prostitución, se castigaba todo tipo de comportamientos que promoviesen, favoreciesen o facilitasen esta actividad de prestación sexual material a cambio de dinero, aunque afectasen a personas prostituidas mayores de edad que aceptasen libremente, sin coacción alguna, la actuación de sujetos intermediarios. De este modo, se sancionaba la conducta del proxeneta que regentaba el negocio, la del tercero que alquilaba el local, la del rufián que vivía a expensas de la prostituta o la de cualquier otro que interviniese en el desarrollo de la actividad prohibida. La prostituta no perpetraba delito alguno por el ejercicio de su profesión, pues se entendía que era una víctima de esta peligrosa actividad. Pero podía quedar sometida a la aplicación de una medida de seguridad, en tanto que la prostitución era considerada como uno de los estados peligrosos de la denominada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (nunca como hecho delictivo, tal y como acabo de señalar).

Tras la transición democrática, y con la consumación del Estado social y democrático de Derecho, se produce un notable cambio político y moral en el país hispano. La entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, que proclama en su primer artículo la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores fundamentales del ordenamiento jurídico, suponía un reconocimiento a esa transformación de las bases políticas, jurídicas, sociales, morales y religiosas del nuevo sistema de convivencia. La libertad estaba por encima de valores como el honor, la patria, la religión, la tradición… La libertad sexual tenía que sustituir a la honestidad como bien jurídico protegido, y más todavía cuando se postulaba en favor de la absoluta igualdad entre el hombre y la mujer, tanto dentro como fuera del matrimonio.

Si la libertad aparecía como valor superior, el Derecho Penal sólo podía restringir este bien cuando fuese absolutamente necesario para proteger intereses jurídicos relevantes para la convivencia social. De ahí que se derogasen delitos que parecían tutelar bienes de una determinada moral, como era el caso del adulterio y del amancebamiento, los cuales velaban por mantener la fidelidad conyugal, misión más propia del Derecho civil o del Derecho canónico.

No, no era ya la honestidad el objeto de protección penal, sino la libertad o la indemnidad sexual.

Por libertad sexual se entiende autodeterminación en el marco de las relaciones sexuales de una persona, como una faceta más de la capacidad de obrar. Libertad sexual significa que el titular de la misma determina su comportamiento sexual conforme a motivos propios en el sentido de que es él quien decide sobre su sexualidad, sobre cómo, cuándo y con quién mantiene relaciones sexuales.

Indemnidad sexual es un concepto que se utiliza para abarcar los supuestos en los que la víctima no goza de libertad sexual, bien sea puntualmente, bien sea en un espacio de tiempo más o menos permanente. La persona adulta que, por cualquier causa, se haya privada de sentido, un niño de nueve años o un sujeto que sufre cualquier tipo de trastorno psíquico, ninguno de ellos puede en un momento determinado actualizar su libertad sexual. Y si alguien mantuviese rela-

ciones de esta índole con la persona que se encuentra en esa situación, atacaría su indemnidad sexual. Y se entiende por tal el derecho que todo ser humano tiene a mantener incólume su dignidad humana frente a la consideración de su cuerpo como mero objeto de deseo sexual. De esta forma, la indemnidad sexual está íntimamente relacionada con la dignidad humana y con el libre desarrollo de la personalidad. La dignidad humana se refleja en la aureola de respeto que todo ser humano merece por el mero hecho de haber nacido, y que impide que sea considerado como un objeto, como una cosa, en este caso, como un mero instrumento de los instintos sexuales de otro. El libre desarrollo de la personalidad supone que el sujeto vaya desenvolviendo su vida social y espiritual en condiciones de normalidad, para ir conformando su propio Yo en la creación progresiva y permanente de su propia identidad. Una actividad sexual consentida, pero a una corta edad o bajo determinados presupuestos de anormalidad psíquica, puede influir negativamente en la educación y formación espiritual de la persona afectada, lo cual dificulta y obstaculiza el libre desarrollo de su personalidad. Por ello, indemnidad sexual se identifica con dignidad humana y con libre desarrollo de la personalidad en ese ámbito sexual del ser humano.

La terminología, de igual forma, fue cambiando poco a poco, adecuándose a la nueva situación. Primero desaparecieron términos arcaicos como "doncella". Luego cambió la denominación del propio Título, y la referencia a los delitos contra la honestidad pasó a expresarse como delitos contra la libertad sexual. También se constituyó, en materia de protección penal, la vigencia del principio de igualdad entre hombre y mujer. Ambos podían ser ahora tanto sujetos activos como pasivos de los correspondientes hechos punibles, aunque la realidad del día a día nos demuestra que el hombre suele ser el agresor sexual más frecuente y la mujer su víctima más propicia.

El delito de escándalo público, al igual que el de adulterio, tenía que desaparecer, por su vaguedad en la concreción típica, y por su frecuente utilización como vehículo de tutela de una determinada moral sexual tradicional. Fue sustituido por aquellas conductas que realmente merecían una sanción penal, cuales son la exhibición sexual obscena o la venta, difusión o exhibición de material pornográfico ante menores de edad o incapaces.

Con la llegada del Código penal de 1995, se fueron produciendo nuevas modificaciones que pretendían ir adecuando la ley penal a la realidad social, tan cambiante en nuestro país en las últimas décadas…

Siguió transformándose el ámbito de las denominaciones, y desaparecieron los nombres de "violación" (recuperado más tarde, en 1999), "abusos deshonestos", "estupro" o "rapto". Las infracciones de naturaleza individual se subdividieron en dos grandes grupos, agresiones sexuales (atentados contra la libertad sexual empleando violencia o intimidación) y abusos sexuales (atentados contra la libertad o indemnidad sexual sin consentimiento o con el consentimiento viciado de la víctima).

Se crearon nuevas formas delictivas para atajar viejas formas de agresión que comenzaban ahora a denunciarse. Tal era el caso de los acosos sexuales que sufrían muchas mujeres en el ámbito laboral, de la administración pública u otros como el docente. Este tipo de comportamientos sólo había sido posible castigarlos, en el mejor de los casos, a través del delito de amenazas condicionales. Pero se quería perseguir este ilícito entre aquellos que atentaban a la libertad sexual, sobre todo en los supuestos más graves, en los que la petición de favores de naturaleza sexual se realizaba de tal forma que colocaban a la víctima en una grave situación de hostilidad, de humillación o incluso de intimidación. Se quería, de igual forma, simbolizar la lucha del Derecho Penal en favor de la igualdad y de la dignidad de la mujer, rechazándose así su consideración como mero objeto sexual y afirmándose la necesidad del reconocimiento de su capacidad y competencia laboral o profesional.

2. LIBERTAD SEXUAL, PROSTITUCIÓN Y DIGNIDAD HUMANA

Otro punto de reforma en los delitos contra la libertad sexual que responde a un determinado modelo de Política Criminal es el que se ha producido en materia de prostitución. Aunque el Diccionario de la Real Academia define este concepto como actividad sexual que presta una persona a cambio de dinero, creo que el término legal es más limitado. Se circunscribiría al marco de las relaciones sexuales que exigen contacto físico entre el agente y su cliente, a cambio de dinero. A ello habría que añadir las notas de brevedad en el tiempo y de diversidad respecto de los sujetos de la oferta sexual. Así quedan excluidas prestaciones de contenido sexual a cambio de dinero en las que no existe contacto físico entre trabajador y cliente, como los supuestos de *strip tease,* supuestos de baile erótico con prohibición de tocamientos por parte del cliente, espectáculos en cabinas eróticas, teléfono erótico y ofertas similares.

De todos es conocido los graves perjuicios, individuales y sociales, que acarrea la prostitución. Pero cuando esta actividad se realiza por personas adultas, que no adolecen de ningún trastorno mental, en condiciones de libertad, por muy inmoral que pueda aparecer ante ciertos sectores de la sociedad, que duda cabe que no se lesiona ningún bien jurídico que merezca la tutela penal para mantener la convivencia pacífica de la comunidad. Y así lo entendió el legislador de 1995, que eliminó del catálogo delictivo todos aquellos comportamientos que promoviesen, favoreciesen o facilitasen la prostitución de una persona mayor de edad, conductas que con anterioridad estaban sancionadas penalmente.

Aquí se plantea un problema de coherencia entre el ordenamiento jurídico-penal y el resto del ordenamiento jurídico. Pues aunque este tipo de actividades no estén prohibidas por la ley penal, siguen siendo antijurídicas desde el prisma administrativo, dado que el Estado español ha firmado varios tratados internacionales en los que se obliga a declarar ilegal toda forma de prostitución. Ello

plantea varios problemas que, con este sistema contradictorio, no encuentran ninguna clase de solución.

En la medida en que esta actividad no es legal, el Estado no puede establecer ningún tipo de impuesto sobre la misma, ni sobre los rendimientos personales de quienes la ejercen, ni tampoco respecto de las personas físicas o jurídicas que obtienen beneficios de dicho ejercicio (licencia fiscal, impuesto de sociedades, impuestos sobre la renta de personas físicas, etc.). La persona que se prostituye no desempeña un trabajo legal, y se somete por ello a la acción de organizaciones criminales que se aprovechan de este tipo de situación, con graves perjuicios y penalidades para aquélla. La ilegalidad de esta profesión también determina que los sujetos de la misma no se beneficien de la cobertura de la Seguridad Social (asistencia sanitaria, prestaciones por enfermedad o por accidentes laborales, pensión de jubilación, etc.). El mismo Estado deja, a su vez, de ingresar las correspondientes cuotas que produciría, de ser legal, el sector obrero y el sector empresarial. Tampoco se someten los trabajadores sexuales a un régimen de seguridad e higiene en el marco laboral, tan importante en el ámbito de la prevención sanitaria, que gozarían de estar reconocida legalmente su profesión, con los beneficios, que ello engendraría, para su salud y para la salud de los propios clientes… Por todas estas razones, considero que sería más razonable legalizar el ejercicio libre de la prostitución entre personas adultas, estableciéndose los límites reglamentarios que fueran necesarios para garantizar la seguridad y la salubridad de profesionales y clientes.

Evidentemente, fuera de este espectro, el marcado por el ejercicio libre de la prostitución entre personas adultas, sin violencia, ni intimidación, ni coacción, ni engaño, ni abuso de situación de necesidad alguna, el Derecho Penal debe intervenir, y de forma contundente. Se castiga así la determinación a la prostitución de menores de edad, aun cuando medie su consentimiento. También se castiga la determinación a la prostitución de mayores de edad si se lleva a cabo por medio de esas vías (intimidación, violencia, engaño, abuso de una situación de necesidad) que imponen que la persona no se someta libremente a ejercer esta profesión.

Los supuestos de engaño y de abuso de una situación de necesidad son los que más frecuentemente se encuentran en las situaciones de explotación de mujeres extranjeras que son trasladadas a nuestro país para ejercer la prostitución. En muchas ocasiones vienen engañadas por la (inexistente) oferta de un puesto de trabajo. Otras veces se les priva de su pasaporte para que no tengan más remedio que residir en nuestro territorio y cedan a las presiones ante la situación de indigencia en la que suelen permanecer. También hay casos en los que las personas prostituidas vienen con la finalidad de trabajar en este oficio, pero éstos son los menos… Nace así una nueva forma de esclavitud, tan denigrante, tan inhumana, y tan cruel como toda esclavitud, y ahí los poderes públicos tienen la obligación de ordenar toda su política criminal para hacer frente a tamaña tragedia humana…

3. PROTECCIÓN PENAL DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD E INCAPACES

Otros comportamientos sexuales que se han querido perseguir penalmente con gran rigor son todos aquellos que afectan a los menores de edad e incapaces. La corrupción de menores, olvidada en la primera edición legislativa del Código penal de 1995, tuvo que ser de nuevo introducida en la reforma de 1999. También se incluyó el castigo a los responsables de la participación de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o para la realización de material pornográfico.

En la actualidad, son muchos los comportamientos sexuales relacionados con menores de edad e incapaces, y que son elevados a la categoría de delitos con la intención de preservar la indemnidad sexual de éstos. De este modo, la reforma operada por L. O. 5/2010, de 22 de junio, ha introducido un capítulo especialmente dedicado al castigo de los abusos y agresiones sexuales contra menores de trece años, incluyendo el acoso sexual a ravés de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación. Otros comportamientos se penan porque se intenta proteger, junto a la indemnidad sexual de menores e incapaces, unas condiciones normales de su desarrollo psicobiológico y educativo en el marco sexual. En este ámbito se prohíben bajo sanción conductas como la exhibición obscena o proporcionar (difundir, vender, exhibir, etc.) material pornográfico a esta clase de víctimas. Sin duda alguna, la tutela de la indemnidad sexual es el bien jurídico directamente protegido en la tipificación de acciones como la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de una persona menor de edad o incapaz. Fuera de la prostitución, se encuentran castigadas con la misma finalidad (protección de la indemnidad sexual) conductas como la captación o utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos; diversas actividades relacionadas con la producción, elaboración, venta o exhibición de material pornográfico en el que se hayan utilizado a menores o incapaces, incluyendo la posesión con fines de difusión o equiparados, o la posesión de material pornográfico infantil con mero afán de consumo propio. La tutela se extiende, además, a los supuestos en que se utiliza la voz o la imagen de menores en este tipo de material, aun cuando ellos no hayan participado realmente en su elaboración.

Quizás el problema político-criminal más grave reside en el marco de la difusión de material pornográfico por vía de Internet en el que aparecen menores de edad. Ahí se encuentra la fuente de los crímenes más graves que atentan a los más necesitados de protección en la sociedad, los niños y los incapaces. Secuestro, tráfico de niños, coacciones, depravación sexual, torturas e incluso muertes son algunas de las consecuencias que determinan la fuerte demanda de este tipo de material pornográfico a través de las redes informáticas. Esa demanda es causante de una de las formas de criminalidad más graves y perniciosas que afectan ahora a la humanidad. Y aunque la respuesta legal en los

textos punitivos es la adecuada, el obstáculo se encuentra en las dificultades que ofrece el mismo anonimato que proporciona Internet, que dificulta que sean conocidos, investigados, procesados o condenados a los autores responsables de esa cadena, eslabonada por la depravación sexual, de horribles atentados a la dignidad, a la libertad y a la vida de los menores. El texto punitivo español es, en este punto, bastante completo. El problema no es tanto de cobertura legal, que es suficiente, sino de eficacia en la investigación, en el enjuiciamiento y condena de los sujetos responsables. Las dificultades y obstáculos que derivan de la complejidad de la Red, explican la gran proporción de esta clase de conductas criminales y la escasa relevancia del número de sujetos condenados.

Precisamente, para cubrir la tutela legal al máximo, el legislador español llega a castigar la mera posesión de material pornográfico infantil o la utilización simulada de voces o imágenes de menores o incapaces en material pornográfico en cuya realización no han intervenido.

En este punto, especialmente problemática aparece la figura delictiva de la posesión de material pornográfico infantil como mero producto de consumo por su poseedor. Pues aquí parece que la razón del castigo reside en la depravación moral del sujeto que satisface su morbo sexual con el visionado de pornografía infantil. Pero el Derecho Penal no puede castigar la depravación moral ni las perversiones sexuales si el comportamiento no incide externamente en las condiciones básicas de la convivencia humana. La razón de considerar delictiva la mera posesión de pornografía infantil, habría que buscarla en otra consideración.

El consumo de este tipo de material determina que aumente la oferta, lo que va a requerir que se realicen múltiples conductas delictivas sobre los menores de edad o incapaces para elaborar dicho material. La forma de evitar que aumente esa oferta, y con ella, esa catarata de iniquidades contra menores e incapaces, es prohibiendo el consumo. Algo similar ocurre en materia de tráfico de drogas, donde también la posesión está tipificada como delito. Ahora bien, aquí sólo es penada cuando la tenencia de las drogas tóxicas o estupefacientes persigue promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de las mismas. Y también la elaboración de estas sustancias prohibidas requiere de grandes tragedias humanas (delincuencia organizada, corrupción, ajustes de cuentas, destrucción de la personalidad de muchos consumidores, etc.). De ahí que, recurriendo a parámetros valorativos establecidos por la propia ley penal, parece que no esté justificado el castigo de la mera posesión de material pornográfico infantil para propio consumo. Sería suficiente en estos casos establecer una infracción administrativa con su correspondiente sanción.

Bibliografía

AGUADO LÓPEZ, S.: *El delito de corrupción de menores (art. 189.3 del Código penal).* Valencia, 2004. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *Explotación sexual y pornografía infantil.* Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año 60, núm. Extra 2015 (2006). BOIX REIG, J./

ORTS BERENGUER, E.: *Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual por la LO 11/1999,* en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.). El nuevo Derecho Penal español: Estudios penales en memoria del prof. VALLE MUÑIZ, J. M. Pamplona, 2001. 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, núm. 13 (2010). DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas.* Indret, núm. 1 (2010). DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *Delitos contra la libertad sexual ¿Libertad sexual o moral sexual? Con un apéndice sobre el proyecto de reforma del Código Penal de 2007* en MIR PUIG, S. (Dir.)/CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)//GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.): *Política criminal y reforma penal.* Barcelona, 2007. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras.* Barcelona, 1982. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *El Derecho Penal ante el sexo.* Barcelona, 1981. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La protección de la libertad sexual.* Barcelona, 1985. DURÁN SECO, I.: *La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008*. La Ley Penal, núm. 63 (2009). GIL RUBIO, J.: *Pedofilia virtual.* Diario La Ley, núm. 6961 (2008). GÓMEZ TOMILLO, M.: El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena. La Ley, núm. 2 (2007). GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos,* Publicaciones del Grupo de Estudios de Política Criminal (Documentos, 10), 2010. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa a la protección penal de menores.* Publicaciones del Grupo de Estudios de Política Criminal (Documentos, 7), 2003. LAMARCA PÉREZ, C.: *El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual.* La Ley Penal, núm. 35 (2007). LAMARCA PÉREZ, C.: *La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal.* Jueces para la Democracia, 1996. LATORRE LATORRE, V. (Coord.): *Mujer y Derecho Penal.* Valencia, 1995. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *La corrupción de menores o incapaces*. Revista del Poder Judicial, núm. 83 (2006). MESTRE DELGADO, E.: *Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal.* La Ley Penal, núm. 61 (2009). MORILLAS FERNÁNDEZ, D.: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*. Madrid, 2005. NIETO GARCÍA, A. J.: *El acoso moral en el trabajo y el acoso sexual como manifestaciones del ataque a la dignidad humana.* Diario La Ley, núm. 6956 (2008). ORTS BERENGUER, E.(Coord.): *Prostitución y derecho en el cine.* Valencia, 2003. ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia, 2001. RODRÍGUEZ MESA, M. J.; *Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios* en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Coord.)/MANJÓN CABEZA-OLMEDO, A (Coord.)/VENTURA PÜSCHEL, A. (Coord.): *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: La política criminal europea*. Valencia, 2009. TAMARIT I SUMALLA, J. M.: *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual.* Pamplona, 2000. URIARTE VALIENTE, L. M.: *Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas.* Diario La Ley, núm. 7372 (2010). VALIENTE FERNÁNDEZ, C.: *La política de la prostitución: El papel del movimiento de mujeres y los organismos de igualdad en España.* Reis: Revista Española de Iinvestigaciones Sociológicas, núm. 105 (2004). VARGAS CABRERA, B.: *El delito de corrupción y la prostitución de menores y discapacitados: Examen del tipo del artículo 189.4 del Código penal.* La Ley núm. 4 (2006).

Lección 8ª

Límites penales de la libertad de expresión

1. Honor, intimidad y libertad de expresión.
2. Medios de información y conflicto de derechos constitucionales.

En el Estado democrático, la libertad de expresión y de información se constituye en uno de los pilares básicos de su propia estructura. Pues el principio del pluralismo político, que marca la posibilidad de una alternativa al poder de gobierno, requiere unos cauces para la formación de la opinión pública cuyo presupuesto se encuentra en el ejercicio de esas libertades de expresión y de información.

Pero el Estado democrático también se configura como Estado de Derecho, lo cual implica que el ejercicio de los derechos a expresarse libremente y a informar a la opinión pública encuentran su límite en otros derechos fundamentales, como la intimidad y el honor de las personas.

En esta lección se va a examinar este conflicto de derechos y libertades, pero no en su vertiente abstracta y jurídica, que ha sido profundamente analizada por la doctrina y la jurisprudencia, sino desde la perspectiva político-criminal que yo considero más relevante. Es el conflicto que se desarrolla en el marco de los medios de comunicación (prensa escrita y virtual, radio y televisión, fundamentalmente). Esta temática se trata específicamente en el segundo apartado. En el primero se establecen unas sencillas bases conceptuales sobre el contenido y el significado de cada uno de estos derechos y libertades.

1. HONOR, INTIMIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La persona humana se caracteriza tanto por su individualidad como por su sociabilidad. Como ente social, el ser humano se integra en la comunidad, se relaciona con sus semejantes en la familia, en la escuela, en el trabajo, en los centros de ocio, etc. Esa apertura del sujeto hacia los demás, lleva aparejada no sólo su reconocimiento personal por el grupo, sino también que cada uno de los individuos quedemos identificados por nuestro trabajo, por nuestra capacidad, por nuestra bondad o maldad, por nuestra cultura, etc. Es decir, junto a nuestra imagen física, que constituye el primer dato de nuestra identidad que ofrecemos a la comunidad, se encuentra nuestra imagen social, que viene constituida por un conjunto de *valoraciones* sobre distintos aspectos de nuestra personalidad y nuestro comportamiento. Cuanto más positiva sea esa imagen social, mayores condiciones tendrá el individuo para desarrollar libremente su personalidad y

ser más feliz. Y, viceversa, cuanto más negativa sea dicha imagen, mayores problemas encontrará el sujeto para llevar a cabo su vida en común con sus semejantes, y posiblemente sea más desgraciado.

Todo esto que acabo de expresar refleja una proyección del individuo hacia la sociedad, que se puede concretar en lo que denominamos *honor.* El honor es, por tanto, una representación social de la misma dignidad humana, en la medida en que se establece la exigencia hacia los demás de ser valorado y respetado como miembro integrante de la comunidad en la que el individuo desarrolla su coexistencia. Desde una perspectiva negativa, el derecho al honor supondría el reconocimiento de una facultad inherente al individuo a no sufrir una desvaloración de su persona a través de apreciaciones falsas o inveraces. Esta perspectiva social del honor, pretende mantener la *fama* del individuo, con la finalidad de preservar la imagen social del mismo que le permita desarrollar sus funciones y roles de muy distinta índole.

A su vez, dicha dimensión social del honor persigue tutelar aspectos individuales absolutamente esenciales como la misma *autoestima* del sujeto. Si no existe un injustificado desprecio social del ser humano, se establecen los presupuestos para que éste se valore a sí mismo en su justa medida, dando entrada así al libre desarrollo de su personalidad. A través de la tutela de la fama y de la autoestima, por tanto, se pretende que el sujeto pueda desenvolver en condiciones normales todas las potencialidades que a él se le pueden atribuir como ser humano, en la medida en que es portador de dignidad humana.

Existe otra forma de interacción entre el individuo y la sociedad que explica la existencia de otro derecho fundamental que guarda muchas similitudes con el anterior.

El individuo, como ser integrante del grupo social, se encuentra sometido a constantes presiones. El mantenimiento de nuestra imagen social nos obliga a comportarnos bajo ciertas reglas, a vestir de una determinada forma, a usar cierto vocabulario… Esas presiones también se combinan con determinados controles sociales que implican un conocimiento público sobre específicos datos, hechos, acontecimientos y vivencias que afectan al sujeto de referencia y a su entorno. Aquí la persona puede ser controlada en relación con su identidad y la de su familia, su domicilio, su profesión, sus amistades, sus preferencias en su tiempo libre, etc. Evidentemente, esas presiones y controles no pueden ser ilimitadas, sino que tienen una frontera, un ámbito que se le ha de otorgar a todo ser humano para que éste, si lo desea, quede oculto a la luz pública. Ese ámbito en el que el sujeto desea aislarse del mundo se denomina *intimidad.* La intimidad, por tanto, hace referencia a un espacio de reserva que el individuo desea mantener frente a las injerencias procedentes del mundo exterior.

El derecho a la intimidad constituye esa facultad reconocida a toda persona que desea conservar un espacio de su vida oculto al control, al conocimiento y a la injerencia de los demás. Desde esta perspectiva, sigue estando vigente aque-

lla famosa definición del juez Cooley que en 1873 la describía como *right to be let alone,* como derecho a estar solo, como derecho a que nos dejen en paz…

El derecho al honor y el derecho a la intimidad, aunque no se pueden confundir, se encuentran estrechamente vinculados en muchos supuestos. De hecho, podemos observar algunos elementos comunes en la estructura de aquéllos.

En ambos casos se trata de libertades negativas, en el sentido de que no se exige ni a los particulares ni a los poderes públicos que se le permita al individuo desarrollar una determinada actividad (como los derechos de manifestación, de reunión, o la misma libertad de expresión), sino que, por el contrario, se requiere que no se produzca una intromisión, una injerencia en determinado ámbito de la persona. En el caso del derecho al honor, esa injerencia que se rechaza se concreta en la prohibición de desvalorar de forma injustificada a la persona. En el derecho a la intimidad, se veda toda intromisión en un espacio personal que se quiere mantener oculto.

Un ámbito común a ambos viene representado por la gran relevancia, a la hora de establecer la intensidad de la tutela del derecho, del consentimiento, de la actitud, y del comportamiento del sujeto. Por regla general, cuanto mayor sea la voluntad del individuo de evitar la injerencia exterior, mayores posibilidades le otorgará el ordenamiento jurídico para llevar a cabo la protección de su derecho. Y, viceversa, cuando la conducta y la voluntad del ciudadano no se opone a ciertas intromisiones, a ciertos juicios de valor despectivos, el derecho objetivo otorgará un menor grado de tutela al individuo en estos espacios vitales.

El tercer elemento común a intimidad y honor viene representado por ese aspecto normativo que se concreta en la pretensión del directo reconocimiento de la dignidad de la persona en la medida en que se establecen las condiciones de tutela del sano desarrollo de su personalidad.

Pero el derecho a la intimidad y el derecho al honor muestran un aspecto diferencial que ya ha sido aquí resaltado. Esa diferencia se manifiesta más nítidamente cuando se produce una *agresión* a uno de estos valores fundamentales.

En el caso del menoscabo del honor, se ataca directamente a la dignidad del sujeto por cualquier medio que suponga un juicio de desvalor de aspectos esenciales de su personalidad, que en el concepto público significa una menor apreciación del mismo ciudadano, y en el ámbito interno del agraviado implica una ofensa a su propia estima personal.

En cambio, cuando se viola el derecho a la intimidad, el menosprecio de la dignidad de la persona no se produce a través de la ofensa con *animus iniurandi,* con intención de difamarle, ni tampoco, con actos o expresiones que afrenten a su fama o autoestima. La lesión de la dignidad humana se produce a través de una intromisión en un espacio vital del sujeto que desea mantenerse oculto, que quiere conservarlo bajo reserva. Es posible que se valore socialmente en gran medida a una persona, y que ello sea precisamente la causa de que se quieran desvelar aspectos sustanciales de su esfera privada. Esto

ocurre con frecuencia en el ámbito periodístico en relación con personajes de gran relevancia pública.

Puede ocurrir, por ejemplo, que ilegalmente se intercepte la correspondencia de una persona para descubrir sus sentimientos altruistas y su vinculación a diversas tareas de solidaridad, publicando luego un reportaje en un semanario destacando sus cualidades humanas. En tal caso no habría un atentado al honor, pero si aquél no consintió la apertura por terceros de sus cartas y correspondencia privada, nos encontraríamos ante un atentado a su intimidad.

La protección de estos derechos en el ordenamiento jurídico español es muy distinta atendiendo a la intensidad y a la gravedad del menoscabo de los mismos.

Así, desde el punto de vista constitucional, el art. 18 del Texto Fundamental ya establece un claro reconocimiento de estos derechos (Art. 18: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"). El Código civil, a través de la cláusula genérica del art. 1902 ("El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado") puede amparar los atentados al honor o a la intimidad perpetrados sin una específica intención o dolo. Por otro lado, existe una normativa específica de reparación civil de los menoscabos producidos a estos intereses personalísimos. Me refiero a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. La L. O. 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, ha modificado esta norma civil en su Disposición Final Segunda, ampliando y profundizando notablemente en la tutela de los intereses y derechos de las víctimas de los atentados a estos bienes personales.

Las agresiones más intensas al honor, en las que interviene la intención de difamar (*animus iniurandi*), son constitutivas de los delitos de calumnias (arts. 205 y ss.) o de injurias (arts. 208 y ss.), tipificados en el Código penal español de 1995. Aquí tengo que decir que la protección penal frente a los atentados al honor de las personas es una opción político-criminal del legislador. Pues este bien jurídico también puede ser perfectamente salvaguardado con una específica protección civil, sin que ello suponga ningún peligro relevante para la coexistencia social. De hecho, en la práctica, lo que se persigue en mayor medida por el agraviado es recuperar su fama y reputación, y satisfacer su pretensión con una indemnización de daños morales.

La protección penal del Derecho a la intimidad se produce a través de diversas figuras delictivas tipificadas en el C. p., cuales son, entre otros, el descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 y ss.), chantaje (art. 171.2 y 3) y el delito de allanamiento de morada (art. 202).

Como he señalado, considero que el problema político-criminal más relevante viene marcado por la confrontación entre estos derechos y la libertad de expresión, especialmente en el uso que de ésta hacen los profesionales de los

medios de comunicación de masas. La propia Constitución Española reconoce este conflicto cuando de forma expresa, en el número 4 del art. 20, establece unos límites ("Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia"). Evidentemente, el texto constitucional se refiere a las libertades que reconoce en el número 1 de este precepto ("Se reconocen y protegen los derechos:… a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción….b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica….c) A la libertad de cátedra….d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión"). Vamos a realizar unas breves consideraciones sobre la libertad de expresión, a fin de introducir la problemática que va a ser objeto de tratamiento en el apartado siguiente.

El derecho a la libertad de expresión, como todos los derechos fundamentales, cumple en primer lugar una función de reconocimiento de su titular como ser humano. No es humano quien no puede manifestar aquello que piensa, aquello que corresponde con su visión del mundo, aquello que representa su idea de lo que acontece en un ámbito cercano o en otro más lejano y universal… El reconocimiento a expresar libremente las ideas, pensamientos y opiniones, por tanto, no es más que el reconocimiento de la misma condición humana. Desde esta perspectiva, el derecho a la libertad de expresión adquiere, en primer término, un carácter individual que tiene como presupuesto, una vez más, la dignidad humana.

Pero esa libertad de expresión, genérica y abstracta, puede concretarse en diversas manifestaciones que vienen acompañadas por otros valores que encarnan intereses colectivos o sociales de gran relevancia.

De esta forma, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica constituye, a su vez, un presupuesto para el progreso del hombre en la cultura, en las artes, en las ciencias y en la tecnología. La libertad de cátedra establece una condición necesaria para ejercer la docencia universitaria, para contribuir de ese modo a la formación del más alto estamento educativo y del mismo conocimiento humano. Finalmente tenemos el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, que se muestra como el cauce más adecuado para conformar la opinión pública y de esta manera contribuir materialmente a fomentar el pluralismo político. Pero precisamente es en este último aspecto en el que centramos nuestras próximas consideraciones expuestas en el siguiente apartado.

2. MEDIOS DE INFORMACIÓN Y CONFLICTO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Hemos hablado de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad, por un lado, y de la libertad de expresión, por otro lado. Hemos señalado que es bastante frecuente que esta última entre en conflicto con aquellos. Dicha colisión se presenta con bastante frecuencia en el marco de los medios de comunicación de masas (prensa escrita y virtual, radio y televisión, fundamentalmente). Es entonces cuando se plantean problemas a la hora de otorgar mayor o menor relevancia a los distintos intereses que se encuentran enfrentados. Y tomar una u otra opción depende, entre otros factores, de una concepción ideológica. Vamos a examinar más de cerca esta situación de tensión entre los distintos derechos tutelados constitucionalmente.

El derecho a la libertad de expresión, que ha sido tradicionalmente caracterizado como un clásico derecho burgués e individualista por su origen histórico y por la categoría de sus titulares, adquiere una nueva dimensión cuando se manifiesta en el espacio propio de los medios de comunicación de masas. La Constitución Española lo define como derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. El propio Tribunal Constitucional español ha llevado a cabo una distinción, en ocasiones difícil de realizar, entre la libertad de expresión, entendida como libertad ideológica, y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, como un derecho con un cariz no tan individualista, en la medida en que se constituye como presupuesto para el desarrollo de una sana formación de la opinión pública.

"En efecto, por una parte, se configura la libertad de pensamiento o ideológica, libertad de expresión o de opinión, mientras, por otra parte, se construye el derecho de información en una doble dirección, comunicarla y recibirla… El objeto en un caso es la idea y en el otro la noticia o el dato… Esta distinción, fácil en el nivel de lo abstracto, no es tan nítida en la realidad donde —como otras semejantes, por ejemplo hecho y Derecho— se mezclan hasta confundirse… la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el cual deben incluirse también los juicios de valor… El derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos notificables y aun cuando no es fácil separar en la vida real aquélla y éste, pues la expresión de ideas necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, ésta incluye no pocas veces elementos valorativos, lo esencial a la hora de ponderar el peso relativo del derecho al honor y cualquiera de estas dos libertades contenidas en el art. 20 de la Constitución es detectar el elemento preponderante en el texto concreto que se enjuicie en cada caso para situarlo en un contexto ideológico o informativo (STC 6/1988)… Desde esta perspectiva se ha dicho ya, una y otra vez, que mientras los hechos por su materialidad son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud (STC 107/1988)" (STC 223/1992, de 11 de diciembre).

El derecho a comunicar y a recibir libremente información veraz cumple una función absolutamente esencial para conformar el Estado de Derecho como Estado democrático de Derecho. A través de la prensa, de la literatura, de la radio y de la televisión, se informa a la ciudadanía sobre hechos, noticias y acontecimientos relacionados con la vida humana y su coexistencia. Esta información es absolutamente esencial para que los receptores adquieran un conocimiento básico de los diferentes aspectos de esa coexistencia social. Cuanto mayor sea la cultura, la educación, los conocimientos de la persona, más libre será su conducta. Cuando esa información llega a capas enteras de la población, se va conformando la denominada opinión pública, como "toma de posición" más o menos generalizada ante un determinado asunto. Se van encauzando los puntos de vista de los ciudadanos en torno a los temas de trascendencia social, que a su vez, de forma directa o indirecta, influyen en los poderes públicos a la hora de llevar a cabo el tratamiento de los asuntos generales. De ahí que la actividad de comunicar y recibir libremente información veraz sobre aquellos aspectos de la vida social que adquieren trascendencia pública coadyuve a un fortalecimiento del carácter democrático del Estado. La formación de una opinión pública libre acerca a los ciudadanos a la gestión de los asuntos de la vida social, con la consiguiente censura de las formas negativas de gobierno y mantenimiento de los modos positivos de administración de la comunidad. La opinión pública, por tanto, en el Estado democrático influye decisivamente en la ordenación de la coexistencia social. Todo ello explica el gran valor que encarna el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz.

Ahora bien, desde el momento en el que se difunde información sobre un hecho noticiable en el que aparezcan una o varias personas implicadas, ya existe una afectación, positiva o negativa, a su honor, a su intimidad o a su propia imagen. Aun cuando la información sea absolutamente objetiva, totalmente veraz, desde el punto de vista interno, siempre existe la posibilidad de que alguien se sienta ofendido, o se sienta agredido porque, por ejemplo, no desea que su nombre o su imagen aparezca públicamente. Si, por poner un ejemplo, un periódico informa a sus lectores que un alto cargo de la administración del Estado hace frecuentes llamadas a una línea erótica con el teléfono que costea el erario público, siendo todo ello totalmente cierto, es seguro que el sujeto implicado va a sentirse agredido en su honor, en su intimidad y en su imagen personal.

Con ello quiero decir que el ejercicio de la actividad periodística, incluso en el caso de que se desarrolle con total pulcritud, de una u otra forma afecta a los derechos señalados. Evidentemente, dicha afectación puede alcanzar muy diversos grados de intensidad. Puede tratarse de una mera intromisión que sólo es percibida por el afectado, pero que desde el punto de vista objetivo ni siquiera conformaría injerencia alguna en el honor o en la intimidad de aquél. Puede que se haya producido un atentado a estos derechos, pero que dicho atentado esté justificado. Puede que haya habido un exceso en las valoraciones personales de los sujetos implicados, pero que dicho exceso, no justificado, sólo merezcan una

indemnización civil (por ejemplo, atentado al honor sin *animus iniurandi*). Y, finalmente, es posible que el comunicador aproveche la información para vilipendiar, insultar, difamar y menospreciar a una persona sin necesidad alguna. Si así ocurre, nos encontraremos ante la perpetración de hechos que adquieren el cariz de delictivos (calumnias o injurias).

Pero en esta colisión de derechos, el componente político-criminal es determinante en la inclinación de la balanza a uno u otro lado. En efecto, en un Estado autoritario, la libertad de expresión se encuentra notablemente limitada, y más todavía cuando se trata del ejercicio de la crítica política. Además, suelen establecerse figuras delictivas que protegen especialmente el honor de ciertas personas relevantes en el sistema político (así, delitos de desacato cuando se trataba de afrentas a autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones). Aquí el honor y la intimidad de los ciudadanos, particularmente el de los más poderosos, se encuentra especialmente protegido frente a una libertad de expresión mutilada.

En cambio, en los países auténticamente democráticos, la libertad de expresión, especialmente en su versión de derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, llega a estar, en ocasiones, por encima de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así ocurre en los supuestos en los que se realiza crítica política, o en los que se informa sobre asuntos de interés general o en relación con personajes de gran relevancia social. Fuera de estos casos, la libertad de expresión y otros derechos de la personalidad se encuentran en un mismo plano.

Ciñéndonos ahora exclusivamente al ámbito del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el marco de los medios de comunicación de masas, hemos llegado a una primera conclusión en la que afirmábamos la afectación a los derechos al honor y a la intimidad en el desarrollo de su ejercicio. Ahora tenemos que ver bajo qué condiciones ese ejercicio del derecho a comunicar libremente información a la opinión pública justifica una intromisión, injerencia o menoscabo del honor y de la intimidad de la persona. A este respecto, voy a seguir la doctrina emanada del Tribunal Constitucional español, no por el mero hecho de que proceda de esta Alta Instancia, sino por su grado elevado de racionalidad y fundamentación jurídica.

La premisa básica parte del interés general que persigue el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, cual es la formación de una sana opinión pública como presupuesto esencial del desarrollo democrático del Estado. Pero esa función de formación libre de la opinión pública, podrá ser satisfecha cuando la información que se proyecta tenga, al menos, visos de realidad. La falsa narración de hechos, la tergiversación de una historia, la mendacidad en el relato de un acontecimiento no satisface ese objetivo, todo lo contrario, influye negativamente manipulando a la ciudadanía. También queda claro que el asunto que se trate debe reflejar cierto interés general, pues de no ser así, poca relevancia va a mostrar para que llegue a constituirse en elemento configurador

de las valoraciones colectivas. A partir de ahí, varios son los parámetros que han de tomarse en consideración a la hora de resolver el conflicto que se presenta entre el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, y estos otros del honor, la intimidad y la propia imagen.

En primer lugar, el objeto de la información debe versar, como he señalado, sobre hechos que tengan *trascendencia pública*. Si el contenido de la narración no tiene esa relevancia para la generalidad, entonces los atentados al honor y a la intimidad de las personas afectadas, no estarán justificados. Así, el problema radica ahora en la determinación de lo que deba entenderse por información de trascendencia pública. Aquí tienen que tomarse varios criterios en consideración, que pasamos a examinar brevemente.

De este modo, toma relevancia la materia objeto de tratamiento informativo. Los asuntos relacionados con la gestión de la vida pública y la política son considerados como de alto interés para la conformación de la opinión pública en relación con la construcción del pluralismo político. De ahí que en estos ámbitos se pueda extender la afectación a los derechos al honor y a la intimidad más allá que en otros espacios más privados.

El interés público de la noticia debe tomarse, de igual forma, en consideración. En ocasiones, cualquiera que sea la razón, un determinado acontecimiento, un hecho o un personaje cobran una especial atención para la ciudadanía (un descubrimiento científico, una personalidad especial, un pueblo que se pone de moda, etc.). Es entonces cuando la información adquiere trascendencia pública en el sentido que estábamos señalando.

Y un tercer criterio importante para la determinación de la relevancia general de la información viene constituido por la calidad de la persona objeto de la noticia. Los denominados personajes o personalidades públicas, se caracterizan porque, por su cargo, por su función, por el arte o ciencia que desempeñan, o simplemente, porque en un determinado momento han sido dados a conocer a la luz pública, tienen un deber de soportar las intromisiones a su vida privada, a su fama e imagen, mucho más fuerte que el resto de los ciudadanos de "a pie". Este deber de soportar la injerencia a estos derechos tiene su origen en muy distintas razones. Así, puede ser por el cargo político que desempeñan (alcaldes, ministros, presidentes de Comunidad Autónoma, etc.). Puede que su llegada a la fama obedezca a la profesión u oficio, ciencia o arte que lleven a cabo (deportistas profesionales, artistas, científicos de primer orden, cirujanos relevantes, juristas famosos, etc.). Puede incluso que determinadas personas no realicen ninguna actividad trascendental para la vida social, pero por determinados condicionamientos, la ciudadanía pone su atención en ellos (así, familiares o amigos de personajes famosos). En todo caso, constituidos en sujetos públicos, la ciudadanía adquiere un derecho a tener cierto conocimiento en relación con la vida social y privada de aquellos. En ocasiones, la actitud de algunos de ellos de buscar la notoriedad a través de los medios de comunicación justifica una mayor permisibilidad en las intromisiones que se producen a su vida privada. En todo

caso, que duda cabe que los ataques al honor y a la intimidad en relación con personas con relevancia pública, en el ejercicio de la profesión periodística, tienen que ser más intensos que cuando se trata del resto de los ciudadanos para que tenga lugar la tutela del Derecho Penal.

El segundo parámetro a tomar en consideración para determinar la primacía del derecho a la libertad de expresión en el ámbito de los medios de comunicación de masas frente a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, es éste que hace referencia a la *veracidad.* Como he señalado líneas arriba, el derecho a comunicar y recibir libremente información, sólo puede cumplir su función cuando dicha información sea veraz. Pues sólo en estos casos se establecen los presupuestos para la formación libre de la opinión pública y el fortalecimiento del pluralismo político.

Evidentemente, el concepto de veracidad no puede ser entendido, de ningún modo, como una absoluta coincidencia entre lo que narra o difunde el artículo periodístico, o el programa de radio o televisión, y la realidad de lo acontecido. Pues la verdad objetiva y absoluta, de existir, no es posible reflejarla en todas sus dimensiones y con todos sus matices. Si se exigiese en la actividad de los medios de información esa coincidencia con la realidad de las historias humanas y del devenir de la vida social, pudiendo el afectado querellarse o denunciar la información por atentados a sus derechos personalísimos, la libertad de expresión quedaría reducida a cenizas. El temor a las nefastas consecuencias que podría acarrear la información, al dudarse sobre su absoluta exactitud en relación con hechos y circunstancias que sucedieron, limitaría notablemente la capacidad de comunicación de los profesionales, arruinando el objetivo de la formación libre de la opinión pública.

Por ello, la exigencia constitucional de la veracidad de la información viene referida a la valoración de la acción del profesional y no a la valoración del resultado obtenido. Es suficiente, por tanto, que exista una diligencia en la búsqueda de los datos para elaborar el trabajo periodístico. Es suficiente con la demostración de seriedad en la constatación de la existencia de las pruebas y en la recopilación de materiales para la elaboración de la correspondiente información. Y si se demuestra esta actividad propia del profesional que merezca este adjetivo, aunque no exista coincidencia entre lo expresado en el trabajo informativo y la realidad de los hechos acaecidos, y siempre que el comunicador haya tenido la intención de narrar esa realidad de forma objetiva y contrastada, podremos hablar de noticia, de reportaje, de programa *veraz.* Expresado en palabras del mismo TC, "… el nivel de diligencia que garantiza la veracidad se ha situado por este Tribunal en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho, en un extremo, y la transmisión de suposiciones, meras invenciones, insinuaciones insidiosas o noticias gratuitas o infundadas cuando la información puede suponer el descrédito ajeno, en el otro" (SSTC 6/1988, 171/1990, 139/1995, citadas por esta otra, STC 200/1998 de 14 de octubre). Este último polo al que se refiere el Alto Tribunal, no cubriría la tutela de los aten-

tados a la intimidad y al honor que se perpetrasen en la elaboración del correspondiente programa o reportaje.

Finalmente, tienen que destacarse otros elementos sustanciales que nos proporcionan argumentos para inclinar la balanza al platillo de la libertad de expresión o al de los derechos de la personalidad del afectado. En este sentido, tanto el TS como el mismo TC en el famoso caso José María García *versus* Ramón Mendoza dieron a conocer expresamente otros parámetros a tomar en consideración.

Atendiendo al art. 2. 1 de la L. O. 1/1982, de 5 de mayo, que hace referencia a la delimitación de los derechos al honor, a la intimidad individual y familiar y a la propia imagen, y en el que se mencionan los usos sociales y la propia actuación de los sujetos afectados ("La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia"), la jurisprudencia de estos tribunales recurre a criterios que limitan estos derechos, como la posición pública que ocupe el sujeto ofendido, su actitud y talante en relación con el ofensor, y el contexto en el que se produjo la agresión que afecta al derecho en cuestión. Sobre la personalidad pública ya hablé cuando examiné el requisito de la trascendencia social del asunto objeto de la información. De ahí que ahora me refiera sólo a estos dos últimos aspectos limitativos.

El contexto donde se desarrolla el ejercicio de la libertad de expresión es de gran relevancia. Por ejemplo, en el ámbito de las campañas electorales, tanto las ofensas que se lancen los políticos antagonistas, como la propia crítica periodística, aceptan niveles de injerencia en el derecho al honor mucho más elevados que fuera de este contexto. La gran relevancia de las campañas políticas en época electoral para la conformación del pluralismo político explicaría esta primacía en favor del derecho a la información, aun cuando se pudiera producir algún atentado a derechos relacionados con la esfera privada del afectado.

El otro criterio al que quería yo ahora hacer referencia es el atinente al *comportamiento del agraviado*, a su actitud, a su trato y relaciones con el ofensor. En el apartado anterior ya se señaló que el consentimiento del sujeto pasivo, su voluntad en relación con la valoración social de su vida privada o dignidad humana, constituye una especie de radio que otorga mayor o menor volumen a la esfera de protección de su honor o de su intimidad. De ahí que quien voluntariamente se involucra en situaciones en las que dicho honor o dicha intimidad puede resultar afectados, tenga que soportar en mayor grado los atentados a estos derechos procedentes del ejercicio de la libertad de expresión. Así ocurre, normalmente, en el caso de personas "famosas", que adquieren relevancia pública por su trabajo o su actividad (actores y actrices, cantantes, deportistas profesionales, presentadores de televisión, etc.). Algunos de ellos son muy cuidadosos con su vida privada, y posiblemente son más "respetados" por los mismos medios de comunicación, y más protegidos por el propio Derecho. Pero otros

que quieren mantener la popularidad a toda costa, aun cuando no tengan oficio ni beneficio, venden toda su intimidad, toda su vida privada, todo su honor al mejor postor. Con ese comportamiento devalúan la defensa de estos valores, y los ataques a los mismos que se produzcan por medio de programas de televisión o reportajes periodísticos son más frecuentes en la práctica, y encuentran una mayor cobertura legal en la teoría. También quien participa voluntariamente en una campaña electoral, o en un debate político, sabe que puede ser sometido a la crítica más feroz, satírica, y en ocasiones, ofensiva, la cual tiene que soportar por estas mismas razones. En el caso José María García *versus* Ramón Mendoza, también se tuvo en cuenta el comportamiento del famoso periodista contra el entonces presidente del club de fútbol Real Madrid. Aquél había insultado y vertido muchos juicios de desvalor en relación con la persona de éste, y no siempre de forma justificada. Cuando en una asamblea de socios, el dirigente madridista ofendió al padre del periodista, tanto el TS como el TC entendieron que, junto a otros elementos, había que tomar en consideración que quien constantemente está llevando a cabo una campaña de descrédito contra otra persona, tiene que soportar con mayor rigor las salidas de tono que lleve a cabo el sujeto objeto de la crítica periodística.

Y de esta forma se han aportado fundamentos y argumentos que nos ayudan a resolver este conflicto de derechos constitucionales tan relevante en la sociedad actual.

Bibliografía

ÁLVAREZ GARCÍA, J.: *El derecho al honor y a las libertades de información y expresión*. Valencia, 1999. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor y libertad de expresión.* Madrid, 1987. BOIX REIG, J.: *La difamación en la prensa,* Revista General de Derecho, núm. 669 (2000). BORJA JIMÉNEZ, E.: *El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada*, en Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen 1º. Valencia, 1997. CARBONELL MATEU, J. C.: *Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal.* Estudios Penales y Criminológicos. Santiago de Compostela (1994-1995). CUERDA ARNAU, M. L.: *Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento.* Revista General de Derecho Penal, núm. 8 (2007). DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Libertad de expresión y Derecho penal: zonas de conflicto.* Revista del Poder Judicial, núm. 85, (2007). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *El Derecho Penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad,* en Estudios penales. Barcelona, 1984. GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Consideraciones político-criminales sobre los delitos contra el honor*, en Política Criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal. Madrid, 1993. JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad de expresión y delitos contra el honor.* Madrid, 1992. LUZÓN PEÑA, D. M.: *Protección penal de la intimidad y derecho a la información.* ADPCP (1988). MADRID CONESA, F.: *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho.* Valencia, 1984. MAQUEDA ABREU, M. L.: *Los delitos contra la libertad y seguridad*. Granada, 1988. MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, Barcelona, 1984. MORALES PRATS, F.: *Los delitos contra la intimidad en el Código Penal de 1995: reflexiones político-criminales,* en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial). Consejo General del Poder Judicial. Madrid,

1996. MUÑOZ CONDE, F.: *Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de Derecho,* Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Prof. Antonio Beristáin. San Sebastián, 1989. MUSCO, Enzo: *Medios de comunicación, libertad de expresión e impunidad penal.* Revista Penal, núm. 18 (2006). VIVES ANTÓN, T. S.: *Libertad de expresión y derecho al honor.* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada II-13. Granada, 1987.

Lección 9ª

Tutela penal de la familia

1. Conflictos intrafamiliares en sentido amplio, respeto a la vida privada e intervención de los poderes públicos.
2. Violencia doméstica y de género: la respuesta del Derecho Penal.

Uno de los problemas que, sobre todo en los últimos años, más preocupación ha generado en las sociedades de Europa Occidental y Latinoamérica, es el que deriva del alto grado de violencia que se genera en el ámbito familiar. Las cifras, que oscilan dependiendo de la fuente que se consulte, muestran datos muy significativos. En España, a principios del Siglo XXI, en los años 2000 y 2001, se presentaron en torno a las 22000 denuncias (entre delitos y faltas) por agresiones físicas o psíquicas procedentes de un miembro del clan familiar frente a otro miembro. En los últimos tiempos, el número de homicidios que se ha producido en ese marco de convivencia ha pasado del medio centenar anual, a situarse entre las sesenta y setenta víctimas, mujeres en su gran mayoría.

Pero estas cifras son sólo eso, cifras. Todos los estudios realizados sobre violencia doméstica ponen de manifiesto que el número de denuncias y de condenas tan sólo representa la punta del iceberg, pues las estimaciones reales sobre el nivel de agresiones físicas y psíquicas en la convivencia familiar, parece ser muy superior. Así se manifiestan algunas organizaciones internacionales que han investigado seriamente el problema (Banco Mundial, Banco Internacional para el Desarrollo), y presentan unos datos, que son realmente escalofriantes, y que parecen no conocer excepción en ninguna parte del Planeta.

La magnitud de este conflicto afecta al mismo desarrollo del Estado. Pues la agresividad que se genera en el marco de la convivencia doméstica, alcanza siempre a los más débiles. Así, la primera víctima de la violencia doméstica es la mujer, seguida de los hijos. Los supuestos de agresiones de descendientes a ascendientes eran realmente excepcionales, pero en los últimos tiempos están creciendo de forma alarmante entre la población juvenil. La violencia de mujeres a hombres representa un mero dato anecdótico, y se manifiesta en forma de maltrato psíquico.

Y ello determina que las pautas de comportamiento violento suelan repetirse por las mismas víctimas, dando lugar, en casos de una excesiva generalización, a procesos de internalización de esa violencia…

Ante un conflicto de tamañas dimensiones, el poder público tiene la obligación de actuar con todos sus medios. Claro está que nunca se va a poder erradicar este fenómeno de criminalidad, pero la política del Estado, sea central, autonómico o local, tiene que estar dirigida a frenar, con todos los medios ra-

cionales que estén a su alcance, esta realidad criminal tan amarga. Y aquí nos encontramos con un obstáculo que presenta la propia idiosincrasia de esta clase de violencia. Y es que ésta se genera dentro del marco familiar. Ello implica que haya que plantearse los límites al respeto a la intimidad y a la vida privada familiar cuando se tengan que resolver cierto tipo de conflictos que suceden en el seno de ese ámbito de convivencia.

De ahí que en la presente lección se vayan a exponer dos cuestiones fundamentales. La primera, presupuesto de la segunda y con carácter instrumental, atiende a los parámetros del concepto de familia, de los derechos y deberes existentes entre sus miembros, que pueden ser ahora formulados en el Estado social y democrático de Derecho. La segunda analiza la realidad de la violencia doméstica (como violencia de género en su más relevante manifestación) y las fórmulas político-criminales empleadas por los poderes públicos para hacerle frente. Voy a desarrollar estos puntos en los dos epígrafes de esta lección.

1. CONFLICTOS INTRAFAMILIARES EN SENTIDO AMPLIO, RESPETO A LA VIDA PRIVADA E INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

La evolución del Estado afecta a la misma concepción de la familia, y a la forma en que el Derecho regula sus relaciones internas. El régimen político que imperó en España entre 1939 y 1975, gobernado por el general Franco, se caracterizaba, entre otras notas, por el modo *personalista* en el que se gobernaba el país, y por cierta actitud *paternalista* que impregnaba determinadas áreas del ejercicio del poder público.

Ello se proyectaba en ámbitos muy diversos. Así, por ejemplo, las relaciones entre trabajador y patrón no se encontraban en términos de igualdad, pues no existían derechos sociales como el que se centra en torno al declarar huelga o la negociación colectiva. No obstante, los empleados gozaban de una gran seguridad en el puesto de trabajo que hacía muy difícil la posibilidad de ejercitar el despido por parte del empresario. El trabajador, de esta forma, era considerado como la parte débil de la relación laboral, que, como un ser que no goza de capacidad plena, no puede ser titular de derechos sindicales, y por ello necesita de la tutela del Estado.

En el ámbito de la educación se plasmaba un esquema similar. El maestro representaba la autoridad en el seno de la escuela. Era la persona que velaba por la formación y la enseñanza en los buenos valores a los escolares. Ni éstos, ni tampoco sus padres, tenían derechos de respuesta frente a la actitud de aquél, pues sus intenciones y cometidos siempre iban destinados a la correcta formación de los escolares. De hecho, podían ejercer, y en ocasiones ejercían, un método educativo de "mano dura" ("la letra, con sangre entra"), que implicaba el

empleo de la violencia cuando se consideraba necesario para corregir a los pupilos o para motivarles al aprendizaje. El profesor de primaria, por tanto, ejercía su poder educativo porque velaba por el bien de los alumnos, a los cuales había que guiar, orientar y proteger…

Podríamos poner algunos ejemplos más en ámbitos como la parroquia, el médico, el funcionariado en general, la policía o el ejército. Pero ahora tan sólo cabe destacar que esta imagen también se reflejaba en la misma concepción de la familia. La jerarquía y la autoridad, representativas del modelo ideológico del régimen, se encontraban presentes en el seno de la convivencia. El padre, a imagen y semejanza del general, del alcalde, del maestro o del párroco, velaba y protegía a los miembros del clan, y éstos le tenían que procurar respeto y obediencia.

Las relaciones intrafamiliares no se contemplaban en términos de igualdad, pues tanto la mujer como los hijos estaban subordinados a la posición del padre de familia. Ésta constituía un reflejo de la estructura política del Estado franquista. Los ciudadanos debían confiar en el Caudillo, que siempre actuaba en vistas a la obtención del bien común. Y por eso era absurdo pensar en derechos y libertades de los súbditos, dado que éstos no tenían que preocuparse por su bienestar, ya la Autoridad velaba por ello. De igual forma, la mujer debía obedecer al marido, ser una buena esposa y una buena madre, dado que aquél actuaría siempre en interés de todos. La mujer y los hijos, pues, gozaban de hecho de una menor capacidad jurídica que el *pater familias,* pues se les consideraba en un nivel jerárquico inferior, merecedores no tanto de derechos, como de protección y tutela.

Si la configuración ideológica del Estado (autoritaria, personalista, paternalista) se proyectaba en instituciones como el ejército, la policía, la iglesia o la escuela, allí se depositaba una especie de *delegación de hecho* del poder público. La libertad que era escamoteada a la sociedad civil, se entregaba al comisario, al maestro, al párroco… Y en su respectivo espacio, el mismo poder público confiaba en su representante, de tal forma que raramente existía injerencia o intervención, salvo casos extremadamente graves. También la familia, como no podía ser de otra forma, se veía imantada por esta influencia ideológica.

Se puede comprender entonces que en los modelos autoritarios, el ejercicio de la violencia dentro de alguna de las instituciones que hemos señalado, es tolerado como forma de ejercicio de la autoridad (especialmente, en el ejército, en la policía o en la escuela). Y, como no podía ser menos, en el recinto familiar también se "hacía la vista gorda" ante cierto tipo de agresiones físicas o psíquicas. Si se trataba de imponer orden en el seno de la convivencia, o de corregir a los hijos, la utilización de la fuerza era contemplada como uno de los instrumentos adecuados para salvaguardar la paz frente a los conflictos que allí se originaban. Se prefería tutelar el mantenimiento de ese buen orden familiar antes que los derechos a la integridad física y moral de las víctimas de la vio-

lencia doméstica, hasta cierto límite, claro está (no se toleraban lesiones graves, mutilaciones o muertes).

Con el fallecimiento del General Franco, murió el franquismo, y la Constitución Española de 1978 daría paso al denominado Estado social y democrático de Derecho. El modelo autoritario, personalista y paternalista, desapareció, y fue sustituido por otro en el que primaban como valores superiores, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. Bajo estos términos, también hubo de cambiar la concepción de la familia.

El ejercicio en plano de igualdad de todos los derechos fundamentales y libertades públicas determinaría que, cualquiera que fuera el estado civil de la persona, ésta no sufriría merma en esos derechos por razón de su situación jurídica en el marco de la familia. De este modo, el art. 14 de la CE establecía la igualdad de todos los españoles, sin que pudiera prevalecer ningún tipo de discriminación por ninguna circunstancia o condición personal o social. Y en este sentido, el art. 15 del mismo texto, declaraba, entre otras cosas, que todos tienen derecho a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes.

El matrimonio se constituye ahora, fiel con estos principios, fuera de los parámetros de subordinación que marcaba el régimen anterior, y así lo enunciaba el Texto Fundamental cuando en su art. 32 reconocía al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. De ahí que el cambio de estado civil no podría suponer una limitación de la capacidad jurídica de la persona. Y a partir de estos presupuestos, es cuando se puede comprender una protección integral del ordenamiento jurídico, como determina el mismo art. 39 del Texto Constitucional: "… los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia… los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualesquiera que sea su estado civil… los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda… los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Bajo estos presupuestos, ahora ya no se puede contemplar a la familia como un clan dirigido por un patriarca, sino como un grupo humano unido por vínculos de sangre o afectivos que a través de la convivencia persigue alcanzar objetivos comunes que pretenden proyectarse en un desarrollo integral de la personalidad de cada uno de sus miembros. En este espacio, para fomentar ese libre desarrollo de la personalidad de cada sujeto, se crea una vida privada familiar que debe respetar tanto el poder público como la misma ciudadanía. Ese respeto alcanza hasta la prohibición de injerencia en conflictos que pueden ser de gran relevancia ("los trapos sucios se lavan siempre dentro de casa"). Prueba de ello nos la proporciona el mismo ordenamiento punitivo, que no sanciona penalmente determinados comportamientos contra la propiedad cuando se perpetran

entre determinados parientes (art. 268 del C. p.: "… están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación"). El límite de injerencia del Estado en el orden penal, como podemos apreciar, se encuentra en el ejercicio de la violencia.

Es decir, que de ahí extraemos una primera conclusión. La forma en que se desenvuelve la convivencia familiar, incluyendo el modo de resolver los conflictos que se generan en su seno, conforma la esfera de la vida privada doméstica, que debe ser respetada tanto por el Estado como por el resto de la ciudadanía. El poder punitivo del Estado hará acto de presencia cuando (aparte de cualquier otro delito que se pueda perpetrar), se utilicen medios violentos como forma de resolver esos conflictos, como forma de exteriorizar las frustraciones, etc. Sólo en supuestos excepcionales, los padres podrán corregir moderada y racionalmente a los hijos empleando la fuerza física, si es ésta la única vía para alcanzar determinados fines legítimos. Claro, que esta posibilidad ha quedado en entredicho tras la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, y cuya disposición final primera modificó varios artículos del Código Civil, entre ellos, el 154 y el 268, que expresaban, respectivamente, el derecho de corrección de los menores por parte de los

padres y de los tutores. Con esta modificación queda vedada toda forma de actuación violenta como mecanismo de corrección de los hijos menores o pupilos.

En el apartado siguiente se analizarán las distintas formas de violencia intrafamiliar y los mecanismos más viables a disposición de los poderes públicos para hacer frente a este fenómeno criminal. No se puede olvidar, sin embargo, que el Derecho Penal lleva a cabo una protección de los diversos derechos y deberes que se entretejen en el marco de la institución de la familia, y que van más allá del gran problema de la violencia doméstica. Así, en el Título XII del Libro Segundo del C. p. español encontramos los delitos contra las relaciones familiares, y destacamos conductas tan relevantes como la bigamia, el abandono de familia o el impago de pensiones. Sin embargo, por las razones aducidas, vamos a centrar nuestro análisis en el marco de la violencia doméstica y de género.

2. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO: LA RESPUESTA DEL DERECHO PENAL

Partimos ya de la premisa, ineludible en un Estado social y democrático de Derecho, de que los supuestos de agresiones físicas y psíquicas que se perpetran

en el marco de la convivencia familiar, deben ser objeto de persecución penal y castigo. Pues aquí ya no es posible conformarse con el empleo de otros medios de solución del conflicto (que pueden acompañar, pero no sustituir, a la vía penal, como los supuestos de separación o divorcio, mediación, etc.). La misma dignidad de la persona es la que se menoscaba frontalmente cuando uno de los miembros del clan descarga su agresividad frente a otro u otros. Aquí quisiera realizar unas matizaciones.

A lo largo de este *Curso de Política Criminal* hemos podido apreciar que los comportamientos calificados como delitos que lesionan bienes jurídicos individuales, también afectan a valores como la libertad o la dignidad humana. Pero existen conductas criminales que, ya no de forma indirecta, sino de modo frontal e inmediato, atentan a ese presupuesto fundamental. Y atentan a ese presupuesto fundamental porque de alguna forma se instrumentaliza al ser humano, se le utiliza como si de una cosa se tratase, desconociendo precisamente ese respeto que merece por el mero hecho de haber nacido persona… Veíamos que en los delitos contra la indemnidad sexual, se menoscababa ya en primer término la dignidad del menor de trece años o del incapaz que accedía a realizar la conducta sexual, pues éste, en última instancia, era utilizado como un mero objeto para satisfacer los lúbricos deseos del sujeto activo. De igual forma, la vejación, el vilipendio, el insulto representaba en los delitos contra el honor un atentado a la misma valoración social e individual de la persona, a su estimación que pudiera realizar la sociedad o ella misma. Refleja, en definitiva, un atentado a su misma dignidad. También veremos que en los delitos de racismo y xenofobia se despoja al agraviado de toda consideración humana, como si se tratase de un ser inferior, de un animal, y no de una persona titular de derechos y merecedora de un mínimo respeto. En esta misma línea se pueden entender los supuestos de agresión intrafamiliar.

Se señaló en su momento que los casos de violencia doméstica suelen perpetrarse, en la mayoría de las ocasiones, por el marido o compañero sobre su mujer o compañera sentimental, incluso cuando la relación de pareja ya ha fenecido. Encontramos otros supuestos, menos frecuentes que el anterior, pero también significativos, en los que uno, o los dos componentes de la pareja, progenitores o no, maltratan física o psíquicamente a los menores de edad que se encuentran a su cargo. Finalmente, son excepcionales las lesiones producidas por la mujer al marido, o las causadas por los hijos a los padres. Aunque, como también se ha señalado, en este último supuesto van aumentando cada vez más casos en el marco, sobre todo, de los menores de edad. De ahí que la mayoría de las reflexiones que aquí se van a verter vengan referidas, con prioridad, a la situación de víctima de la violencia que vive la mujer, a la denominada violencia de género.

Y siguiendo con el argumento expresado dos párrafos arriba, nos podemos preguntar qué valores, qué intereses, qué bienes se atacan cuando un sujeto llega a su casa y, buscando cualquier pretexto, golpea a su mujer. Se puede pensar que es la integridad física o la salud el bien agredido de forma inmediata. Pero, sin menospreciar este aspecto, y al igual que vimos en los ejemplos anteriores

(delitos contra el honor, contra la indemnidad sexual o contra la integridad moral), lo primero que salta a la vista en este tipo de agresividad es la desconsideración absoluta al ser humano que se golpea. Se parte de la idea de que se tiene derecho a maltratar al familiar, de que éste se merece una paliza, de que no hay otro remedio para corregir su conducta provocadora. La víctima es considerada como un objeto más del patrimonio del agresor. Y en realidad ese agresor únicamente percibe a un sujeto que está destinado a ser objeto de sus golpes, de sus insultos, de sus vejaciones. Sólo se percibe a un instrumento que tiene como función soportar la descarga de la agresividad que le produce sus complejos e insatisfacciones, su temperamento, su incultura o su simple brutalidad. No se ve a la persona que hay detrás de esos insultos y moratones. No se estima su valor como ser humano, como ser que es capaz de sentir los golpes y los insultos, que es capaz de sufrir, de pensar y de valorar.

En primer lugar, pues, se desprecia y se menoscaba, la dignidad de la persona, ese reflejo de respeto que todo ser humano merece por el hecho de haber nacido. Luego, como en los casos anteriores, se tomará en consideración el sufrimiento físico y psíquico, su salud, su formación y el mismo libre desarrollo de su personalidad. Pero el primer bien jurídico agredido es la dignidad humana. Y la primera obligación de todo poder público es tutelar la dignidad humana.

Ya sabemos que en el seno de la familia se producen, en ocasiones, supuestos habituales de violencia de un miembro frente a otro u otros. Ya sabemos que esos supuestos de agresión atentan a la dignidad de la persona, a su integridad física y moral, y que por ello, el Estado tiene el deber de utilizar todos los medios legítimos a su alcance para hacerle frente. El análisis que cabe ahora realizar parte del examen de los problemas fundamentales que presenta este tipo de criminalidad y de las fórmulas político-criminales más adecuadas para proceder a combatir sus causas y disminuir al máximo sus efectos.

Las peculiaridades propias de este tipo de violencia obstaculizan su persecución penal. Se trata de agresiones que se provocan en el seno de la morada, con dificultades de prueba. Se llevan a cabo frente a personas que, en la medida en que la soportan con cierta habitualidad, tienen un carácter débil, con problemas de personalidad. En la mayoría de los casos, quienes sufren las continuas agresiones son mujeres que dependen económicamente de sus agresores, que soportan esa situación por no perjudicar a sus hijos, o por convencimiento cultural de que ésa es su condición, la de víctima. Si carecen de independencia económica, temen por el futuro de los hijos y el de ellas mismas. No saben adónde ir, qué hacer, dónde encontrar trabajo. Y, en ocasiones, el problema se agrava, porque existe una especie de aceptación trágica de que su destino no puede cambiar. Cuando son muchos los años sufriendo esos malos tratos, llega a producirse una absoluta desvalorización de su propia persona, alcanzándose incluso a justificar las razones de la violencia contra ellas mismas con base en su personal comportamiento. De ahí que un primer flujo de dificultades aflore merced a los condicionamientos de la misma víctima.

Se presentaban obstáculos en la actitud de los funcionarios de policía o justicia. Pues la mujer o el menor maltratado en muchas ocasiones sufría la poca preparación o el deficiente conocimiento de este tipo de situaciones por parte de los correspondientes empleados públicos cuando el hecho era denunciado. Las trabas burocráticas, las actitudes machistas, la ausencia de personal sensibilizado y especializado con esta específica problemática, no fomentaban la denuncia y persecución de estos hechos penales.

La propia legislación penal, material y procesal, adolecía de algunos defectos para hacer frente a la violencia intrafamiliar.

Así, durante un tiempo, la agresión en el marco doméstico se contemplaba como un mero delito de lesiones, tomándose en consideración, para proceder al enjuiciamiento, el resultado del menoscabo físico. Luego se superó esta deficiencia exigiendo, para calificar al comportamiento como hecho delictivo, la existencia de la violencia y cierta habitualidad. Si faltaba esa habitualidad, la conducta se consideraría como falta.

Los problemas procesales derivaban de la convivencia, que determinaba que durante el desarrollo del proceso fuera posible que agresor y ofendido conviviesen en el mismo domicilio, o que la víctima sufriese la presencia física, coactiva y amenazante, del procesado en el espacio público o laboral. Esta indeseable cercanía física de los dos polos del hecho delictivo se producía en muchos actos procesales, y contribuía al desistimiento de la acción penal en manos de la persona agredida (por miedo, por vilipendio, etc.).

Frente a estas dificultades concretas que aparecen cuando existe un planteamiento para combatir la violencia doméstica, se han propuesto tres distintos órdenes de soluciones (en el plano victimológico, en el plano de los órganos públicos de denuncia y persecución de los ilícitos, y en el plano del Derecho Penal material y procesal).

Atendiendo a la problemática específica que presenta la víctima, las primeras medidas de intervención deben estar dirigidas a que éstas tomen conciencia de su trágica e insostenible situación, para que denuncien a los agresores e inicien los correspondientes procesos penales y civiles. Para ello van a ser fundamentales las campañas de formación, educación y toma de conciencia llevadas a cabo tanto por los poderes públicos como por los entes privados. La utilización de los medios publicitarios en radio y televisión, la educación en el respeto a los derechos humanos en la escuela, en el instituto y en la Universidad, los documentales de denuncia son algunas de las actuaciones que pueden tener gran eficacia para conseguir que los ofendidos tomen conciencia de su situación y que la ciudadanía evalúe la problemática en su verdadera dimensión.

Se ha señalado que otro de los grandes obstáculos en la lucha contra la agresión intrafamiliar reside en la escasa independencia económica con la que cuenta la víctima. Si abandona el domicilio conyugal, queda sin techo, sin alimento, sin dinero. Por eso es frecuente que transcurra mucho tiempo hasta que la persona agredida se decida a tomar la decisión. Y de ahí que los poderes públicos

(Estado, Comunidad Autónoma, Provincia y Municipio) estén obligados a crear un régimen de establecimientos de acogida, para aportar estos primeros bienes a los correspondientes sujetos pasivos. De igual forma, la creación de asociaciones de víctimas que colaboren para informar a los agredidos de sus derechos, de sus posibilidades en la obtención de ayudas, de formación o de un puesto de trabajo, va a tener, y tiene, gran relevancia. El apoyo moral y la ayuda psicológica, el contacto con otras personas que hayan sufrido experiencias similares, son también elementos de consideración que pueden auxiliar a la reducción de los efectos postdelictivos y a la iniciación de medidas concretas para combatir la violencia de género.

Como he señalado, dependiendo de la administración pública que se trate, se realizan mayores o menores esfuerzos, según las posibilidades de actuación y la voluntad política de los gobernantes, para apoyar (en el caso de que las actividades partan de una asociación privada) o impulsar este tipo de iniciativas. A este respecto hay que señalar que la voluntad política y social ha sido prácticamente unánime a la hora de volcar todos los esfuerzos para combatir este tipo de criminalidad, con independencia del color ideológico del partido político o la asociación. Así, desde distintos gobiernos se han desarrollado varios planes estatales integrales de lucha contra la violencia de género que culminaron con la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ley que, por primera y única vez en la historia parlamentaria española, fue aprobada por unanimidad.

Así, ya el II Plan integral contra la Violencia Doméstica (2001/2004), establecía los cuatro objetivos fundamentales que se encuentran en esta línea que se acaba de señalar. Así, en primer lugar, se pretende "… fomentar una educación basada en los valores de diálogo, respeto y tolerancia, para evitar que las futuras generaciones reproduzcan los esquemas de comportamiento violento que tienen su origen en la desigualdad entre hombres y mujeres y en la persistencia de los estereotipos de género". También se considera objetivo prioritario "… completar el mapa de recursos sociales en todo el ámbito territorial… Para la consecución de este objetivo se impulsará la creación de nuevos servicios para dar respuesta a las necesidades de las víctimas: facilitar la vía o procedimiento de denuncia, proporcionar asistencia de tipo sanitario, económico, laboral y psicológico". Se establece para ello una prioridad en relación con la intervención de los agentes que van a colaborar en esta materia, constituyendo otro objetivo el "… potenciar la coordinación entre las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas y las organizaciones sociales que trabajan en la prevención y eliminación de la violencia en la asistencia a las víctimas". También constituye objetivo fundamental que afecta a la lucha contra la criminalidad de género, y que se encuentra en el marco legislativo "…mejorar la legislación y el procedimiento legal para conseguir una mayor eficacia en los procesos, con una mejor protección de la víctima y una penalización más contundente del comportamiento de los agresores". Dichos objetivos han sido desarrollados y llevados a la práctica,

en gran medida, por la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre. Más adelante se volverá sobre algunos aspectos relacionados con esta Ley.

Señalábamos que la actitud y la estructura organizativa de la policía y de la administración de justicia constituirá una pieza fundamental a la hora de luchar contra los malos tratos en el seno de la familia. En los últimos años, ambas instituciones han ido evolucionando positivamente en esta materia. Se han impartido cursos de formación específica para agentes, oficiales, mandos, fiscales y jueces. Se han establecido cuerpos especializados para atender adecuadamente a las víctimas y proceder con mayor eficacia en la persecución, procesamiento y enjuiciamiento de los culpables. Aquel segundo plan integral contra la violencia doméstica ya avanzaba algunas líneas de actuación en este sentido, en lo que se consideraba una mayor modernización de los respectivos cuerpos de seguridad: "Se potenciarán las comunicaciones electrónicas de la Policía y de la Guardia Civil para la recepción inmediata de información y de interposición de denuncias sobre la violencia doméstica, y se extenderán las unidades especiales de los Servicios de Atención a la Mujer (SAM) a todas las comisarías provinciales y de los Equipos de Atención a Mujeres y Menores de la Guardia Civil (EMUNES) a nivel comarcal".

En el plano legislativo y jurisdiccional, los poderes públicos han ido reformando las leyes para ir poco a poco creando una plataforma normativa de lucha eficaz contra la violencia doméstica que permita remover los obstáculos que con anterioridad venían colocados por el Código penal y por la Ley de Enjuiciamiento criminal.

En el marco de la tipificación penal de la conducta de violencia familiar, creo que uno de los problemas más graves ha venido siempre determinado por la consideración de este comportamiento como un supuesto de delito de lesiones. Ello determinaba que los maltratos de obra realizados con habitualidad, pero que no superaban determinados menoscabos físicos, no pasaban ni siquiera de la consideración de faltas. Posteriormente se cayó en este error, y se estimó como relevante para la definición de la acción criminal la existencia de la violencia física, su utilización de forma habitual, y que ésta se desarrollase en el marco de la convivencia familiar. Pero todavía se le prestaba demasiada atención al aspecto de la agresión física. No se caía en la cuenta de que el componente más relevante era el ataque a la dignidad de la persona, y que una de las formas más graves de su menoscabo se materializaba en los supuestos de maltrato psíquico, de desprecio y vilipendio, aun cuando no se le pusiese a la víctima la mano encima.

La reforma del Código penal operada por la L. O. 14/1999, de 9 de junio, incluyó la conducta de violencia psíquica como categoría delictiva. Esta ley introdujo algunas de las medidas que eran solicitadas por todas las organizaciones de víctimas de la violencia doméstica, como la pena accesoria de prohibición de aproximación al ofendido o la posibilidad de actuar de oficio en la persecución de las faltas de esta naturaleza. Otro relevante obstáculo que se originaba en la

interpretación de la ley material era aquél que se derivaba del entendimiento de la "habitualidad". Los tribunales habían llegado, con demasiada frecuencia, a una exégesis muy formal del precepto, considerando por tal la existencia anterior de tres condenas, lo cual dificultaba la aplicación de este hecho delictivo. Ahora se establecía una interpretación por parte del mismo legislador mucho más material y acorde con las necesidades político-criminales de protección a la víctima. Se atiende así "…al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores".

También era necesario modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal para evitar algunas situaciones que motivaban el desistimiento a la continuación por parte de la víctima del proceso penal. De esta forma, si la persona agredida denunciaba al agresor, éste con bastante frecuencia pretendía que aquélla desistiese amenazándola, incordiándola constantemente con su presencia física, molestándola telefónicamente, etc. Por ello, la mentada ley de reforma modificó la legislación procesal penal e introdujo como medida cautelar, que podría acordarse en las primeras diligencias provisionales, el distanciamiento físico entre agresor y ofendido. Con esta misma pretensión, dentro del desarrollo del proceso se incluyen otras modificaciones que pretenden evitar la existencia de una confrontación visual entre los ofendidos y el procesado, recurriéndose a medios audiovisuales. De ahí que la práctica de careos tenga ahora carácter excepcional.

Un paso más lo constituyó, en este punto, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, y que permite establecer medidas cautelares a partir de la denuncia de la víctima para evitar el acercamiento u hostigamiento del presunto agresor.

En el marco penal quedaban, no obstante, algunos pasos por dar para seguir mejorando los instrumentos normativos de lucha contra la criminalidad de género. Gran parte de las dificultades de naturaleza punitiva que se enfrentaban a la violencia intrafamiliar fueron subsanadas por la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. De forma resumida, se señalan las más destacables, manifestadas en su misma Exposición de Motivos.

Se configura el denomnado delito de violencia doméstica como delito contra la integridad moral, exigencia que venía reclamada por los especialistas en la materia. Deja de ser, por tanto, un mero delito de lesiones. Las bases más características de este delito se encuentran en el ejercicio de la violencia, en el marco de la relación familiar, cuasi-familiar o de pareja; y en el modo del ejercicio de la violencia, que requiere cierta habitualidad.

Un segundo grupo delictivo de violencia intrafamiliar se constituye dentro de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones. Aquí la estructura es paralela.

La conducta es delictiva siempre que exista un mínimo de violencia, de intimidación, vejación o coacción (de gravedad, al menos, como la falta), una relación familiar, cuasi-familiar o de pareja, y, finalmente, la característica de que la víctima sea una mujer o una persona especialmente vulnerable, dentro de ese círculo familiar o cuasi-familiar. Este último requisito hizo dudar a algunos juristas sobre la constitucionalidad de la ley en esta concreta regulación. Se pensaba que podría violarse el principio de igualdad. Se decía, por ejemplo, que si el marido le daba una bofetada a su mujer, incurriría en el delito de lesiones del art. 153 del Código penal, pero en caso contrario, si la esposa llevaba a cabo esta misma conducta, tan sólo respondería por una falta de lesiones. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse y ha entendido que esta regulación no viola ningún precepto del Texto Fundamental.

En materia procesal, se establecen una serie de medidas cautelares y de procedimiento, que se complementan con la ya mencionada Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, y la legislación procesal penal existente, especialmente la que afecta al comúnmente conocido como proceso por juicios rápidos. La aparición de una jurisdicción especializada, como los juzgados de violencia de género, integra todo este sistema institucional que pretende otorgar a las víctimas de la violencia intrafamiliar la tutela judicial efectiva para que pueda castigarse a sus agresores y para evitar seguir siendo víctimas de esta criminalidad en el futuro. En realidad, no se ha modificado ni creado un nuevo orden jurisdiccional, sino, como señala la propia Ley, se ha empleado una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando así los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

A pesar de todos estos esfuerzos institucionales, a pesar de las reformas legales y del apoyo social y político que se le ha otorgado a las mismas, el número de muertes y de lesiones provocados por la violencia machista no ha dejado de crecer en estos últimos años. No creo que ello sea debido al fracaso de la ley de violencia de género y el resto de medidas político-criminales que se han ido estableciendo para hacer frente a esta, así frecuentemente denominada, "lacra social". Seguramente, de no haber existido este fuerte impulso políticocriminal, la estadística nos mostraría cifras mucho más alarmantes. Aunque ahora no se puede profundizar lo que el tema merece, dos causas apuntan a este incremento notable de la violencia de género. Por un lado, la extensión en amplios sectores de la población, también entre los jóvenes, de parámetros machistas de educación que no son contrarrestados con la fuerza necesaria por la implantación de los valores sociales de conciencia de la dignidad humana y de la igualdad entre los sexos. Por otro lado, la creciente extensión de los modelos de conducta violentos en la sociedad postindustrial que implica el nacimiento de nuevos fenómenos criminales de agresiones físicas o psíquicas apenas existentes hace una década (por ejemplo, violencia de descendientes sobre ascendientes) o refuerza el crecimiento de un tipo de criminalidad incrustada en el tejido social (así, violencia de género).

Para finalizar el tema, se tiene que hacer una mínima referencia a otra problemática que se quiere ocultar, pero que no por ello deja de existir, y que, desde mi punto de vista, constituye otro factor relevante de criminalidad de género. Me refiero a la perversa utilización que se realiza de la ley de violencia de género por algunas mujeres, o por algunos letrados que las asesoran, para aprovechar los derechos y garantías de las víctimas con otros fines que nada tienen que ver con la violencia de género. En los juzgados de violencia sobre la mujer, se conoce de algunos casos en los que los letrados en procesos de separación o divorcio utilizan como estrategia de defensa de los intereses de su cliente la denuncia por malos tratos físicos o psíquicos, siendo conscientes de su inexistencia. Con ello se persigue obtener ventajas derivadas de estos procesos de separación o divorcio, de naturaleza patrimonial o en relación con la custodia de los hijos. Evidentemete, esta forma de torcer y retorcer la aplicación de la ley de violencia de género constituye un grave atentado a la presunción de inocencia y a los derechos del denunciado y un atropello e insulto a las víctimas verdaderas de las agresiones físicas o psíquicas de esta clase de criminalidad. El asunto es grave, puesto que en la práctica, la mera denuncia supone en la mayoría de los casos que el denunciado vaya a pasar la noche en un calabozo, y aunque luego resulte absuelto por falta de pruebas, este proceder criminal de la denuncia falsa queda siempre impune. Y ello, en el mejor de los casos. Se produce así un retroceso en la credibilidad de todo el sistema político-criminal de lucha contra la violencia de género establecído en la última década, y una peligrosa inflación de la conquista de los legítimos derechos de la mujer.

Pero estas desviaciones no deben debilitar la política criminal de lucha contra la violencia machista. Tan sólo nos deben hacer reflexionar sobre una evidencia que, también en esta temática, se olvida frecuentemente. Y es que toda política criminal tiene sus límites en el respeto a las garantías constitucionales propias del Estado de Derecho.

Bibliografía

ACALÉ SÁNCHEZ, M. J.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar.* Valencia, 2001. BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords.): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género.* Barcelona, 2006. CAMPOS CRISTÓBAL, R.: *Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico.* Revista Penal, núm. 6, (2000). CERES MONTES, J. F.: *La protección jurídico-penal de los derechos y deberes familiares en el nuevo Código penal,* Madrid, 1996. CERRILLOS VALLEDOR, A.: *Familia y violencia, enfoque jurídico.* Madrid, 1999. COMAS DE ARGEMIR CENDRA, M./QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La violencia de género: política criminal y ley penal,* en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid, 2005. CORCOY BIDASOLO, M.: *Tendencias de la política criminal en materia de violencia doméstica y de género,* en MIR PUIG, S. (Dir.)/CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)//GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.): *Política criminal y reforma penal.* Barcelona, 2007. CORTÉS BECHIARELL, E.: *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*. Madrid, 2000. CUESTA PASTOR, P. J.: *El delito de violencia de género: tensión entre derecho penal simbólico y medidas de política criminal,*

en ABRIL STOFFELS, R. M./URIBE OTALORA, A. (Coords.): *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*. Valencia, 2010. DEL ROSAL BLASCO, B.: *La política criminal contra la violencia doméstica: ¿Alguien da más?* Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, coord. por ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C. Madrid, 2005. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.**:** *Delitos contra la seguridad de menores e incapaces*. Valencia, 1999. FALCÓN O´NEIL, L.: *Violencia contra la mujer.* Madrid, 1991. GANZENMÜLLER ROIG, C./ESCUDERO MORATALLA, J. F./FRÍGOLA VALLINA, J.: *La violencia doméstica regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar.* Barcelona, 1999. GARCÍA ÁLVAREZ, P./ DEL CARPIO DELGADO, J.**:** *El delito de malos tratos en el ámbito familiar (LO 14-1999, de 9 de junio): problemas fundamentales*. Valencia, 2000. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Política criminal en el ámbito de la violencia doméstica* en RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (Coord.): *Violencia en la familia: estudio multidisciplinar*. Madrid, 2010. GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*. Castellón, Universidad Jaume I, 2010. GONZÁLEZ MÉNDEZ, R./SANTANA HERNÁNDEZ, J. D.: *Violencia en parejas jóvenes: análisis y prevención.* Madrid, 2001. INFANTE, L. (Dir.): *La violencia familiar: actitudes y representaciones sociales*. Madrid, 1999. JIMÉNEZ MORAGO, J./OLIVA DELGADO, A./SALDAÑA SAGE, D.: *Maltrato y protección a la infancia en España.* Madrid, 1996. LARRAURI PIJOÁN, E./VARONA, D.: *Violencia doméstica y legítima defensa,* Barcelona, 1995. LARRAURI, Elena: *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica.* Montevideo, 2008. LÓPEZ ARMINIO, M. J. (Ed.): *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*. Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos. Jerez de la Frontera, 1999. MAQUEDA ABREU, M. L.: *La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma,* en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coords.), El nuevo Derecho Penal español: Estudios penales en memoria del prof. VALLE MUÑIZ, J. M. Pamplona, 2001. MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS, E. B.: *La violencia doméstica: análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado.* Granada, 2001. MARTÍN ESPINO, J. D.*: La violencia sobre la mujer en el grupo familiar,* Madrid, 1999. MULLENDER, A.: *La violencia doméstica: una nueva visión de un viejo problema.* Barcelona, 2000. NUÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.): *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género.* Valencia, 2009. OSBORNE, R.: *La violencia contra las mujeres: realidad social y políticas Públicas.* Madrid, 2001. PUENTE ALBA, L. M. (Dir.)/RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (Coord.)/SOUTO GARCÍA, E. M.: *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista.* Granada, 2010. RAMÓN RIBAS, E./ARROM LOSCOS, R./NADAL GÓMEZ, I.: *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal.* Madrid, 2010. SANMARTÍN, J.: *Violencia contra niños.* Barcelona, 1999. VEGA RUIZ, J. A.: *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*. Pamplona, 1999. VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal,* Valencia, 2008.

Lección 10ª

Tutela penal de los intereses colectivos

1. Tutela penal de los bienes jurídicos supraindividuales.
2. Política penal en materia de tráfico de drogas.
3. Ordenación del territorio, medio ambiente e incendios forestales: Deterioro, política y reacción penal.
4. Política penal en materia de seguridad del tráfico rodado.
5. Los delitos socio-económicos y la denominada delincuencia de "cuello blanco". La respuesta penal frente a la corrupción económica y política.

Hasta aquí, en esta segunda parte, se han estudiado aquellos sectores de la criminalidad que, de una u otra forma, afectaban a bienes jurídicos de carácter eminentemente individual. En este tema se van a tratar las cuestiones político-criminales que inciden de forma directa en intereses propios de toda la comunidad. Se trata de estudiar aquellos sectores de la criminalidad que afectan a capas enteras de la sociedad. Se analizan, pues, los problemas que generan ciertos hechos punibles y que implican a todos los ciudadanos, porque todos somos, en alguna medida, víctimas de ellos…

De esta forma, se pasa en primer término a estudiar el tráfico de drogas y su incidencia social. Aquí se destacarán aspectos como la gran lesividad individual y colectiva que auspicia un consumo más o menos generalizado de estupefacientes en ciertos sectores de la sociedad, el fundamento de la grave penalidad de estas conductas, la existencia de drogas legales e ilegales, el derecho del Estado a velar por la salud de los particulares o las alternativas al actual sistema represivo.

En segundo lugar, se hablará de los problemas que se plantean en las modernas sociedades occidentales con el fuerte desarrollo urbanístico e industrial y la necesidad de respeto al paisaje, al medio ambiente, a los sistemas ecológicos. Aquí el punto crucial va a residir en el desvelamiento de las causas que originan las pocas condenas y los muchos atentados que se producen a estos bienes jurídicos, causas que encontrarán una explicación en criterios de conveniencia política en muchos casos. Junto a los delitos contra la ordenación del territorio y el medio ambiente, se van a estudiar los denominados incendios forestales. Pues en nuestro país, uno de los ataques medio-ambientales más terribles viene representado por la tragedia que se produce, verano tras verano, con la provocación, bien de forma dolosa, bien de forma imprudente, de gran cantidad de incendios forestales. Y esos graves atentados a nuestra flora y a nuestra fauna vienen determinados no sólo por razones climatológicas, sino también por motivos de índole económico, como se tendrá ocasión de comprobar. Por ello se tiene que dedicar unas líneas a esta problemática.

Otro punto interesante de estudio que nos ofrece la estadística criminal, por el gran número de muertes y de lesiones que acarrea y los altos costes económicos que genera, es el que hace referencia a los delitos perpetrados en el ámbito del tráfico rodado. Aquí se observará que son de crucial importancia para frenar el incremento de dicha estadística criminal las específicas medidas penales, pero también, las administrativo-sancionadoras e incluso otras de carácter extra-jurídico.

También se dedicarán algunos párrafos a la denominada "delincuencia de cuello blanco". Tradicionalmente, las personas social, económica, o políticamente poderosas han podido perpetrar, en algunos casos, hechos que beneficiaban a su propio patrimonio y que perjudicaban a los intereses generales de forma muy grave, sin que los poderes públicos actuasen contra aquellas. Se trataba de una cuestión de falta de definición legislativa para perseguir estas conductas, y de ausencia de voluntad de aplicación de la ley penal cuando existían suficientes instrumentos legales para hacer frente a esta criminalidad. Se tendrá oportunidad de poder observar cómo han ido cambiando en los últimos tiempos estos parámetros en los delitos socioeconómicos.

Y con carácter previo, se expondrán algunas ideas sobre la necesidad de tutela de algunos bienes jurídicos de carácter supraindividual.

1. TUTELA PENAL DE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES

A lo largo de las primeras lecciones, se ha podido comprobar que el Estado liberal se preocupa fundamentalmente por tutelar las libertades individuales, confiando en que las capacidades personales, el espíritu de trabajo de cada cual y la libre competencia conducirían al bienestar personal y social. El Derecho Penal liberal, en consonancia con estas ideas, tutela bienes jurídicos de carácter individual, como la vida, la libertad, la intimidad, el patrimonio, etc. El Estado confía en el desarrollo de las fuerzas económicas y sociales, en las leyes de la competencia y del mercado, y su labor se limita a vigilar para que dicho desarrollo se lleve a cabo sin injerencias ilícitas, no "naturales".

Sin embargo, el sistema ideológico del Estado liberal fracasa, entre otras razones, por su incapacidad para tutelar la sociedad de mercado y sus reglas de competencia. A consecuencia de ello, las desigualdades sociales cada vez son mayores, y la educación, la sanidad, los puestos de trabajo de grandes sectores de la población requieren, cada vez más, una intervención del poder público.

El Estado liberal, sin abandonar el Estado de Derecho, se transforma paulatinamente en el Estado social. Ahora ya no confía en la tutela de la libertad de los individuos como único mecanismo para alcanzar una pacífica convivencia social. Tiene que enfrentarse a los grandes problemas que no puede resolver la

comunidad por sí sola. Tiene que intentar eliminar las grandes bolsas de pobreza si quiere evitar peligrosas tensiones sociales provocadas por la desigualdad y la injusticia. Tiene que remover obstáculos para velar por los intereses generales de los administrados. Tiene que combatir ciertas prebendas y privilegios de los particulares que se oponen al bien común… Todas estas nuevas necesidades, que crean a su vez una ideología distinta en el marco político, van a tener, como es lógico, una relevante repercusión en el marco jurídico-criminal.

El nuevo Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho no puede renunciar a la tutela de los bienes jurídicos clásicos e individuales (vida, integridad física, honor, intimidad, patrimonio…). Pero con la transformación de la sociedad, con la aparición del nuevo pensamiento político, con el surgimiento, en definitiva, del nuevo Estado, aparecen nuevos valores, nuevas necesidades de tutela que antes no se conocían. Son intereses, bienes y valores que trascienden más allá de lo individual, para erigirse, directamente, en objeto de protección que reclama toda la sociedad. Se pueden ver algunos sencillos ejemplos.

El proceso de fuerte industrialización que se produce en el mundo occidental desde mediados del Siglo XIX hasta el momento actual, y que tantos progresos ha procurado a toda la humanidad, también acarrea algunos efectos lesivos nada despreciables. Una ideología liberal se preocuparía más de mantener (algunas) industrias contaminantes, por la fuente de riqueza que ello implica en el marco de la libertad de mercado, que de los efectos perniciosos que podría suponer para el medio ambiente.

En el Estado social, sin embargo, el equilibrio de los sistemas ecológicos, las condiciones ambientales de la flora y la fauna, el estado natural de las aguas, constituyen alguno de los bienes que demanda no sólo la sociedad actual, sino las propias generaciones venideras. Por eso es en la época de apogeo del Estado social cuando aparecen los delitos contra el medio ambiente, y las medidas político-criminales que protegen bienes jurídicos de naturaleza supraindividual.

El Estado liberal parte de la idea de la mínima intervención del poder público en la gestión de los asuntos sociales. Si se traslada a la sociedad el protagonismo para desarrollar la vida de la comunidad, la Administración no requerirá de los ciudadanos una ingente cantidad de dinero, puesto que se confía en que las necesidades individuales y colectivas vayan satisfaciéndose fundamentalmente por la iniciativa privada. Los sistemas impositivos del erario público no están muy evolucionados porque no se apoyan en la alta tributación de los ciudadanos (se considera como una distorsión en el sistema de mercado). Evidentemente, los contribuyentes que no pagan sus impuestos son sancionados, pero esa falta de contribución no se considera como suficiente para que sea tipificada por las leyes penales.

En el Estado social, por el contrario, el poder público interviene directamente en todos los campos de gestión y administración de la vida social. Necesita muchos recursos económicos para hacer frente a los costes de esa intervención (construcción de hospitales y colegios, pago de subsidios de desempleo y pen-

siones, construcción de obras públicas, etc.). El patrimonio del erario público aparece entonces como un bien jurídico fundamental, pues los recursos económicos del Estado son directamente responsables de toda su política de bienestar social. Es entonces cuando se considera como merecedor de sanción penal la defraudación tributaria, aun cuando el menoscabo patrimonial no afecte directamente a ningún ciudadano.

Desde una perspectiva liberal a ultranza, el respeto a la libertad del individuo se erige como primer fundamento de todo su sistema ideológico. Al individuo se le reconoce esa capacidad de obrar incluso respecto de aquellos comportamientos que le puedan afectar negativamente. En principio, el consumo de sustancias dañinas, como puedan ser el alcohol u otras drogas o sustancias estupefacientes, entra a formar parte de aquellas pautas que el ciudadano libremente elige, y ante ello, el poder público nada tendría que objetar. En correspondencia, la compra y venta de estas sustancias, su distribución y tráfico, no debería estar sancionada penalmente sino, a lo sumo, debería ser contemplada la conducta como una infracción administrativa.

Sin embargo, un poder público investido de carácter intervencionista, dejará en manos de los particulares el cuidado de su salud individual, pero tomará las riendas de todo evento que afecte a la salud pública. Por ello, la distribución y tráfico de cualquier sustancia que ponga en peligro las condiciones de salubridad de una generalidad de personas, será considerada como comportamiento altamente dañino y se recurrirá al arma del Derecho Penal para proceder a su prohibición y castigo.

El medio ambiente, el patrimonio del erario público, la salud pública, son algunos de los bienes jurídicos que trascienden más allá de los intereses individuales. Constituyen el fundamento material de aquellos delitos en los que no aparece solamente como afectado una o varias víctimas determinadas o determinables. Algunos han llegado a hablar de delitos sin víctima. En realidad, el sujeto pasivo de estos hechos viene constituido por toda la comunidad.

Ello ha planteado en algunos sistemas jurídicos un problema de legitimación procesal para llevar a cabo la persecución de infracciones de naturaleza colectiva. Pues la inexistencia de una víctima que se pudiese concretar en una o varias personas, determina que, en principio, sólo el Ministerio Fiscal tuviese legitimación para poder interponer la correspondiente acción penal. Y ahí se presenta, en ocasiones, un problema político-criminal de notable trascendencia. Dado que puede ocurrir que los intereses políticos del gobierno de turno se encuentren en contradicción con los intereses de la Justicia (ha ocurrido en alguna ocasión en materia de delitos contra el medio ambiente). Si el Fiscal del Estado es nombrado (casi siempre) por el Gobierno de la Nación, podemos entonces entender que algunos de estos hechos penales no sean perseguidos por "falta de interés" de los gobernantes, que hacen valer su posición frente a la Fiscalía, que no es independiente y que se rige por la existencia del principio de jerarquía. En conclusión, intereses políticos pueden determinar, por la peculiar estructura procesal del

sistema penal, que determinados bienes jurídicos de carácter supraindividual queden sin protección por ausencia de ejercicio de la acción procesal por parte de aquellas personas que se encuentran legitimadas, como pueda ser el caso de los miembros del Ministerio Fiscal. Pero éste será un problema que adolecerá la mayoría de los países en los que rija un sistema acusatorio puro. El sistema procesal español, desde mi punto de vista, cuenta con una gran ventaja al respecto. Algo nuestro, muy propio, como es la existencia de la denominada acción penal popular, en virtud de la cual cualquier ciudadano se puede constituir como parte de un proceso criminal, cualquiera que sea su vinculación con el hecho, puede resolver este amargo planteamiento. Pues individuos comprometidos con la defensa de ciertos valores o grupos o asociaciones solidarios, pueden cubrir esta laguna (y así ha ocurrido en varias ocasiones), personándose en el correspondiente procedimiento.

2. POLÍTICA PENAL EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS

Dos de los más graves problemas político-criminales que asolan a la humanidad son el terrorismo y el tráfico de drogas. Ambos los sufrimos especialmente en nuestro país. Vamos a dedicarnos ahora a este último.

Desde mi personal perspectiva, un tratamiento razonable de la problemática derivada del delito de tráfico de drogas, parte del reconocimiento de la existencia de dos relevantes conflictos de intereses.

El primero de estos conflictos de intereses se plantea desde una doble instancia representada por el binomio individuo-Estado. Según este planteamiento, el consumidor de cualquiera de las sustancias calificadas como drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, está actuando una faceta de su libertad con relación a la disposición de su salud de forma autónoma, aun cuando ésta sufra menoscabos por el placer del consumo de narcóticos. Atendiendo a esta perspectiva individual, la creación de barreras punitivas por parte del Estado, que determinen una obstaculización a ese derecho al consumo, se presenta como una intolerable injerencia que se concretaría en una vulneración de uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, concreción de la dignidad humana que viene constitucionalmente protegida en el art. 10. 1. del Texto Fundamental español.

Sin embargo, partiendo de la óptica de la organización de la comunidad social institucionalizada, esto es, desde la óptica estatal, se predica la necesidad y la obligación del poder público, de intervenir con todo tipo de instrumentos, jurídicos y extrajurídicos, penales y extrapenales, para combatir cualquier generalización de conductas que atenten a la denominada salud pública. En este contexto, y en una primera aproximación, se denomina salud pública a ese conjunto de condiciones sanitarias y de bienestar físico y psíquico, que de una u otra forma, se exigen mínimamente en una comunidad dada que quiera alcanzar unos nive-

les de sanidad razonables, requeridos en el desarrollo de una convivencia libre y pacífica.

El segundo de los conflictos se presenta desde un planteamiento de fundamentación ética y cultural, pero con innegables consecuencias jurídicas. Me refiero al doble lenguaje que se utiliza en la mayoría de los países desarrollados con relación al tratamiento de drogas como el café, el tabaco o el alcohol, de una parte; y otras de niveles similares de peligro a la salud, como el hachís o la marihuana u otros derivados del cáñamo. Mientras que éstos últimos entran de lleno en la conducta delictiva cuando se trata de su elaboración, cultivo, tráfico o cualquier otra forma de promoción, favorecimiento o facilitación de su consumo o incluso su posesión con idénticos fines; en aquéllos existe ausencia total de sanción penal alguna. Es más, el propio Estado (por ejemplo, caso del tabaco) aparece, o ha aparecido, como empresario monopolizador de estas sustancias y obtiene grandes beneficios económicos por una doble vía: a través del proceso de elaboración, comercialización y venta, de un lado; y de otro, merced a la gran carga impositiva que grava a este tipo de productos. Se presenta así un conflicto de reconocimiento cultural: los consumidores de drogas "blandas" ilegales desean tener los mismos derechos que estos otros que gozan de un consumo legal de tabaco o alcohol amparado por el propio Estado y por una mayor permisibilidad social. Y desde el punto de vista jurídico, aparece como una contradicción la total impunidad de este tipo de comportamientos con relación a productos que causan notables menoscabos en la salud individual y colectiva (ejemplo, elaboración y venta de bebidas alcohólicas), en tanto que sustancias menos perjudiciales (ejemplo, marihuana) son duramente reprimidas.

Cuando el ordenamiento jurídico castiga las conductas propias del denominado tráfico de drogas, creo que ha estimado como punto de referencia material que justifique la incriminación la necesidad de mantener unas condiciones mínimas de bienestar físico y psíquico de toda la población, condiciones que se ven alteradas en perjuicio de la sanidad general cuando se extienden indiscriminadamente ciertos tipos de comportamiento entre los que se incluyen las conductas de cultivo, elaboración, tráfico o las que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o la posesión con aquellos fines. Y, con las matizaciones que se quieran, este concepto entra dentro de la calificación de salud pública. Coadyuva a esta comprensión del bien jurídico la misma diferenciación penológica que realiza la ley penal, que discrimina la cuantía de la sanción según que el objeto del delito venga constituido por drogas "duras" o "blandas". Por tanto, la mayor o menor incidencia cualitativa en la salud, determinada de forma objetiva, general y abstracta, con independencia del menoscabo que pueda producir a un sujeto concreto, se establece por el legislador como criterio genérico para imponer una mayor o menor pena. La salud, pues, desempeña un papel fundamental en la configuración material del delito.

Por su propia idiosincrasia, pues, el delito de tráfico de drogas es un delito contra la salud pública y de igual forma, un delito de peligro abstracto. Ello significa que, para afirmar la perfección del ilícito, no se necesita demostrar en el caso concreto que se puso en riesgo con la conducta delictiva la sanidad de una o varias personas determinadas. Es suficiente con la comprobación de que la acción en sí misma considerada mostraba cierta idoneidad para menoscabar la salud de un grupo o colectividad de sujetos generalmente indeterminados.

Lo dicho hasta el momento presente refleja *la forma de argumentación que se deduce de la valoración desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.* Esto no quiere decir que se justifique desde toda perspectiva racional y ética esta forma de entender el mecanismo legal de política criminal en la lucha contra el consumo y tráfico de drogas.

También, por su gran relevancia político-criminal, hay que explicar la tremenda restricción de la libertad individual que conlleva, que se presenta en el marco de la elevada penalidad que acompaña a este ilícito.

Y es que llama la atención que, tratándose el delito de tráfico de drogas de un ilícito de peligro abstracto, el cual afecta de forma muy genérica a la salud colectiva, éste venga sancionado con penas muy desproporcionadas en atención a esa configuración del bien jurídico mantenido. Aunque la reforma del Código penal de 2010 ha intentado mitigar algunas de esas duras penas, sobre todo para los supuestos menos lesivos, es necesario llevar a cabo una reflexión sobre la proporcionalidad entre daño y pena en estos hechos punibles.

El principio de proporcionalidad, que duda cabe, establece la necesidad de que exista cierta concordancia racional entre la entidad del daño que provoca el delito y la entidad del mal que sanciona la correspondiente consecuencia jurídica. Evidentemente, uno de los elementos más importantes a tener presente es la naturaleza y la forma de ataque del bien jurídico tutelado por la norma violada. Pero no es el único criterio determinante. El grado de culpabilidad es fundamental para establecer ese equilibrio entre el *quantum* del delito y de la pena. Pero además, cuando se dice que la medida de la sanción debe ser proporcional a la entidad del daño provocado por el delito, no se está refiriendo con el empleo del vocablo "daño" exclusivamente al contenido del injusto que dibuja la idiosincrasia lesiva de ese delito. En algunos hechos punibles, y éste es ejemplo paradigmático de ello, junto al riesgo inmediato que provoca la consumación del ilícito, aparecen otros concatenados, pero indirectos, que, sin embargo, determinan un notable caudal de innumerables desgracias humanas, individuales y sociales. La pena tan elevada en el delito de violación no sólo absorbe el frontal ataque a la libertad sexual del ofendido, sino que, con mucha probabilidad, encarna de igual forma otros menoscabos que no integran el injusto específico de la figura del art. 179, como el impacto psicológico que sufre el sujeto pasivo durante mucho tiempo después de la agresión o la victimización secundaria que deriva de este ilícito.

De igual forma, en el delito de tráfico de drogas, la elevada penalidad que acompaña a las figuras básicas y agravadas no puede venir exclusivamente fundamentada con base en el contenido del injusto, pues también consumen otro tipo de consecuencias de gran lesividad social. Este tipo de consecuencias van más allá de la desvalorización propia del tipo de injusto del delito enjuiciado, y se han confundido en muchas ocasiones con el propio bien jurídico, del que no forman parte, si bien se encuentran causalmente relacionadas con aquél. La sanción abarca entonces no sólo la agresión a la salud pública, que actúa como presupuesto esencial de la misma, sino también otros ataques a diferentes bienes jurídicos que quedan fuera del hecho punible enjuiciado. Así, se diferencia lo que constituye el interés propio que integra el objeto de tutela del tipo concreto, y los fines político-criminales que persigue el legislador con la definición de la figura delictiva y la imposición de la correspondiente sanción. Fines de política criminal que abarcarían la tutela del valor propio encarnado por la norma (salud pública), pero también otros que irían más allá del ahora señalado. Caben destacar, como más relevantes, la seguridad ciudadana y el orden público, la libertad individual negada por la adicción, la economía nacional, la administración de justicia o incluso la propia necesidad de mantener incólumes los pilares básicos del Estado. El análisis de las pretensiones político-criminales del legislador en la elaboración de esta clase de tipología criminal explica suficientemente este fenómeno de aparente desproporción entre contenido del injusto y sanción.

El segundo de los conflictos señalados, y que suele estar presente en todo debate de la determinación del bien jurídico en el delito examinado, es el que hace referencia a la existencia de dos tipos de sustancias caracterizadas como drogas tóxicas: aquéllas cuyo consumo está permitido y entran dentro del mercado como un producto más; y estas otras que quedan fuera de ese mercado legal, con la consiguiente prohibición de su elaboración, cultivo, tráfico, o promoción del consumo. El análisis de esta aparente o real contradicción es de notable importancia, puesto que prácticamente todas las tesis que rechazan el criterio de la salud pública como fundamento del injusto del delito de tráfico de drogas, inciden en esta discriminación punitiva. En efecto, si el bien jurídico protegido en el art. 368 del C. p. es la salud pública como ese conjunto de condiciones de bienestar físico y psíquico del que deben gozar los grupos humanos, la intervención punitiva del Estado debería incidir en todo tipo de sustancias que produzcan los mismos o similares efectos perjudiciales para la salud de las personas. Así, no cabe ninguna duda, que sustancias legales como el alcohol pueden llegar a provocar, y provocan, los mismos perjuicios o incluso mayores que otras drogas como el hachís, la marihuana o determinadas anfetaminas. Como se ha señalado, este tipo de productos no sólo no están prohibidos, sino que durante mucho tiempo el Estado ha sido el único empresario (sobre todo en el ámbito del tabaco) y ha realizado, sino realiza todavía, actividades de promoción dirigidas a su publicidad para aumentar su venta. Empresario o no, el Estado obtiene por vía impositiva un notable ingreso económico, todo lo cual incide en la lógica consecuencia de

afirmar que en estos supuestos la salud pública interesa poco al poder público. Se ha profundizado más en esta crítica en relación con lo que se ha considerado como injustificada diferenciación de tratamiento jurídico, concluyendo que, en la medida en que la diferencia entre las drogas legales e ilegales es de carácter cultural y de mayor o menor permisibilidad social, en la base de la regulación de la legislación antidroga no existiría ya la pretensión de tutela de un bien jurídico, sino más bien un interés en mantener una cohesión moral en aras a imponer determinados comportamientos de perfección física y psíquica. La crítica, desde luego, se sustenta sobre sólidos argumentos y de ahí que, con la brevedad impuesta por la naturaleza de esta obra, tenga que ser examinada.

Desde el punto de vista material, no se puede negar la capacidad de perjuicio de drogas como el alcohol o el tabaco, cuyo consumo y tráfico es legal. Y, sobre todo en el caso del alcohol, también se puede decir que esa lesividad física y psíquica es, en muchos supuestos, de igual o mayor entidad que algunas drogas tóxicas ilícitas. Esta equiparación la lleva a cabo incluso la propia ley penal. En efecto, en el art. 379, se sanciona la conducta de conducir un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. De esta forma el legislador está reconociendo expresamente que la ingestión de bebidas alcohólicas, a efectos de conducción, produce unas alteraciones tan graves como las mismas drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. De ahí que de nuevo vuelva a surgir la cuestión: ¿por qué en cambio el consumo de estas sustancias está permitido e incluso favorecido?

La respuesta puede enfocarse desde dos prismas distintos. O bien se entiende, como hace un importante sector doctrinal, que esta discriminación demuestra que en el delito de tráfico de drogas no hay bien jurídico digno de protección, porque no existe o se encuentre totalmente difuso; o bien se mantiene la salud pública como objeto de tutela en la figura delictiva en cuestión y se ofrece una explicación racional de la mentada diferenciación de tratamiento entre un tipo de sustancias y otro. *De lege lata*, y tras las precisiones realizadas hasta este punto, esta segunda vía es la más adecuada.

Como es sabido, para que toda desigualdad tenga virtualidad justificativa en la discriminación de la consecuencia recibida, debe establecerse un criterio racional que legitime dicha diferencia de la consecuencia. En este sentido, y centrado ahora sólo al caso de las bebidas alcohólicas, son varios los argumentos que pueden traerse a colación para establecer que, y sólo desde el punto de vista social (no, desde luego, en cuanto a sus efectos), se trata de una sustancia con perfiles específicos que no se encuentran en el resto.

En primer lugar, en las sociedades occidentales, especialmente en las mediterráneas, el alcohol forma parte de nuestra cultura y de nuestra tradición. Sin necesidad de profundizar ahora más en este punto, cabe simplemente recordar que el tomar vino o cerveza en las comidas es un elemento más de nuestra idiosincrasia gastronómica o cultural, así como la copa y el puro o el vino que se pre-

para el párroco en la celebración de la misa. Por esa misma razón, se afirma que dicha larga y enraizada tradición determina dos consecuencias a tener presente: una, que existe un mayor conocimiento por parte de la población de los efectos del uso y abuso de esas bebidas; y dos, que por las mismas razones también existe una mayor permisibilidad social en cuanto a su consumo.

En segundo lugar, se puede afirmar que existe un conjunto de intereses económicos, algunos muy legítimos, que impedirían una prohibición del consumo o comercialización. Piénsese, por ejemplo, la cantidad de viticultores y los puestos de trabajo directos o indirectos que conlleva el consumo de vino en un país como España.

En tercer lugar, se puede señalar, asimismo, que desde el punto de vista histórico, en los intentos de prohibición (como ocurrió en EE. UU. en la denominada época de la *ley seca*), fueron mucho más graves los problemas que trajo consigo la interdicción de la comercialización y el consumo, que los propios derivados de dicho consumo del alcohol.

De todo ello se puede alcanzar la siguiente consideración: *no toda conducta lesiva para bienes jurídicos relevantes para la convivencia humana puede venir sancionada con una consecuencia penal.* En ocasiones, como es este el caso, por muy dañino que parezca un comportamiento, por muy intenso que pueda resultar el contenido propio del injusto de una actividad humana, su inclusión dentro del presupuesto de una norma penal deviene imposible o causa de un cisma social. Esto ocurre, fundamentalmente, respecto de acciones individuales o sociales sobre las cuales no existe ninguna conciencia de su ilicitud ética o jurídica por un importante sector de la comunidad. La prohibición, claro está, se hace más difícil cuanto más arraigada está la actividad o costumbre, y cuanto más entidad cualitativa y cuantitativa posee el grupo social que acepta el comportamiento como válido e incluso como valioso. La incriminación en tales casos constituye una fuente inagotable de problemas sociales y jurídicos y, a título de ejemplo, se pueden señalar los antiguos supuestos de insumisión en la prestación del servicio militar, el siempre candente problema del aborto o la polémica siempre abierta con relación a la posible despenalización de determinados supuestos de comercialización de una clase de drogas.

En el ámbito de las denominadas drogas legales (café, tabaco y alcohol, fundamentalmente), nos encontramos ante este mismo dilema. Las muertes que se producen en cualquier democracia occidental por cáncer de pulmón o cirrosis hepática merced a la ingestión reiterada de este tipo de sustancias no son nada despreciables y constituyen una fuerte agresión a la salud colectiva. Pero ocurre que en estos casos *el Estado no es que no quiera, es que no puede bajo ningún concepto establecer restricción prohibitiva alguna, tanto de su comercialización como de su consumo entre sujetos adultos.* Las consecuencias de la criminalización en tales hipótesis son considerablemente mucho más perjudiciales individual y socialmente que las propias que acarrean su consumo, y buena prueba de ello nos muestra la Historia en la época de la "ley seca" (en 1919 el Congreso

de los EE. UU. aprueba la 18ª enmienda a la Constitución federal prohibiendo la fabricación, comercio y consumo de bebidas alcohólicas). *El propio Estado, en definitiva, se halla ante una especie de situación de inexigibilidad,* pues teniendo la obligación de tutelar la salud pública frente al consumo de este tipo de sustancias, viola ese deber de tutela *porque el poder público no puede obrar de forma distinta a la permisión.*

De esta forma, como se acaba de señalar, se justifica el diferente tratamiento punitivo que reciben las drogas legales frente a las ilegales, y esta justificación, *se entiende desde el particular sistema de valores que se desprende de la actual configuración legal del delito de tráfico de drogas en nuestro ordenamiento jurídico.* La existencia, pues, de una clara impunidad para determinado tipo de actividades en relación con las denominadas drogas legales tiene su justificación en una imposibilidad de su sanción penal.

Hasta el momento presente, se ha intentado examinar cómo el ordenamiento jurídico proporciona respuesta a dos tipos de conflictos de crucial importancia para la propia fundamentación material de la figura delictiva denominada ampliamente como tráfico de drogas.

Cuando se estudia el primer conflicto entre la salud pública y la libertad personal, queda claro que, el Código penal, y también la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, resuelven la cuestión decantándose claramente a favor de aquella. Cabría de nuevo suscitar el problema, pero atendiendo ahora a la ponderación propia que emana de los principios constitucionales derivados de la especial configuración del Estado como Estado social y democrático de Derecho.

En este sentido, plantea BUSTOS una interesante paradoja: Si el bien jurídico protegido es la salud pública, desde el punto de vista del funcionamiento interno del mercado, sería absurdo mantener como ilícita la oferta, y por el contrario declarar lícito el consumo. De esta forma, para disminuir o eliminar la oferta, en buena lógica, tendría que incidirse sobre el consumo para evitar un mercado ilícito y clandestino. Pero ello conllevaría otro problema de no menor envergadura, y es que en tal supuesto, en un Estado democrático, el poder público de ninguna forma se puede inmiscuir en la libertad individual sobre los productos que el sujeto puede consumir o dejar de consumir. Esta forma de concebir la prohibición del tráfico llega, pues, a una contradicción interna difícilmente superable: en la medida en que el consumo no es punible, la existencia del mismo atrae la oferta, la cual está prohibida, generándose así un mercado clandestino que siempre estará presente de no salvar este círculo vicioso. El autor llega a la conclusión de que la salud pública no puede ser objeto de tutela en este delito, afirmando que nos encontramos ante una infracción sin bien jurídico en la medida en que únicamente trata de mantener la cohesión moral de la ciudadanía respecto a determinados comportamientos.

Pero precisamente por tratarse de un Estado social y democrático de Derecho se produce esa aparente contradicción, que en realidad es un conflicto.

Aquí el poder público tiene necesariamente que atender a dos polos con criterios absolutamente distintos. Mientras que la conducta del consumidor se ciña al ámbito estrictamente privado, el libre desarrollo de su personalidad actúa como barrera infranqueable del poder punitivo del Estado porque de otra forma vulneraría el derecho fundamental de los derechos fundamentales. Vemos aquí la cara del Estado como Estado de Derecho. Pero si atendemos a la otra faz, la del Estado social, que viene obligado a intervenir a favor de la colectividad cuando el abuso de la libertad individual ponga en tela de juicio su propia coexistencia, éste tiene el deber de actuar cuando la conducta del sujeto promueva, favorezca o facilite el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, para mantener esas condiciones mínimas de bienestar físico y psíquico. Ello determina que el autoconsumo esté tolerado y que toda forma de oferta con relación a estas sustancias esté prohibida. Luego también desde una perspectiva estrictamente constitucional puede defenderse el actual sistema de incriminación de nuestra legislación en la materia. Pero con esta afirmación no se pretende defender este sistema punitivo. Muy al contrario, en la medida en que se ha demostrado su absoluta ineficacia para alcanzar el fin propuesto, mantenimiento básico de la salud pública, el Estado debería ocupar la posición de oferta controlada, sin ningún ánimo de promocionar, tan sólo de dar solución a los supuestos de consumo ya existente. Al final del apartado se trata esta problemática en orden a la discusión sobre el conflicto legalización-penalización del tráfico de este tipo de sustancias. De momento, y a título de conclusión provisional se afirma que el actual sistema punitivo es conforme, desde el plano teórico, con el vigente modelo constitucional.

En este ámbito de legitimación, cabría plantearse, en segundo lugar, por qué tiene que ceder en el marco del consumo y tráfico de drogas el reflejo del Estado de Derecho frente al Estado social. ¿Por qué la libertad del consumidor a obtener la sustancia adictiva debe supeditarse a la ilicitud en aras del mantenimiento de un bien jurídico de naturaleza colectiva cual es la salud pública? Se pone en tela de juicio, en última instancia, y en el concreto ámbito que estamos examinando, el que la libertad individual ceda ante los intereses sociales de la comunidad. En este sentido SGUBBI, refiriéndose a la legislación antidroga italiana, señala "… la salud no viene protegida como derecho subjetivo individual, sino como un bien del cual el individuo es portador en interés de la entera colectividad…". Para el autor italiano, en el fondo, se trata "… de una visión paternalista en donde el interés de la colectividad a la conservación de la salud de todos sus miembros debe imponerse aun en contra de su voluntad (la de los ciudadanos como sujetos individuales)". La norma en cuestión, por tanto, no sería considerada como una norma de tutela, sino como una norma-límite, una norma que establece fronteras a la libertad del particular con el fin de imponer otros valores y de perseguir y alcanzar otros objetivos fuera de la salud pública, objetivos que trascienden al individuo como, por ejemplo, el orden público, la tranquilidad pública, la serenidad de la familia, etc. En esta misma línea de

pensamiento, concluye BUSTOS: "En definitiva, cuando se castiga el consumo y/o la oferta en relación a mayores, es que se le quiere otorgar al derecho penal una función determinada, cual es que todos los hombres tengan un determinado interés en la perfección moral, intelectual y física… es decir, la función de la ley penal es de moralidad pública". La lógica conclusión en este tipo de argumentación sería estimar la ilegitimidad constitucional de la actual legislación penal en materia de estupefacientes.

El art. 10. 1 de la C. E. declara 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 fundamentos del orden político y de la paz social. En este contexto, el libre desarrollo de la personalidad está íntimamente relacionado con la dignidad humana, de tal forma que el desenvolvimiento de aquélla reafirma a esta última… La obstaculización de una implica la negación de la otra.

El libre desarrollo de la personalidad, queda claro, como todo derecho, está sujeto a límites y en este sentido se encuentra citado junto al respeto a las leyes y a los derechos de los demás. Sin duda alguna, cuando el Estado actúa en representación de los intereses colectivos, su intervención puede incidir en muchas ocasiones en los derechos individuales de los ciudadanos particulares. Nos podremos preguntar hasta qué límite puede afectar la injerencia del poder público en aspectos tan determinantes como el libre desarrollo de la personalidad de los administrados… hasta qué punto el Estado social debe asegurar el Estado de Derecho. Dicha intervención adquirirá mayor o menor entidad dependiendo de dos factores a tomar en consideración: la importancia cualitativa y cuantitativa del bien social que se pretende tutelar y la incidencia de dicha intervención en la esfera de derechos del particular.

Pero en todo caso, sea cual sea el interés social pretendido, jamás la injerencia estatal podrá limitar el libre desarrollo de la personalidad hasta tal punto que quede irreconocible la dignidad humana. A título de ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad que se ejerce en el marco de la vida privada doméstica impone a todo poder público una necesidad de respeto que se concreta en el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. Este derecho no es absoluto y en determinadas ocasiones cede frente a otros de mayor relevancia (supuesto de comisión de delito fragante, en los que está permitida constitucionalmente la intervención de las fuerzas de seguridad del Estado). Pero estas excepciones no niegan la dignidad humana que se le reconoce al individuo como pacífico morador. Ahora bien, siguiendo el ejemplo, si hipotéticamente la Administración de Hacienda, para comprobar que las declaraciones de ingresos de sus administrados en el respectivo impuesto corresponden con la realidad, pudiese internarse libremente en los domicilios privados de los sujetos pasivos tributarios, esa limitación del libre desarrollo de la personalidad que se produce por la injerencia del fisco atentaría y dejaría irreconocible la dignidad humana, deviniendo toda actividad y ley de estas consecuencias en nulas de pleno derecho.

Esto desde el punto de vista negativo, pero desde una perspectiva positiva, de igual forma, cuando se postula por el respeto al libre desarrollo de la personalidad de un ciudadano como derecho de mayor relevancia frente a la actividad pública limitadora, también en esa afirmación debe quedar bien patente que el ejercicio de la pretensión individual es sustancial para seguir manteniendo el reconocimiento de la dignidad humana. Sin esa referencia a la recognoscibilidad de la dignidad humana, desde mi particular punto de vista, en caso de conflicto entre derecho individual e interés público, no se puede inclinar la balanza de la ponderación de bienes jurídicos en favor del interés privado. La conclusión de este pensamiento se concreta en la siguiente afirmación: Mientras no exista enfrentamiento de intereses, bienes o valores jurídicos, la libertad humana no tiene límites. Ahora bien, en estos supuestos de conflicto, en última instancia, entre individuo y Estado, el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano no puede dirimir el mismo en favor de aquél en alegación de cualquier afección o lesión de pretensión individual, porque en tal supuesto *el libre desarrollo de la personalidad se podría llegar a concebir como capricho y la coexistencia de la comunidad resultaría imposible.* Y en este sentido, nadie podrá exigir del Estado, por ejemplo, que elimine el delito de exhibicionismo del art. 185 del C. p. porque su autodeterminación sexual es más completa y su personalidad se desarrolla más libremente cuando muestra sus órganos sexuales en la vía pública ante menores de edad. También estaremos de acuerdo en que ningún fumador podrá entender que viola el libre desarrollo de su personalidad la prohibición de fumar en determinados lugares públicos, pues su dignidad humana queda intacta aun con esta limitación puntual.

Trasladada esta argumentación al ámbito de nuestro tema, cabe concluir en los mismos términos. Aquí el conflicto se presenta entre el libre desarrollo de la personalidad del consumidor, que desea realizar su actividad con mayores garantías y fuera de la clandestinidad; y el interés del Estado en que los comportamientos de consumo privado de drogas se limiten al máximo y queden totalmente aislados, incriminándose el resto de acciones que circundan dicha actividad de autoconsumo. Y nos preguntaremos entonces *si la negación de este derecho del consumidor en favor del mantenimiento del interés colectivo a la salud pública hace irreconocible su dignidad humana como persona.* La respuesta, desde mi punto de vista, es negativa, manteniendo que en esta confrontación, desde la óptica constitucional, el legislador está legitimado para levantar barreras al libre desarrollo de la personalidad del consumidor. Esto implica que la normativa antidroga, por todas las razones aludidas, sea conforme a la Constitución aun cuando restrinja derechos fundamentales del ciudadano. El mismo argumento se puede trasladar, de forma paralela, al supuesto contemplado en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana cuando sanciona el consumo en lugares públicos. No obstante, a pesar del pronunciamiento favorable del Tribunal Constitucional, se presentan mayores dudas sobre la constitucionalidad de la sanción administrativa de la tenencia para el consumo.

En otro orden de cosas, se ha señalado anteriormente que en los supuestos de comercialización de drogas legales existían en el plano teórico fundamentos materiales para determinar la realidad de una agresión a la salud pública, pero que la sanción penal en tales supuestos provocaría consecuencias sociales mucho más perjudiciales que la afectación a este bien jurídico, atendiendo fundamentalmente a su implantación cultural y social. Quizás este proceso se esté produciendo ya en el marco del consumo de algunas drogas ilegales como en el caso del hachís. Las últimas estadísticas indican que entre 800.000 y 1.200.000 personas consumen esporádica o habitualmente esta sustancia en España, y la cantidad es mucho mayor entre el sector de población que considera que debería ser lícita la conducta de su consumo y comercialización. De ahí que las perniciosas consecuencias penales que en su día se produjeron con la implantación de la "ley seca" puedan reproducirse en el marco de estos productos actualmente prohibidos.

Todas estas conclusiones que han ido esbozándose hasta aquí *sólo son predicables respecto de la configuración actual del vigente derecho positivo, de las pautas emanadas de los convenios internacionales y de los valores constitucionales que imantan nuestro ordenamiento jurídico*. En ningún momento se ha querido manifestar que la actual regulación punitiva del tráfico de drogas sea la correcta desde un punto de vista *de lege ferenda*, o atendiendo a la eficacia actual del sistema punitivo como mecanismo político-criminal de lucha contra el denominado "narcotráfico" y sus perniciosos efectos en los bienes y derechos individuales y sociales. Por el contrario, desde el prisma político-criminal, la situación actual es insostenible, aun cuando pueda ser defendible su virtualidad constitucional desde el punto de vista estrictamente teórico, el cual se ha aportado aquí. Se finaliza, pues, con otro ámbito de discusión, especialmente el que debate el conflicto legalización-penalización de este tipo de conductas, el análisis de la virtualidad real del vigente sistema punitivo en materia de delitos de tráfico de drogas.

Como se ha señalado al principio del presente apartado, uno de los problemas político-criminales que más preocupan a la ciudadanía es la actual situación política, social y económica que genera el tráfico ilícito de estupefacientes. Muchos jóvenes, destrozados por su adicción, arruinan su propia vida y la de sus familias. Esa necesidad de consumo del drogodependiente constituye un factor criminógeno de primer orden, pues la necesidad de conseguir dinero para consumir la sustancia ilícita se encuentra en la causa de más del 60% del conjunto de los delitos contra el patrimonio. El fuerte caudal económico que genera el negocio de la droga, a su vez, determina otro segundo factor criminógeno más terrible que el anterior. Se crean auténticas multinacionales del crimen que compran y venden los narcóticos, que compran y venden voluntades al más alto nivel, que presionan, golpean y matan… El poder de estas organizaciones criminales es de tal entidad, que en algunos países productores, se adueñan del control del mismo Estado en beneficio de sus propios intereses. Y tampoco hay

que despreciar los atentados a la salud individual y colectiva. Muchos jóvenes mueren por el consumo adulterado de estas drogas, o a causa de una sobredosis. El SIDA, frecuentemente transmitido por el uso compartido de jeringuillas, también es responsable de muchas, muchas muertes… A su vez, el propio poder público tiene que destinar ingentes cantidades de dinero para hacer frente a todos estos problemas de primer orden, con resultados poco esperanzadores. Pues la aprehensión de los alijos de droga apenas representa un 10% o un 15% del total que se halla en circulación. De igual modo, se logra detener, enjuiciar y condenar a los pequeños traficantes que se encuentran en la escala más baja de la organización. Sin embargo, los jefes del narcotráfico, aquéllos que se encuentran en el punto más elevado de la escala de la organización criminal, suelen rodearse de una capa de impunidad… Los centros penitenciarios se llenan de reclusos que en su gran mayoría han sido condenados por delitos de narcotráfico o han perpetrado otros a causa de su adicción a las drogas…

Se ha dicho, y con razón, que la política de represión emprendida por Estados Unidos y la ONU, y seguida por prácticamente todos los países del planeta, ha contribuido a esta situación tan lamentable. Pues en última instancia, el negocio más boyante del mundo se mantiene merced a que el tráfico es ilegal, como ocurrió en su día con el alcohol y el establecimiento de la *ley seca.* El alto coste del producto viene determinado precisamente por el hecho de que se trata de una sustancia prohibida. Y también es posible que su ilegalidad tenga algo que ver con el comportamiento de muchos jóvenes que acceden a ella para ingresar en el ámbito del comportamiento prohibido y clandestino.

Por todas estas razones, se ha propuesto por un grupo relevante de especialistas (así en España, la propuesta más completa la ha realizado el Grupo de Estudios de Política Criminal, la cual asumo como miembro integrante del mismo) un cambio de la política estatal e internacional en relación con el consumo y tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Dicha política es conocida como "legalización" del consumo y tráfico de drogas, aunque esta expresión no es la más acertada.

El núcleo de esta propuesta radica en la sustitución de la actividad de tráfico y negociación de estas sustancias que llevan a cabo las organizaciones criminales, para que aquélla pase a manos del poder público. La elaboración, distribución y venta de las drogas estaría controlada por el propio Estado, con el límite de que los consumidores no fuesen menores de edad o incapaces. Con ello se conseguirían notables ventajas.

La sustancia no estaría adulterada, y ello redundaría en un menor perjuicio para la salud de los consumidores. Se conseguiría un precio de mercado muy bajo, lo cual conduciría a dos consecuencias paliativas nada despreciables. Por un lado, el sujeto adicto a estas sustancias no tendría que recurrir al expolio de sus amigos y familiares, o incluso a la perpetración de hechos delictivos, para obtener la sustancia adictiva. Por otro lado, las bandas de traficantes desaparecerían paulatinamente, pues no podrían competir con los bajos costes del pro-

ducto legalmente comercializado. Ello atacaría de raíz a las poderosas mafias internacionales del negocio de la droga y a sus terribles actividades del crimen organizado.

Evidentemente, esta política alternativa no acabaría con el pernicioso consumo de sustancias altamente perjudiciales para la salud. De ahí que el Estado debería dedicar todos sus esfuerzos en orden a educar, informar y prevenir a la población en relación con los peligros para la salud de los consumidores que acarrea la ingestión de narcóticos. Todos los controles administrativos exigidos en materia de medicamentos, se trasladarían a este ámbito, con mayores rigores, si cabe. También se crearían conductas delictivas en relación con la ilegítima elaboración, expedición, distribución y venta de las drogas tóxicas. Se mantendrían tipos penales semejantes a los actuales cuando se promoviese, favoreciese o facilitase el consumo de drogas entre menores de edad o incapaces.

Pero esta alternativa a la actual política criminal para hacer frente al tráfico de drogas no puede tener ningún éxito si se desarrolla aisladamente por un sólo Estado. Todo lo contrario, desplegado este sistema en un único país, sin un seguimiento del resto de la comunidad internacional, difícilmente se alcanzarían las soluciones que acaban de formularse, y más bien se engendrarían nuevos y más graves problemas. Y es cierto que hasta el momento presente, ni la ONU, ni tampoco el Consejo de Europa, ni la Unión Europea, han querido desviarse de la actual línea de represión punitiva a ultranza del tráfico de drogas. Quizás el rotundo fracaso de estas políticas consiga, al menos, que se lleve a cabo un profundo debate y una razonable reflexión sobre éstas y otras alternativas posibles.

3. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, MEDIO AMBIENTE E INCENDIOS FORESTALES: DETERIORO, POLÍTICA Y REACCIÓN PENAL

Los delitos contra la ordenación del territorio y el medio ambiente constituyen dos conductas punibles que se incorporaron en las últimas décadas del Siglo XX al ordenamiento jurídico español. En ambos se protege de forma directa el medio ambiente, el entorno paisajístico, los recursos naturales, la naturaleza… La forma de llevar a cabo esa tutela, es, sin embargo, distinta. Voy a realizar un breve análisis de las razones político-criminales que justifican la regulación del Código penal de 1995 en esta materia. Y aunque el texto punitivo coloca en otro título los incendios forestales (entre los delitos contra la seguridad colectiva), que duda cabe que uno de los atentados más relevantes contra la flora y la fauna en nuestro país se produce a través de los comportamientos incendiarios que arrasan nuestros montes y bosques. Por eso le dedicaremos a esta problemática algunos párrafos.

En los delitos contra la ordenación del territorio, se pretende poner freno a un proceso indiscriminado de edificación y de asentamientos humanos que degradan montes, costas, bosques y otras zonas verdes o entornos naturales que merecen especial protección. La experiencia histórica de un país como España pone de manifiesto que la codicia humana no respeta ni bellezas naturales, ni la riqueza de la flora o de la fauna cuando existen intereses económicos por medio. La costa mediterránea, por ejemplo, ha sido explotada hasta límites insospechados mediante la construcción abusiva de edificios de apartamentos, de chalets, de urbanizaciones de toda índole. Situación similar se ha producido en auténticos "paraísos" naturales como las Islas Baleares o las Islas Canarias. Incluso este proceso se está repitiendo ahora en zonas rurales ajenas (hasta ahora) a la atracción turística, como pueblecitos de montaña o cercanos al mar Cantábrico de las Comunidades de Castilla-León o Asturias.

Esta sobreexplotación del suelo se encuentra, para algunos, justificada. Aporta ingresos en zonas muy deprimidas económicamente. Genera una nueva actividad económica, pues el asentamiento de ingentes masas de población multiplica las relaciones humanas de toda índole. Incluso se otorga mayor publicidad de pueblos, aldeas y lugares que, de no ser por la explotación del suelo y de sus recursos, serían absolutamente desconocidos.

Pero que duda cabe que estos mismos beneficios se pueden alcanzar a través de un proceso de desarrollo sostenido, que logre hacer compatible el aprovechamiento racional de los recursos del suelo con el mantenimiento del valor paisajístico y medioambiental de determinados lugares. Ello se debe realizar a través del planeamiento urbanístico diseñado por los órganos de gobierno de los distintos municipios, que son quienes normalmente conocen con mayor profundidad la forma y el momento en el que debe organizarse el suelo a través de las correspondientes calificaciones y recalificaciones.

La violación de una racional calificación del suelo para conseguir un desarrollo urbanístico equilibrado ha sido provocada en muchas ocasiones por determinadas constructoras y promotoras quienes, en connivencia con concejales y alcaldes, han estado detrás de los intereses económicos ilegítimos causantes de esas tropelías que se señalaban párrafos atrás. Frecuentemente se ha ofrecido dinero para conseguir que un terreno calificado como suelo rústico, o en todo caso, como no urbanizable, se recalificase como urbanizable por parte de los correspondientes plenos de los ayuntamientos. De esta forma, el beneficio económico puede lograrse por una doble vía. Por el incremento del valor de los terrenos tras la recalificación. O también por el beneficio de la venta de los apartamentos, casas y chalets edificados tras conseguir un suelo muy barato que en su día se habría comprado como no urbanizable.

Evidentemente, ésta ha sido una forma de vulneración de ese deseado proceso de desarrollo urbanístico racional. Dicha forma de vulneración es difícil de ser atajada cuando depende de una decisión política de un órgano municipal, que siempre encierra cierta dosis de discrecionalidad. Y normalmente faltan

pruebas para implicar a las personas sobornadas que dirigen la actividad política hacia la confluencia de los intereses de quienes les pagan…

Otra forma más directa y menos sofisticada de romper con la racionalidad del planeamiento urbanístico, viene determinada por la actuación a través de las vías de hecho. Se construye una edificación prohibida en un paraje natural, o en un terreno rústico, o en una zona destinada a actividades deportivas, violando flagrantemente la correspondiente normativa urbanística. Hasta la entrada en vigor del C. p. de 1995, esta situación sólo podía ser sancionada administrativamente, y en muchas ocasiones los infractores se limitaban a pagar la correspondiente sanción entendida como un mero "coste", irrelevante en comparación con el beneficio económico obtenido (pues los supuestos de demolición, también contemplados en la legislación urbanística, apenas se han llevado a cabo).

Algunas de estas conductas podían ser perseguidas a través de la legislación penal tradicional sirviéndose de los clásicos delitos de prevaricación y cohecho, pero la realidad ha demostrado que apenas han existido condenas en comparación con los comportamientos que las merecían. Por esta razón, el legislador de 1995 decidió actuar más contundentemente en el marco estrictamente punitivo.

De esta forma, por primera vez en nuestra historia legislativa, se incluye un capítulo dedicado a los delitos contra la ordenación del territorio dentro del Título XVI del vigente texto punitivo, lo cual representa una clara intención de hacer frente al problema con el arma más poderosa con la que cuenta el ordenamiento jurídico. Y así, se consideran delictivas las conductas más graves que vulneran todos los principios del planeamiento racional del suelo. Se castiga a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección, o a los mismos sujetos que lleven a cabo una construcción no autorizable en suelo no urbanizable (art. 319). Y se crea un delito de prevaricación especial dirigido a castigar a las autoridades o funcionarios públicos que, a sabiendas de su injusticia, hayan informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, o por sí mismos o como miembros de un organismo colegiado hayan resuelto o votado a favor de su concesión (art. 320).

Ya se puede realizar una evaluación ponderada de la eficacia de la legislación penal en esta materia. Tan sólo cabe ahora destacar que en los primeros años llegaron pocos asuntos a las correspondientes Audiencias, y en la mayoría de ellos los acusados fueron declarados absueltos, pues no reunían la condición de constructores, promotores o técnicos directores. Sin embargo, en estos últimos años, la labor profesional, tanto de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción (conocida comúnmente como Fiscalía Anticorrupción), como de las Fiscalías de Audiencia (especialmente, sus

secciones de medio ambiente), ha llevado a los tribunales a muchos más acusados con pruebas de cargo, lo que ha determinado un mayor número de condenas. También es posible que el conocimiento de la existencia de las correspondientes figuras delictivas haya mitigado las tendencias a realizar graves comportamientos que atentaban al ordenamiento urbanístico. En todo caso, la correcta utilización de las sanciones administrativas para los infractores debería ser suficiente en estos supuestos para proteger el bien jurídico tutelado, entrando en juego el Derecho Penal cuando la situación de agresión sea mucho más grave, en los términos que expresa el art. 319 del texto punitivo.

Voy a dedicar ahora otras reflexiones a la problemática político-criminal de los atentados contra el medio ambiente.

La protección penal del medio ambiente se ha llevado a cabo recientemente en Europa, donde hasta prácticamente entrados los años setenta no hubo una expresa tipificación del delito ecológico. En nuestro país, dicha regulación legal se estableció a través de la ley de reforma penal de 25 de junio de 1983. Este retraso acaecido en la tutela penal responde a varias razones.

Hasta que llegó la revolución industrial, existía la creencia generalizada de que los recursos del planeta Tierra eran ilimitados. Los bosques, las aguas, los minerales, las plantas y los animales se habían mantenido, reproducido o regenerado durante miles de años, y allí seguirían indefectiblemente por el transcurrir de los tiempos. Se despreciaba la incidencia de la actividad humana en la naturaleza, pues hasta que llegó el pensamiento ilustrado, el hombre todavía no había encontrado el centro del Universo, que era ocupado por Dios. La revolución industrial y la Ilustración fomentaron la ideología de la fe en el progreso de la ciencia y de la tecnología, progreso que conduciría a la felicidad del hombre, uno de los objetivos que perseguía esta nueva ética. El dominio de la naturaleza, pues, lejos de constituir un peligro para la comunidad social, se presentaba como una condición necesaria para alcanzar un desarrollo racional de toda sociedad humana. La aparición de la industria, de las fábricas con sus máquinas, de los nuevos inventos, era contemplada como signo de progreso, de racionalidad y de civilización, sin que ni siquiera se llegara a plantear una posible repercusión negativa en las aguas, en la atmósfera, en el suelo, en la flora o en la fauna. Seguía latiendo la idea de que los recursos naturales eran ilimitados.

El auge de la ciencia y de la tecnología que se experimentó a lo largo del Siglo XIX, también alcanzó al desarrollo del sector bélico de las sociedades occidentales. La capacidad de destrucción del nuevo armamento quedó patente tras las dos guerras mundiales (1914-1918 y 1939-1945). Y, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, se pudo comprobar que no era ya la naturaleza una fuente inagotable de recursos, sino que, por el contrario, quien no tenía límites para crear desgracia y desolación era el poder destructivo del mismo ser humano.

Sin embargo, en el periodo de posguerra, las sociedades occidentales estaban más preocupadas por levantar la economía de sus respectivos países, que por proteger el medio ambiente. Se desarrolla así un fuerte proceso de industrializa-

ción en los antiguos países del eje aliado que culmina con la crisis de 1973. Durante ese proceso se llegan a alcanzar tasas de riqueza desconocidas hasta entonces, necesitándose mano de obra extranjera en los ricos países europeos dado que la política económica había alcanzado el pleno empleo de toda la población laboral. Aunque los poderes públicos y la ciudadanía en general tienen conciencia de que ese fuerte proceso de industrialización puede afectar negativamente al entorno natural, la fuerza impulsada por las aspiraciones del nuevo Estado del bienestar es todavía demasiado intensa para que pueda retroceder ante los nuevos peligros creados, peligros para los diferentes sistemas ecológicos.

Los movimientos juveniles y contestatarios que se producen a finales de los años sesenta surgen como respuesta a esa ideología del capitalismo de nuevo cuño. Frente al pensamiento impulsado por los poderes económicos, políticos y sociales, se postula por sectores de la nueva izquierda en favor de un sistema de valores distinto, adornado de una estética también diferente. De este modo aparece el movimiento hippy, que tendría una gran influencia en la vida social, cultural y política de la sociedad occidental europea de ese tercer tercio del Siglo XX. Su forma de vestir (ropa holgada, con elementos florales, túnicas largas, camisas y vestidos sencillos, utilización de sandalias y calzado cómodo), la estética del cuerpo delgado y el cabello largo, el gusto por la música de un nuevo rock melódico, son características que presentaban una nueva visión del mundo que rechazaba los valores tradicionales de la familia, los conflictos bélicos, la economía de mercado y postulaba por una sociedad solidaria en vida comunal y en armonía con el resto de la naturaleza. Ese movimiento hippy fue arrollado por el mismo sistema neo-liberal que lo originó. Su ingenuidad y frescura en temas tan serios como el consumo de drogas, la realización del amor libre o la vida y el trabajo en comunas no pudo sostenerse, fuera de algunos casos anecdóticos, como una alternativa a las formas políticas tradicionales de gestión de la sociedad. Pero su influencia en la moda, en la cultura, en la ética y en el pensamiento político de los años sesenta y setenta del siglo pasado, iba a ser de gran trascendencia.

De hecho, las tendencias pacifistas y ecologistas que se extienden por Europa a partir de los años setenta, son herencia directa de este movimiento. Surge así una nueva izquierda alternativa, diferente de la marcada por los grandes partidos progresistas europeos, distinta de la ideología socialdemócrata imperante en el nuevo Estado del bienestar, separada de las clásicas fundamentaciones marxistas de las organizaciones radicales… Es el nuevo movimiento ecologista y pacifista que se concreta en Organizaciones No Gubernamentales como *Greenpeace* (paz verde). Dicha ONG surge en 1971 con la pretensión de frenar el progresivo aumento del arsenal nuclear en Estados Unidos. Más tarde se centró en la lucha contra toda forma contaminante de energía (especialmente, contra la energía nuclear), y en la protección del medio ambiente, de la flora y de la fauna en todo el planeta. Es el nuevo movimiento político de "Los Verdes" que se extiende en Europa, y en otros países de corte occidental, a partir de mediados

de esa década de los setenta, y cuya base histórica es necesario conocer para entender los problemas político-criminales más esenciales de la protección del medio ambiente.

En un principio, las diferentes organizaciones ecologistas se presentan a las elecciones municipales correspondientes sin ninguna ambición política, sin ningún deseo de alcanzar las instituciones de gobierno. Tan sólo se pretende instrumentalizar la política para concienciar a la ciudadanía de la progresiva destrucción del planeta por la actividad depredadora del ser humano contra el medio ambiente, contra la flora y la fauna. Así, se establece que el *Values Party* de Nueva Zelanda aparece como primer partido ecologista constituido legalmente en 1972. En 1973 se registra en Gran Bretaña el *Green Party*.

Es en Alemania, en 1976, sin embargo, cuando las candidaturas de los verdes consiguen representantes en dos ciudades en las respectivas elecciones municipales. Los ecologistas franceses también alcanzan amplios éxitos electorales en los comicios locales que se celebran en 1977.

En 1979 los ecologistas suizos consiguen por primera vez representación en un parlamento nacional. En Bélgica, los verdes de este país también obtienen representación parlamentaria a nivel estatal.

Sin embargo, el gran año de los partidos verdes en Europa, será 1983. En Francia consiguieron más de 700 concejales en las elecciones municipales y en Alemania superaron el listón electoral del 5% y obtuvieron más de 27 actas de diputado en el Parlamento Federal (Bundestag). Es en este país donde mayores cuotas de poder ha alcanzado el movimiento político ecologista, llegando incluso, elección tras elección, a formar parte del gobierno de algunos Estados federados y del propio Estado Federal, en coalición con el Partido Socialista alemán (SPD).

En España, sin embargo, los partidos ecologistas han fracasado rotundamente. En ocasiones, porque se han mostrado muy divididos (se han llegado a presentar hasta cuatro partidos diferentes en unos mismos comicios). Otras veces han estado demasiado vinculados a movimientos anarquistas y libertarios que hoy no gozan del visto bueno del electorado español. Y también ha influido la fuerte aceptación del mensaje pacifista y ecologista que ha formado parte del ideario político de organizaciones más consolidadas, como es el caso de Izquierda Unida.

Ahora me interesa destacar la influencia de esta tendencia en la moderna estructuración jurídica de la protección del medio ambiente. Y a este respecto, cabe señalar que la ideología de los verdes pretendió alcanzar ese fin de tutela a través de dos mecanismos complementarios.

Pues por un lado se quería mentalizar a la ciudadanía sobre los peligros de ciertas energías (especialmente la nuclear), sobre la degradación del planeta, sobre la desaparición de muchas especies de la flora y de la fauna. Se quería concienciar a la población para que cambiase sus hábitos en relación con la

utilización del agua, en relación con el reciclaje de la basura que producían, en relación con los productos que compraban. En definitiva, se quería llevar a cabo una actividad educativa dirigida a la población para que aprendiese a valorar y respetar a los animales, a las plantas y a la naturaleza en general.

Por otro lado, su actuación se dirigía a los mismos poderes públicos. Se pretendía que la misma gestión política tomara en consideración el impacto medioambiental en todas sus decisiones (así, por ejemplo, en el ámbito de las obras públicas, como construcción de autopistas, canales hidrográficos, establecimientos militares, etc.). Pero, sobre todo, se pretendía que los órganos de administración del Estado controlasen con mayor rigor las actividades de los particulares que pudiesen perjudicar las condiciones del entorno, del paisaje y del medio ambiente en general. Y aquí se exigía al poder público que estableciese normativas administrativas protectoras del medio ambiente, con sus correspondientes sanciones para los supuestos de violación o incumplimiento. Y se postuló en favor de la creación de un nuevo delito dentro del catálogo de figuras penales de los textos punitivos de Europa, el denominado delito ecológico, que debía cumplir la función máxima de protección de ese medio ambiente cuando las conductas agresivas al mismo fuesen de especial envergadura.

Bajo este contexto, nace así el delito contra el medio ambiente de forma paralela a la extensión del pacifismo y el ecologismo en Europa. Es por ello que su aparición transcurre entre los años setenta y ochenta del Siglo XX. En España, como dije al principio, se introduce en nuestra legislación punitiva en 1983, en la entonces recién iniciada etapa socialista.

La ley penal pretendía tutelar el medio ambiente definido como conjunto de condiciones de las aguas (marítimas o terrestres, también las subterráneas), del suelo y subsuelo, y del aire, que posibilitan el equilibrio de los sistemas y subsistemas ecológicos en los que se desarrollan la flora y la fauna… Pero pronto la realidad mostró el conflicto de intereses que se oponía a esa función de protección.

Desde la incorporación del delito al Código penal, hasta el final del Siglo XX, en España apenas habían acontecido algo más de 60 enjuiciamientos, que no condenas, por atentados ecológicos. Y la mayoría de estos enjuiciamientos tuvieron lugar en estos últimos años de fin de siglo. En la primera década del Siglo XXI, sin embargo, aumentaron los enjuiciamientos por estos delitos, que se situaron en torno a las dos centenas. Aunque ello supone un incremento apreciable en relación con las dos décadas anteriores, el número de causas abiertas y de condenas sigue siendo muy escaso atendiendo a la realidad de atentados medioambientales que se producen en nuestro país. Podemos encontrar algunas razones que explican tan paupérrima aplicación de la ley penal.

La redacción del precepto que describía la figura legal era técnicamente muy deficiente. Los verbos típicos empleados determinaban que muchas conductas merecedoras de castigo escapasen del ámbito de prohibición por falta de tipicidad. Además, era necesario que junto al atentado ecológico, se violara una

norma administrativa que regulase previamente la actividad correspondiente (la existencia de lo que se denomina una ley penal en blanco). Se corría el riesgo de que no existiese regulación en un determinado sector o en un determinado territorio, de tal forma que conductas gravemente perjudiciales podrían quedar en la más absoluta impunidad. Se corría el riesgo de violar el principio de igualdad, pues el agresor estaría a expensas de que la regulación administrativa fuese más o menos acertada a la hora de contemplar el impacto ambiental de la respectiva actividad.

En realidad, esa pretensión de tutela penal respondía más a la presentación de un símbolo progresista, políticamente muy correcto en aquella época, que a una verdadera intención de sancionar seriamente a los que infringiesen la ley. De hecho, no se quería valorar como merecedor de castigo la causación del daño al medio ambiente en sí mismo considerado, sino en la medida en que el perjuicio a los recursos naturales pudiese afectar a la salud de las personas. Aunque esta condición no constituyese un requisito típico imprescindible (determinaba una de las dos modalidades básicas), hay que recordar que el antiguo delito tipificado en el art. 347 bis del C. p. de 1973 se encontraba junto a los hechos punibles que atentaban contra la salud pública. Pero además, la misma Constitución Española en su art. 45 ya había otorgado la correspondiente tutela y valoración del medio ambiente desde una concepción ciertamente antropocéntrica. Pues cuando en su párrafo primero establece que todos tienen derecho a disfrutar del medio ambiente, se puntualiza que es el medio ambiente *adecuado para el desarrollo de la persona.* Y, de igual forma, cuando en el párrafo segundo se declara a nivel de principios que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, ello se plantea con la finalidad *de proteger y mejorar la calidad de la vida.* En el fondo está latiendo, como se acaba de señalar, una idea de velar por el respeto a la naturaleza en la medida en que el hombre es también naturaleza, y el destino de una y otro van ineludiblemente unidos.

Vemos que las deficiencias técnicas y valorativas afloran por doquier en la primera regulación del delito ecológico. A ello habría que añadir otro elemento político-criminal nada despreciable, cual es la benignidad de la sanción que acompañaba a la conducta criminal. Ello, empero, no es una mera casualidad, no es una mera consecuencia de la torpeza de los redactores de la ley penal. Se quería expresar que los poderes públicos habían emprendido la tarea de defender los recursos naturales, pero no existía una seria voluntad de sancionar a los responsables de sus agresiones. Y es que, en épocas de crisis económicas, en las que muchas empresas adolecen de grandes dificultades para mantenerse a flote, las exigencias que limitan sus índices de contaminación se materializan en obstáculos que conducen a su cierre. Ello arrastra una serie de problemas que colocan a las correspondientes administraciones en una situación complicada. Decae la producción, se estanca el mercado, familias enteras ingresan en el mundo de los subsidios por desempleo, el erario público se ve mermado por falta de recursos que se generan a través de los correspondientes impuestos y

contribuciones a la seguridad social…. Estas consecuencias no son deseadas por los respectivos gobiernos, y en la medida en que se posee cierta influencia sobre el Fiscal General del Estado, se potencia el criterio político de no intensificar la persecución penal de estas infracciones.

Durante la década de los ochenta, esta idea se potenció con el hecho de que algunas de esas industrias contaminantes eran públicas, de tal suerte que los respectivos consejos de administración estaban dirigidos por miembros designados políticamente por el gobierno de turno.

Con la aparición del Código penal de 1995, la situación ha experimentado un cambio relevante. Se sigue manteniendo la estructura del delito en torno a la norma penal en blanco, que exige, como presupuesto de la incriminación, la contravención de una ley o disposición de carácter general protectora del medio ambiente. Pero la conducta ya es definida de una forma mucho más concreta, para abarcar otros supuestos que antes quedaban fuera de la norma penal. El peligro para la salud de las personas deja de ser una modalidad delictiva y se convierte en un supuesto de agravación, de tal forma que la figura penal pierde así parte de esa excesiva vinculación antropocéntrica que imprimía la fundamentación de su bien jurídico. También se eleva la pena, que con anterioridad era demasiado benigna, casi irrisoria. Se crean delitos antes inexistentes, como el establecimiento de depósitos o vertederos ilegales, u otros destinados a una mejor protección de la flora y de la fauna, especialmente respecto de aquéllas especies que se hallan en peligro de extinción. De igual forma, consciente el legislador de que en ocasiones los funcionarios de la administración correspondiente no han actuado con la diligencia debida, o intencionadamente han querido evitar cualquier sanción para las industrias y empresas contaminantes, se decidió por incorporar, al igual que hizo en materia de ordenación del territorio, un delito de prevaricación específico.

Cabe señalar, una vez más, que la vía penal constituye el último mecanismo de protección en materia de medio ambiente, reservado exclusivamente para los supuestos en los que el ataque ha sido especialmente grave. El orden administrativo-sancionador, que regula de forma más precisa las actividades concretas con un específico análisis del respectivo impacto medio-ambiental, ha de constituir una primera barrera de actuación frente a los comportamientos lesivos o peligrosos que no constituyan delito. Cuando se ponga gravemente en riesgo el equilibrio de los sistemas naturales, entrará en juego la ley penal, como instrumento insustituible de solución de conflictos allá donde el resto del ordenamiento jurídico no haya podido tutelar el correspondiente bien jurídico con un mecanismo menos sacrificado. Con todo, la conciencia de respeto a ese medio ambiente debe alcanzarse por toda la ciudadanía a través de campañas de educación difundidas desde los ámbitos más elementales (en la escuela primaria o secundaria) o de amplio espectro (publicidad en los medios de comunicación de masas).Una conjunción equilibrada de estas medidas jurídicas y extra-jurídicas

podrá acercar de nuevo al ser humano a una mejor convivencia, que no conquista, con su entorno medio-ambiental.

Quisiera acabar este epígrafe dedicando unas líneas al mayor problema medio-ambiental con el que cuentan los países del Sur de Europa, los incendios forestales. El número de incendios, y la extensión de la superficie quemada, evidencia que nos encontramos, sin exageración alguna, ante uno de los desastres ecológicos más relevantes y preocupantes de las últimas décadas. Aunque no soy amigo de llenar las páginas de esta obra con figuras estadísticas, considero, sin embargo, de notable interés los datos que nos aporta el Instituto Nacional de Estadística relativos a la primera década del Siglo XXI.

AÑO	INCENDIOS	SUPERFICIE AFECTADA (en Has)		
		Arbolada	Desarbolada	Total
1999	18.237	24.034	58.183	82.217
2000	24.118	46.138	142.448	188.586
2001	19.547	19.363	73.934	93.297
2002	19.929	25.197	82.267	107.464
2003	18.616	53.673	94.499	148.172
2004	21.396	51.732	82.461	134.193
2005	25.492	69.350	119.322	188.672
2006	16.334	71.083	84.280	155.363
2007	10.932	29.403	56.710	86.113
2008	11.656	8.443	41.878	50.321
2009	15.642	40.393	79.498	119.892

Fuente: Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marítimo

Es difícil imaginar una forma más grave de atentado a la flora y a la fauna de la Península Ibérica que la provocada por los incendios forestales. Además de esquilmar los bosques y su rica biodiversidad, se acelera el proceso de desertización. La pérdida de superficie arbórea, a su vez, determina el corrimiento de tierras que tiene lugar tras las lluvias, lo cual dificulta la regeneración forestal en el futuro. La progresiva sequedad del ambiente, la falta de humedad son factores que alejan a las nubes con su respectiva humedad, constituyéndose en la principal causa del cambio climático, que nada favorece a la repoblación de especies del enclave siniestrado. Y, a pesar de estas terribles consecuencias, sigue sucediéndose, año tras año, esta desgraciada cadena de incendios forestales. Varias son las causas que explican este fenómeno.

Sin duda alguna, el clima influye decisivamente en la causación de este tipo de incendios. Los años más secos, especialmente en la estación veraniega, coinci-

den con aquellos en que más superficie ha resultado quemada. Sin embargo, las causas climatológicas sin intervención humana apenas representan un 10% del total. No obstante, hay que señalar al respecto que esos factores climatológicos son aprovechados por quienes pretenden llevar a cabo la conducta incendiaria.

A nadie se le escapa que la causa más común de los incendios forestales es la intencionalidad motora de la actividad humana. Las estadísticas nos indican que los factores intencionales suponen más del 60%, tanto del número de incendios como de la superficie arrasada. Los motivos más frecuentes están relacionados con la pretensión de reconvertir los terrenos para uso ganadero (pastos) y agrícola. Dado el bajo índice de descubrimiento de los autores responsables (apenas el 5% de los estimados causantes reales), poco nos dice la estadística en relación con otras posibles intenciones. Pero la necesidad de obtener madera a bajo coste, y de recalificación de terrenos, ha estado presente en alguna ocasión, y así lo ha reconocido el propio legislador de 1995, como luego tendremos oportunidad de comprobar. También habría que tomar en consideración la conducta de algunos enfermos mentales que provocan el hecho merced a su desvarío psíquico (pirómanos).

De igual forma, son considerables en número los incendios que toman causa en una conducta humana negligente, como es la quema de rastrojos y realización de hogueras en momentos y lugares inadecuados, conducta de fumadores, la quema de basuras, los escapes de vertederos, y comportamientos recreativos en el bosque y similares (asados, paellas, etc.).

Finalmente, tenemos que destacar otros factores que responden a actividades humanas, y que, sin ser calificadas de imprudentes, potencian la posibilidad de incendios. Son riesgos que emanan de determinados ámbitos públicos y privados y que son tolerados por la administración y por los administrados, dado que se considera que el fin que se alcanza con el desarrollo de la función de la actuación en concreto es superior a los peligros para determinadas zonas forestales. Así, por ejemplo, la existencia de líneas de ferrocarril, del tendido eléctrico, motores, máquinas y maniobras militares llevan aparejados esos riesgos señalados.

Evidentemente, sólo las causas intencionales e imprudentes constituyen hechos delictivos. Las causas puramente climatológicas (tormentas y rayos, fundamentalmente) y las procedentes de las situaciones de riesgo permitido, no son constitutivas de infracción penal. Para proteger nuestros bosques y montes, por tanto, es necesario aplicar determinadas medidas preventivas y extra-jurídicas, y otras de carácter penal y sancionador.

Si la causa principal de la quema de las masas boscosas se encuentra en el hecho de hacer fuego en nuestros montes, la primera medida preventiva debe ir encaminada a evitar este comportamiento. De ahí que en algunas Comunidades Autónomas, se prohíbe encender en zonas forestales en determinados periodos y bajo ciertas condiciones (sobre todo en verano). Se prohíbe de forma absoluta quemar rastrojos, asar incluso en los merenderos, fumar, etc. Para ello se extre-

man las medidas de vigilancia, recurriendo a voluntarios que toman nota de las personas que entran y salen de esas zonas arbóreas.

Se puede observar, de igual forma, que cuando el monte tiene una utilidad para los vecinos del enclave donde se encuentra, el número de incendios disminuye considerablemente. En determinados espacios de propiedad comunal, se aprovecha racionalmente la madera y la resina, de tal forma que los municipios afectados pueden disminuir o incluso suprimir algunos impuestos merced al beneficio obtenido. Ahí es cuando se llevan a cabo tareas de limpieza de matorrales y basuras y otras de vigilancia por gran parte de los vecinos beneficiarios. Por eso es muy importante que la ciudadanía se conciencie, sintiéndose protagonista. Las campañas de educación resaltando los valores de la biodiversidad de nuestros enclaves naturales, resultan, a todas luces, de gran interés. Poderes públicos y asociaciones protectoras de la naturaleza han de fomentar un cambio de conducta en los ciudadanos más negligentes, con el fin de que actúen con nuevos hábitos más respetuosos con su entorno silvestre y paisajístico.

En cuanto a las principales causas intencionales, deberían existir leyes autonómicas o incluso una regulación de carácter estatal que prohibiese cualquier posibilidad de recalificación de todo paraje que haya sido objeto de un incendio provocado dolosamente. De esta forma se evitaría la pretendida reconversión de montes y bosques en fundos agrícolas y pastos para el ganado. También se pondría fin a las conductas incendiarias que buscan convertir los terrenos forestales en suelo urbanizable, con pretensiones de construir edificios en el futuro. Respecto de la madera quemada, que suele ser muy aprovechable y rentable por su bajo coste y escaso peso, ya existe una prohibición administrativa de traficar con ella, y se deberían instaurar mecanismos de vigilancia para evitar todo tipo de compraventa en el mercado negro.

El Código penal de 1995 toma en consideración alguna de estas medidas político-criminales para hacer frente a los incendios forestales. Estas conductas incendiarias se castigan con penas bastante duras cuando se realizan dolosamente. Y también se sanciona penalmente el comportamiento imprudente. Del mismo modo, se intenta atajar alguno de los móviles de estos hechos criminales, y se establece que los Jueces o Tribunales podrán acordar que la calificación del suelo en las zonas afectadas por un incendio forestal no pueda modificarse en un plazo de hasta treinta años, pudiéndose acordar igualmente que se limiten o supriman los usos que se vinieran llevando a cabo en las zonas afectadas por el incendio, así como la intervención administrativa de la madera quemada procedente del incendio (art. 355).

Estas medidas específicamente penales han tenido escaso éxito hasta el momento presente. Y aquí no se trata de un problema de deficiencia en la regulación legal, pues la técnica jurídica de los correspondientes preceptos es bastante acertada. Por el contrario, surge un problema de imposibilidad material de aplicación de la ley penal por ausencia de acusados a los que dirigir el correspondiente proceso penal. Tan sólo en un 5% de los incendios forestales constitutivos

de delito se descubren a sus responsables, pues es muy fácil perpetrar este comportamiento sin dejar prueba alguna de su autoría. Y si la mayoría de los sujetos responsables quedan impunes, la ley penal apenas muestra otro valor que aquél de constituir un símbolo de la pretensión del poder público de hacer frente con la medida más agresiva que dispone, la pena, a este tremendo problema.

4. POLÍTICA PENAL EN MATERIA DE SEGURIDAD DEL TRÁFICO RODADO

Seguramente uno de los inventos que más ha afectado a la vida social del Siglo XX ha sido la aparición del vehículo de motor. Se ha convertido en uno de los medios de transporte más eficaces y utilizados por la mayoría de la ciudadanía del mundo occidental. Ha transformado las relaciones humanas de forma radical al permitir que el individuo pueda en poco tiempo acceder a lugares muy distantes de donde desempeña su trabajo o profesión, de donde mora habitualmente. Ello ha contribuido notablemente a aumentar nuestra calidad de vida. Podemos llegar antes a nuestro centro de trabajo, o incluso ejercer nuestra profesión u oficio en centros muy alejados de nuestro domicilio habitual. Se puede hacer turismo y conocer muchos lugares lejanos. Ante cualquier dolencia o enfermedad, es factible presentarse rápidamente a un médico, centro de salud u hospital. Los niños tienen más facilidades para ser escolarizados aun cuando sus hogares se encuentren lejos de los respectivos colegios o institutos. Se potencian las relaciones de comunicación y las relaciones económicas entre personas, pueblos, ciudades, regiones y Estados, con lo que ello supone para el bienestar general de las sociedades desarrolladas o en vías de desarrollo…

Todas estas ventajas, y otras muchas que ahora ni se mencionan, ponen de manifiesto que el automóvil ha entrado de lleno en nuestras vidas, de tal forma que se ha constituido en uno de los objetos más valiosos a la hora de aportar mayor comodidad a nuestra existencia.

Pero el tránsito de vehículos por nuestras calles, avenidas, carreteras, autovías y autopistas, también genera una terrible tragedia. Al ser objetos de gran peso, y que pueden desplazarse a gran velocidad, crean un peligro potencial para la vida e integridad física tanto del conductor y de sus ocupantes, como de otros conductores y ocupantes, e incluso peatones.

Aunque, como he señalado, no soy amigo de llenar estas páginas con excesivos números, considero en este caso de gran interés la llamada de atención que nos ofrecen las siguientes cifras.

Si tomamos los datos aportados por el Instituto Nacional de Estadística (que son preferidos por los investigadores de seguridad vial a los que aporta la Dirección General de Tráfico), podemos apreciar las siguientes consideraciones. En España, en los últimos tres lustros del Siglo XX, cada año han perdido la vida

por accidente de tráfico no menos de 5.000 personas (el periodo de mortalidad más baja fue 1996, con 5.483 muertes), llegándose a superar las 6.000 muertes en 1988, 1989, 1990, 1991, 1992 y 1993. El número de heridos sobrepasa holgadamente los 100.000 anuales. Esta escalada comenzó a variar con la entrada del Siglo XXI. En efecto, a partir del año 2000 se produce una tendencia, continua y progresiva, en la disminución de las cifras de la tragedia, pero los datos continuaron siendo escalofriantes, y durante los años 1999, 2000 y 2001 el número de muertes, que apenas excedió de 6.000 anuales, superó ampliamente la cifra de 5.500.

De esta forma, de las 5.776 muertes en accidentes de tráfico acaecidas en 2001, se desciende hasta las 5.399 que se producen en 2003. El siguiente año, 2004, experimenta uno de los decrementos más relevantes de la historia de la accidentalidad vial en nuestro país, y se contabilizan 4.741 muertes, algo menos de 700 que el año anterior. Desde ese 2004, hasta el año 2009, última fecha en la que, cuando se escribe la segunda edición de esta obra, se cuenta con cifras oficiales, la cuantía ha ido decreciendo hasta las 2.130 víctimas mortales de ese año 2009. De este último periodo, tres fechas son especialmente relevantes en esa caída de la estadística: El señalado año 2004 con relación al año 2003 (14,26%), el año 2008 con relación al 2007 (19,99%, una quinta parte de víctimas mortales menos en un sólo año, 723), y finalmente, 2009 con relación a 2008 (13,63%). Estos dientes de sierra invertidos no son fruto de la casualidad, sino de específicas medidas político-criminales de gran trascendencia que serán examinadas en su momento.

Muchos de estos accidentes mortales no sólo afectan a las personas que viajan en los vehículos siniestrados, sino también a peatones. Siguiendo con los números, y tomando datos de todo el Planeta, durante el Siglo XX, en los últimos cincuenta años murieron 35 millones de personas por esta causa, 1.500 millones resultaron heridas… Estudios de organismos oficiales europeos y de las Naciones Unidas nos muestran que anualmente pueden producirse 700.000 fallecimientos y 20 millones de heridos, de tal forma que junto al SIDA (hombres) y cáncer de mama (mujeres), la accidentalidad vial se ha constituido en uno de los factores más relevantes de pérdida de vidas humanas.

Hay que significar que un alto porcentaje, en torno al 60-65% de los accidentes de tráfico, viene determinado por comportamientos humanos. Y aquí habrá que considerar las posibles medidas que pueden establecerse por los poderes públicos para hacer frente a cierto tipo de conducta, fundamentalmente la de los conductores, que debe variar de forma general para conseguir disminuir estos elevados índices de mortandad. De ahí que en este apartado, siguiendo la tendencia de los inmediatamente anteriores, nos vayamos a preguntar, en primer lugar, por las causas determinantes de esos altos niveles de siniestralidad. En un segundo momento, se analizarán las medidas políticas, penales y extra-penales, que los poderes públicos utilizan como mecanismo de prevención y represión de esas acciones causantes de los accidentes de tráfico.

Analizando los mismos datos proporcionados por la Dirección General de Tráfico, existe un conjunto de causas concurrentes que inciden directamente en la provocación del siniestro. De esta forma, la excesiva velocidad, la distracción del conductor y la infracción de normas de circulación se manifiestan como los factores más relevantes que se presentan en la mayoría de los accidentes mortales o con heridos graves. Otras importantes causas de accidentalidad, pero de menor incidencia, son las determinadas por la conducción bajo la influencia de drogas o alcohol, bajo la influencia del cansancio, sueño o enfermedad o debido a la juventud o inexperiencia del conductor. Finalmente, se aprecian otros factores que se presentan en un pequeño porcentaje de los siniestros, como son el estado de la vía, de la señalización y del vehículo o una meteorología adversa.

Evidentemente, estas causas no suelen presentarse de forma aislada, sino que concurren entre sí o con otras no definidas. Y también se ha de considerar otro dato, sin duda alguna, el de mayor incidencia, que no aparece, porque no puede aparecer, entre los motivos individuales de siniestralidad. Me refiero al aumento considerable del parque automovilístico en España. A mayor número de vehículos en circulación, mayores son las posibilidades de que ocurra algún percance con resultado de graves daños materiales o personales. Por ejemplo, en el año 1991 existían en nuestro país algo más de 16 millones de vehículos registrados, mientras que en el año 2000 la cifra superaba los 24 millones. En el año 2010, la cifra ya había alcanzado los 31.000.000. Al final del presente epígrafe se harán las reflexiones correspondientes sobre esta evolución. Es claro que con esta cuantía, van a continuar produciéndose muertes y daños a la integridad y a los bienes de los ciudadanos, una erradicación total es absolutamente imposible. De ahí que, desde un punto de vista que apunte a la realidad de las cosas, hay que luchar por conseguir que el número de desgracias por cada vehículo vaya disminuyendo año tras año. Y aquí se ha avanzado mucho, aun cuando el camino por recorrer sigue siendo muy largo y queda todavía bastante por hacer. De esta forma, desde 1991 hasta el año 2000, el número de muertes por cada millón de vehículos ha ido disminuyendo progresivamente, de tal forma que al principio de la última década del Siglo XX se contaba con 347 fallecimientos y al final con 184 (casi la mitad). Al final de la primera década del Siglo XXI, el número de víctimas mortales por cada millón de vehículos se sitúa en torno a las 69. Es casi exactamente la quinta parte de fallecimientos que hace veinte años.

Una vez establecidas las causas más relevantes que inciden en la producción de fallecimientos y daños a la integridad física, tienen que ser analizadas las medidas más adecuadas para influir en la deseada disminución de estas perniciosas cifras estadísticas.

De esta forma, el progresivo desarrollo de las técnicas de seguridad en la producción de automóviles, ha contribuido a decrecer esos índices de siniestralidad, al igual que la notable mejoría que se ha producido en la red vial (caminos, carreteras, autovías y autopistas) y en los sistemas de señalización. Estas serían

medidas de política social en sentido estricto, pues no afectan directamente al comportamiento de los conductores.

Sin duda alguna, se pretende variar los hábitos de los protagonistas de la circulación vial, pues la mayoría de los accidentes mortales son provocados por errores humanos. Aquí será de gran interés que el conductor valore la importancia de llevar a cabo la actividad de dirección de su vehículo de forma adecuada a las normas del tráfico rodado, y que adquiera un buen conocimiento sobre su existencia y límites. Para ello será necesario realizar actividades educativas y de formación vial (en las escuelas y centros educativos, con parques infantiles de tráfico móviles y fijos, etc.). Las actuaciones informativas y divulgativas se han mostrado muy eficaces en esta materia. A través de una permanente campaña de información en los medios de comunicación, se conciencia a la ciudadanía para que sea consciente de los peligros que entraña la conducción de un vehículo bajo determinadas condiciones, especialmente para su vida e integridad física y para la vida y la integridad física de los demás. Algunas de estas campañas han tenido éxito, pese a la controversia que ha surgido por la dureza de las imágenes que se presentaban, crudeza que respondía a la realidad más trágica. Estas medidas se incluirían dentro del más puro ámbito de prevención.

De aquí pasamos a otro peldaño, todavía dentro del marco preventivo, que desarrollarían los agentes uniformados dedicados a la seguridad del tráfico, y que se concretaría en las diversas actuaciones de vigilancia y control. Entrarían en juego medidas como los controles de alcoholemia, de vigilancia de velocidad, de seguimiento de la utilización del casco por usuarios de ciclomotores y motocicletas, de la correcta utilización del cinturón de seguridad, etc.

El siguiente estadio de los mecanismos públicos destinados a disminuir la siniestralidad en el tráfico rodado viene establecido en el marco, no ya preventivo, de la represión a través de la sanción administrativa para los supuestos de infracción de la normativa de seguridad vial. A tales efectos, destacan las denuncias presentadas por los agentes correspondientes de infracciones como la conducción sin los permisos legales oportunos, conducción sin cinturón de seguridad, a excesiva velocidad, conducción sin respetar las señalizaciones pertinentes, conducción superando las tasas de alcoholemia reglamentariamente establecidas, etc. Esta actividad sancionadora no sólo persigue reprimir estos comportamientos contrarios a la seguridad del tráfico perpetrados por los conductores infractores. También pretende, al mismo tiempo, llevar a cabo una tarea de concienciación de la ciudadanía sobre las perversas consecuencias de unos malos hábitos en su participación en el tráfico vial. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en aquellas medidas de vigilancia, control y sanción de la utilización de vehículos de motor habiendo ingerido alcohol u otras drogas tóxicas. Las fuertes sanciones impuestas por las autoridades correspondientes han conseguido que muchos ciudadanos se habitúen a conducir, por ejemplo, con el cinturón de seguridad o a dejar el automóvil en casa cuando han bebido más de lo permitido. Mención especial merece aquí la relevancia de las infracciones

administrativas y sus correspondientes sanciones determinadas por la denominada "Ley de carnet por puntos".

Y, en efecto, la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, establece un sistema de castigos y premios con perdida u otorgamiento de puntos a los conductores, según hayan perpetrado, o no, infracciones contra la seguridad vial. El efecto preventivo de esta legislación se ha potenciado por el resultado de la posibilidad de la extinción de la vigencia del permiso de conducir o licencia por pérdida de todos los puntos correpondientes, lo cual obliga al infractor a obtener de nuevo el permiso o licencia de conducción transcurrido un determinado periodo. El efecto preventivo viene acompañado de una finalidad reeducadora, pues se ofrece al sancionado la posibilidad de recuperar un número determinado de puntos a través de la realización de cursos de formación en seguridad vial. De igual forma, también se podrá recuperar el permiso de conducción o la licencia correspondiente a través de esos cursos de formación en seguridad vial.

La relevancia de esta ley en la lucha contra la criminalidad vial ha sido mayúscula. Antes de aprobado el instrumento normativo, la campaña preventiva que se realizó desde los organismos oficiales interiorizó los valores de prudencia y sentido común en la conducción vial de los conductores, de tal forma que ese año 2004 (previo a la aprobación de la mencionada Ley de carnet por puntos), se produjo, como ya ha sido resaltado, un descenso de un 14,26% de víctimas mortales. Hasta ese momento representaba el decremento más relevante que se había producido, al menos, desde la década de los ochenta, y posiblemente el mayor desde que se conocen las estadísticas de siniestralidad vial.

El último escalón de la lucha contra los atentados a la seguridad de conductores y peatones en el ámbito del tráfico rodado, viene determinado por la ley penal. Estamos, pues, ante auténticas medidas de política criminal. Y aquí se podría haber optado por mantener las figuras clásicas de homicidios, lesiones o daños imprudentes o, por el contrario, por crear nuevas figuras delictivas que contemplasen específicamente esta problemática.

Evidentemente, cuando se produce a consecuencia de un accidente de tráfico la muerte de una persona, o lesiones graves, interviniendo negligencia por parte del conductor, se condenará al autor por homicidio o lesiones imprudentes. Pero la solución tradicional no sería posible cuando quien dirige su vehículo comete una infracción que pone en grave peligro la seguridad de las personas, sin llegar a consumarse en el menoscabo de la vida o de la integridad física de terceros. Pues en ningún Código penal moderno se castiga la ejecución imperfecta (esto es, sin llegar a la consumación) de un delito imprudente. Ello es imposible, pues uno de los elementos del delito intentado es el ánimo del autor dirigido a la realización del resultado, incompatible con la acción imprudente que requiere en todo caso la inexistencia de tendencia subjetiva hacía la consumación del hecho punible. Quien conduce alocadamente por una ciudad sin intención alguna de

causar daños ajenos, pero poniendo en peligro la vida o la integridad física de los demás, está dirigiendo su conducta hacía un posible futuro resultado fatal. Pero si dicho resultado fatal no se produce, esa conducta no puede ser calificada como tentativa de un delito contra las personas. De no crearse una figura específica, la acción sería impune.

En España se decidió incriminar dicho tipo de conductas peligrosas para el tráfico rodado, cuando éste comenzó a generalizarse, a través de la ley de 9 de mayo de 1950, sobre uso y circulación de vehículos de motor. Desde entonces, y en progresiva evolución, se considera delictiva la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas y otras drogas tóxicas, la negación a someterse a las pruebas para determinar si existe o no existe dicha influencia, la conducción temeraria con peligro concreto para la vida de las personas, la conducción temeraria con manifiesto menosprecio para la vida de los demás y la alteración de la seguridad del tráfico entorpeciendo gravemente las condiciones de la circulación vial. Todos estos ilícitos penales tienen en común el hecho de estar en la antesala de la causación de una desgracia humana a consecuencia de un accidente de tráfico, y por ello el legislador, incluido el de 1995, considera que se hacen merecedores de la máxima sanción con la que cuenta el ordenamiento jurídico: la pena.

En un nuevo impulso sobre la política criminal en materia de seguridad vial que potenciase los logros alcanzados a mediados de la primera década del Siglo XXI con el establecimiento administrativo del carnet por puntos, el legislador decidió reformar el Código penal y endurecer las penas existentes, creando incluso nuevas figuras delictivas. De esta forma, la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, que modífica el Código penal en materia de seguridad vial, incrementa las sanciones, especialmente la de privación del permiso de conducir, establece como posible instrumento del delito el vehículo de motor a efectos de la pena de comiso y amplía el abaníco de comportamientos punibles. En este último sentido, la pretensión de esta reforma legal era que se incluyera dentro del ámbito penal toda conducta de violencia vial, superándose, incluso, esta expectativa. Y, en efecto, se considera delito conducir sin permiso de conducir (o licencia) o con uno que haya perdido vigencia por determinadas circunstancias. También se castiga como hecho punible la conducción con exceso notable de velocidad aun cuando no exista riesgo para la vida o integridad física de las personas, comportamiento que hasta este momento sólo podía ser sancionado administrativamente.

Se pretende así provocar un efecto disuasorio en los ciudadanos, con un notable carácter simbólico. Se quiere enviar un mensaje de advertencia: estos comportamientos son en su mayoría los causantes de tantas y tantas muertes cada año, y quien coadyuve a crear el caldo de cultivo sobre el que crece el germen de tanta accidentalidad, es también responsable penal. La seguridad del tráfico vial, el respeto a las normas de la correcta circulación, son valores que ahora se presentan como objeto de la máxima tutela. Representan un símbolo de la seriedad de este asunto, de la intensidad de los esfuerzos de los poderes públicos

por intentar disminuir esa macabra estadística criminal… Y de nuevo el efecto perseguido se ha conseguido. Pues tras la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 15/2007, en el año 2008 se superaron con creces los éxitos sin precedentes alcanzados en el año 2004, y se redujo la mortalidad vial en una quinta parte (19,99% para ser exactos).

Tras lo dicho, es claro que el Derecho Penal no es ni el único, ni el más importante mecanismo de tutela de la seguridad del tráfico rodado. Pero no me cabe duda alguna, de que sin las medidas específicamente punitivas, las muertes, los daños corporales y materiales, serían muy, muy superiores.

5. LOS DELITOS SOCIO-ECONÓMICOS Y LA DENOMINADA DELINCUENCIA DE "CUELLO BLANCO". LA RESPUESTA PENAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN ECONÓMICA Y POLÍTICA

A lo largo de la historia, los más débiles, los más desamparados, pero también los más ambiciosos, han recurrido a la desposesión ilegítima de lo ajeno como medio de subsistencia. La comisión de robos y hurtos, el recurso al fraude y el engaño, han constituido alguno de los mecanismos utilizados por aquéllos que no tenían nada que perder para alcanzar un número mínimo de bienes materiales que les eran necesarios para mantener su mísera subsistencia. Sin embargo, la propiedad de esos bienes materiales imprescindibles que determinaba la existencia de los delitos clásicos contra el patrimonio, ha ido transformándose en su sentido valorativo. En las sociedades desarrolladas, cualquier ser humano puede tener acceso a los mínimos bienes necesarios para mantenerse vivo (alimentos, ropa, medicinas, etc.). Los servicios sociales públicos y privados, las organizaciones de beneficencia y otras asociaciones altruistas proporcionan gratuitamente esos bienes a los más necesitados, siempre y cuando éstos los reclamen. La propiedad de bienes muebles, inmuebles o el goce de servicios ya no constituye, por tanto, una condición esencial de la existencia humana. La posesión de bienes materiales, por el contrario, se sitúa en el ámbito del progreso en la escala de la jerarquía social de las democracias capitalistas. A mayor riqueza del individuo, mayor valoración social de su persona y familia, y mayores posibilidades de alcanzar el poder económico y político. De tal forma que existe ahora una clase de criminalidad que está relacionada con el patrimonio ajeno, pero sin las connotaciones individuales y de subsistencia que adquiría antaño.

Se dice, con carácter general, que el poder político tiende siempre a extenderse, tiende al abuso de la fuerza, de tal suerte que la posibilidad de ser limitado no se encuentra dentro de sí, sino fuera de las instituciones que crea o gobierna. El poder político y el poder económico suelen estar fuertemente vinculados, y es frecuente, por tanto, que uno y otro compartan grandes esferas de influencia en el gobierno de los Estados. El poder político y el poder económico persiguen en

muchos casos fines comunes, lo cual les lleva, en no pocas ocasiones, a compartir intereses y a protegerse mutuamente.

De hecho, en todo momento histórico y en todo espacio geográfico, los grandes monopolios del poder económico, político, social o religioso, cuando han abusado de sus potestades infringiendo la ley, han influido decisivamente en aquellos que tienen la facultad de aplicar las normas para evitar someterse a éstas. Y en la medida en que históricamente el mismo poder judicial ha formado parte de las estructuras tradicionales del poder, se puede entender que la Justicia no ha sido aplicada con la misma vara a todos los ciudadanos. Los poderosos han tenido más oportunidades de violar la ley sin que cayese sobre ellos ningún tipo de exigencia de responsabilidad penal, bien porque (casi siempre), el proceso penal ni siquiera llegase a dirigirse contra los infractores, bien porque, de ser procesados, se alcanzase el sobreseimiento de la causa o la libre absolución.

¿Y qué tipo de criminalidad es la que normalmente han perpetrado y perpetran aquéllos que se encuentran situados en los estadios más elevados de la sociedad? Ya vimos, y seguiremos viendo en el tema siguiente, que en el Estado de corte autoritario o totalitario el mismo poder público se convierte en un gigantesco criminal que viola los más esenciales derechos humanos y libertades públicas. La tortura, el secuestro, la desaparición, el genocidio pueden ser algunos de los hechos que se llevan a cabo por los funcionarios o personas directamente vinculados a ellos que detentan material o formalmente la distribución del poder. Este tipo de conductas no suele producirse en el Estado democrático, salvo en algunos supuestos en los que se ha querido luchar contra el terrorismo por vías ilegales (la denominada "guerra sucia"), tales como el caso de la banda Baader-Meinhof en Alemania o este otro de los GAL en España. Sin embargo, existen otros hechos delictivos que son comunes a ambos sistemas políticos, si bien en los regímenes en los que hay falta de libertades, la impunidad de los poderosos es más evidente y menos excepcional que en aquellos otros en los que rige realmente el respeto a las libertades y el pluralismo político.

Pero tanto en el Estado democrático como en el autoritario, reitero, el poder político y económico suelen emplear mecanismos para evitar la persecución o la condena penal cuando perpetran lesiones a bienes jurídicos relevantes para la comunidad. Los delitos más frecuentes están relacionados con el móvil económico, bien de forma directa, bien de forma indirecta. Así, en aquellos países, democráticos o no, en los que el Estado es muy débil frente a los poderes económicos y sociales (los denominados países subdesarrollados o en vías de desarrollo de grandes espacios geopolíticos como Latinoamérica, África o Asia, con algunas excepciones, claro está), la clase política está muy corrompida y no duda en adueñarse directamente del patrimonio que gestiona la administración. Se producen así apropiaciones indebidas de grandes dimensiones (técnicamente denominadas malversación de caudales públicos en el ordenamiento jurídico español), sin que ningún fiscal investigue el asunto y ningún juez vaya a procesar al corrupto. Este tipo de ataques directos al erario público, que se practican de

forma descarada y flagrante, es más excepcional en los Estados desarrollados y auténticamente democráticos, aunque en ocasiones se descubre algún que otro "asunto" (en España, por ejemplo, el famoso caso "Roldán").

Sin embargo, los supuestos de corrupción que aparecen en el denominado Primer Mundo son mucho más sofisticados, pues existe un mayor control de la gestión pública por parte de los medios de comunicación de masas, por parte de las fuerzas políticas en oposición al poder y por parte de los correspondientes órganos de Justicia. Como acabo de señalar, las malversaciones del dinero público efectuadas directamente son más excepcionales, y son sustituidas por otras estrategias que pretenden alcanzar los mismos fines (enriquecimiento para seguir engrosando poder económico y político). Nos encontramos entonces ante figuras delictivas que, sin ser calificadas siempre técnicamente como delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, tienen un componente económico que las sitúa dentro de la denominada "delincuencia de cuello blanco", delincuencia perpetrada por aquellos sujetos que visten traje y corbata, que ostentan lujosos relojes, que conducen automóviles suntuosos…

Una modalidad de este tipo de criminalidad es el cobro de comisiones a cambio de actuaciones debidas a favor del interesado. Esta ha constituido una forma de actuación ilegal que ha sido tolerada en algunas democracias occidentales (casos de Alemania, Italia, Francia o España), puesto que existía en alguna medida un gran pacto tácito entre los grandes partidos políticos para conseguir una vía fácil de financiación. Aquí el ordenamiento jurídico suele crear figuras delictivas como el cohecho (solicitud económica a cambio de una actuación u omisión legal o ilegal) o el denominado tráfico de influencias.

Por supuesto, conductas delictivas como las anteriores van asociadas, en ocasiones, con otras cuyo bien jurídico protegido no está inmediatamente vinculado con el elemento patrimonial. Así, también se ha podido comprobar en epígrafes anteriores que los intereses económicos de personas y grupos relevantes se encontraban detrás de los ataques a la ordenación del territorio, al entorno paisajístico o al mismo medio ambiente. Y de igual forma, el oscuro mundo del tráfico ilegal de estupefacientes encierra una gran capacidad de corrupción de funcionarios y autoridades, creando y gestionando muchas fortunas ilícitas.

Hasta aquí hemos estado examinando supuestos clásicos de criminalidad de "cuello blanco" perpetrada por sujetos que de una u otra forma tienen acceso o integran el poder político. Pero esta criminalidad de "cuello blanco" que acaba de ser examinada no comprende únicamente a los delitos socioeconómicos. O dicho de otro modo, el concepto de criminalidad de "cuello blanco" abarca a los delitos socioeconómicos, y a otras conductas perpetradas con móviles económicos, pero cuyo bien jurídico directamente protegido es de naturaleza distinta (cohecho, delito urbanístico, tráfico de drogas a gran escala, etc.).

Y ocurre que, frente a las clásicas figuras delictivas que atentaban contra el patrimonio individual de la persona (robos, hurtos, apropiaciones indebidas y estafas a pequeña escala, etc.), la transformación del Estado liberal al Estado

intervencionista ha ido poniendo de manifiesto la existencia de otra forma de criminalidad económica que había sido desconocida y tolerada. Y ello es lógico, pues la ideología del liberalismo propugnaba como uno de los valores esenciales la propiedad privada y basaba su teoría económica en el modelo de mercado. Bajo estos presupuestos, los ataques al patrimonio individual tenían que ser gravemente sancionados. Pero el Estado intervencionista no confía en la economía de mercado ni en las leyes de la competencia como forma de creación de la riqueza y de logro de las bases materiales de bienestar de la sociedad. El mismo poder público participa en la economía para evitar desajustes intolerables y remover los obstáculos que impiden a los más débiles tener acceso a los bienes de consumo. Y le interesa ahora (al menos desde el punto de vista ideológico, no tanto práctico) preservar las condiciones básicas del funcionamiento del entero sistema económico. Los delitos de hurto, robo, apropiación indebida y estafa siguen siendo objeto de persecución y sanción, pero aparecen otros que afectan a "algo más" que a la propiedad privada ajena. Tomemos como ejemplo la quiebra fraudulenta de una empresa. Aquí se toman en consideración los cuantiosos perjuicios, más allá de los estrictamente económicos e individuales, que puede ocasionar una situación de insolvencia fraudulenta. Dicha situación de lesividad colectiva se haría especialmente patente en los casos de crisis de empresas de gran envergadura, tales como entidades bancarias, que podrían llegar a poner en peligro el entero sistema financiero de un país.

Con el Estado intervencionista, pues, aparece como digno de protección penal un nuevo bien jurídico, difuso y difícil de concretar, el orden socioeconómico. Es un bien jurídico colectivo e indeterminado, repito, el orden socioeconómico, o dicho de otra forma, la economía política en sus diversas manifestaciones (sistema financiero, sistema crediticio, sistema impositivo, sistema bancario, etc.). Siguiendo a TIEDEMANN, el orden socioeconómico quedaría integrado por los siguientes aspectos, y sus vulneraciones constituirían los respectivos hechos punibles: orden económico supranacional (en el marco de la UE, defensa de la competencia y de la Hacienda comunitaria); tráfico económico nacional con el exterior (contrabando, tráfico de armas, control de cambios); fijación de precios en determinadas materias y sectores; el marco económico y político de la actividad empresarial (competencia desleal, publicidad engañosa, insolvencias punibles, descubrimiento y revelación de secretos industriales y comerciales, abuso de información privilegiada, protección del medio ambiente, derechos de los trabajadores, etc.); y los instrumentos de la actividad empresarial (balances fiscales y mercantiles, medios o instrumentos de pago, manipulaciones informáticas, etc.). Orden socioeconómico puede entenderse, en opinión de la mayoría de los especialistas, como participación estatal en la economía, o como conjunto de normas protectoras de la distribución, producción y consumo de bienes y servicios. En realidad, el orden socioeconómico no puede entenderse como un bien jurídico en sentido estricto, sino más bien como bien jurídico categorial, amplio, que necesita de una ulterior concreción en referencia a las respectivas figuras delictivas.

El Código penal español de 1995 ha querido preservar ese orden socioeconómico. Así, en un sólo Título (Título XIII) se recogen los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, siendo función del intérprete descubrir en cada una de las figuras delictivas estudiadas el lugar de ubicación al respecto. Pues existen infracciones punibles, como la estafa con múltiples perjudicados, las insolvencias punibles o los delitos contra la propiedad industrial o intelectual, en las que no es posible delimitar claramente si el bien jurídico afectado es de naturaleza individual o colectiva, dado que en ellas existe un componente mixto que no se puede perder de vista.

Delitos contra el orden socioeconómico, en sentido estricto, dice la doctrina que tan sólo vienen constituidos por aquellos denominados como delitos relativos al mercado y a los consumidores y los delitos societarios. Fuera del Título XIII existen otras figuras delictivas que también inciden directamente en la lesión o en la puesta en peligro de este bien jurídico. Destacan, entre otros, los delitos contra la hacienda pública (Título XIV), delitos contra los derechos de los trabajadores (Título XV) y delitos contra la ordenación del territorio (Capítulo I, Título XVI).

Evidentemente, este panorama jurídico-penal es reciente. Hasta 1983, los delitos clásicos contra la propiedad individual eran castigados muy duramente y las figuras delictivas que atentaban a las reglas básicas del sistema económico general o no existían, o las existentes adolecían de muchos defectos técnicos que impedían o dificultaban en gran medida su aplicación (tal ocurría con los delitos contra la hacienda pública o las quiebras fraudulentas o culpables). A partir de este año, y tras sucesivas reformas, se suavizaron las penas en delitos clásicos de apropiación (robo, hurto, utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno) y se incrementaron, a través de agravantes específicas, las sanciones de aquellas conductas que lesionaban intereses generales (así, por ejemplo, estafas o apropiaciones indebidas que afectaban a múltiples perjudicados o recaían sobre bienes de primera necesidad). Poco a poco fueron apareciendo otros hechos punibles, como el delito de abuso de información privilegiada o este otro denominado tráfico de influencias, que aunque no se situasen dentro del elenco puramente patrimonial, mostraban una connotación socioeconómica indudable.

Sin embargo, como he señalado en párrafos anteriores, sería el C. p. de 1995 el que introdujese al respecto las más importantes incorporaciones y reformas. Los hechos punibles contra la hacienda pública o las insolvencias punibles fueron modificados para hacer más viable y efectiva su aplicación. El Título XIII dejó la rúbrica "Delitos contra la propiedad" para quedar ahora nominado bajo la locución "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico". Y aparecieron nuevas figuras delictivas que tomaban en consideración la protección del mercado y los consumidores. La innovación más relevante fue la incorporación de un nuevo capítulo dedicado a los delitos societarios. Se quería proteger a las entidades que participan en el mercado frente a las conductas de sus gestores que pudieran redundar en perjuicio de la misma sociedad, de sus socios o in-

cluso de un tercero. De esta forma, se castigan ahora comportamientos como los de falseamiento de cuentas o de otros documentos sociales; la imposición de acuerdos abusivos; el establecimiento ilegal de acuerdos lesivos para la sociedad o sus socios; la prohibición a un socio del ejercicio de los derechos de información, de participación en la gestión o control de la actividad social, o de suscripción preferente de acciones reconocidos por las leyes; la obstaculización o impedimento de actividades legales de inspección y supervisión por parte de un tercero y la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o el establecimiento de obligaciones que le perjudiquen. Algunos de estos ilícitos podían ser incriminados con la legislación anterior a través de delitos clásicos como los de falsedades o apropiación indebida, pero otros encontraban dificultades por falta de tipicidad, de tal forma que el legislador de 1995 decidió crear esta serie de figuras específicas.

Se puede decir, pues, que tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, la ley lleva a cabo una protección suficiente de los valores económicos de carácter supraindividual. Aunque en la descripción de los correspondientes delitos se pueden apreciar en alguno de ellos defectos de técnica jurídica, la cobertura de la correspondiente tutela abarca prácticamente a todos los bienes jurídicos socioeconómicos cuya infracción se hace merecedora de sanción penal. Evidentemente, las medidas jurídico-penales constituyen instrumentos político-criminales de lucha contra la criminalidad de "cuello blanco" de primer orden, pero, por sí solas, resultan insuficientes para atajar mínimamente el problema. Aquí nos encontramos, una vez más, ante un nuevo supuesto de "Derecho Penal simbólico", en el que los intereses de los gobernantes y los expresados a la opinión pública difieren, en no pocos casos, notablemente. Así, escándalos financieros relacionados con la financiación ilegal de partidos políticos (casos "Naseiro" y "Filesa", por ejemplo), demuestran que las grandes organizaciones políticas pueden llegar a actuar ilegalmente para sufragar sus cuantiosos costes estructurales y coyunturales, aun cuando luego sean ellas mismas quienes propongan o aprueben una legislación que proteja penalmente los intereses socioeconómicos de la colectividad. De esta forma se lanza un mensaje a la ciudadanía en el sentido de que se está luchando contra la corrupción de los más poderosos, de que los poderes públicos están concienciados de la necesidad de poner fin a la impunidad de las acciones de depredación de aquéllos que ocupan los estratos más altos de la sociedad…

Hay que decir que en nuestro país ya se ha avanzado algo. No sólo por la existencia de una cobertura legal suficiente para perseguir este tipo de conductas, sino porque, sobre todo a mediados de los años noventa, comenzaron a ser perseguidos algunos de los "poderosos" que tiempo atrás, además de pertenecer a la estirpe de los intocables, se presentaban como modelo de personas triunfadoras y emprendedoras, símbolo de una nueva economía en la que con muy poco esfuerzo se podía ganar mucho dinero. Así, son representativos los escándalos, procesamientos y condenas, según los casos, de personas tan relevantes

en aquellos años como Mariano Rubio (Gobernador del Banco de España, que utilizó información privilegiada para beneficiar económicamente a familiares y amigos), Luis Roldán (Director General de la Guardia Civil, que estableció una estructura económica que se lucraba con las comisiones de ciertas contrataciones, además de perpetrar otros delitos contra el patrimonio) y Mario Conde (Presidente de BANESTO, se apropió directamente y desvió fondos multimillonarios en perjuicio de los accionistas).

La persecución y castigo de la delincuencia de cuello blanco, por tanto, requiere una cobertura legal suficiente y algo más. Ese "algo más" no es otra cosa que la profundización real, día a día, en el Estado de Derecho. Sólo cuando se respeta la división de poderes, y el ejecutivo no interfiere en el judicial, sólo entonces se pueden evitar las presiones y las interferencias de uno sobre otro para "hacer la vista gorda". Ello requiere de jueces profesionales, bien formados, bien pagados y separados del poder político para realizar su función con arreglo a los fines constitucionales. La profundización en el Estado de Derecho exige, de igual forma, que las condiciones de igualdad entre todos los ciudadanos sean reales y efectivas. La ciudadanía tiene que aceptar en su conciencia que todos los individuos, con independencia de su riqueza o posición social, se someten bajo las mismas condiciones a los dictados de la Ley. La profundización en el Estado de Derecho significa, como expresara WESTIN, que la actividad de todos los poderes públicos (y sociales, añadiríamos nosotros), tiene que someterse al control de la publicidad a través de los medios de comunicación de masas. Y, en efecto, los medios de comunicación de masas de uno y otro signo han sido quienes en España han alertado a la opinión pública, señalando con el dedo, sobre los abusos de algunos políticos, empresarios y banqueros que estaban enriqueciéndose ilícitamente con el patrimonio del resto de la ciudadanía o de determinados accionistas. Se puede decir, sin incurrir en exageración alguna, que algunos de los enjuiciamientos más relevantes en nuestro país ha respondido a una fuerte campaña informativa (en ocasiones, de acoso y derribo) de la prensa escrita, de la radio y de la televisión, de tal suerte que sin esa actuación de control y de información a la opinión pública, los autores nunca se habrían enfrentado a la Justicia española. La creación en los últimos años de la denominada Fiscalía Anticorrupción ha constituido otro de los avances notables en la lucha contra la criminalidad socioeconómica y contra la corrupción política.

Por supuesto, también la profundización en el Estado social ha contribuido, y contribuirá, a la persecución y castigo de este conjunto de hechos delictivos. De momento ya va quedando claro a la ciudadanía que la apropiación de los fondos públicos constituye un apoderamiento ilícito del dinero de todos los contribuyentes, que quien roba al Estado ya no es un "listo" sino un desalmado que obstaculiza el bienestar social, que el banquero que abusando de información privilegiada se beneficie de operaciones millonarias en bolsa, está poniendo en peligro la credibilidad del sistema financiero y perjudicando la economía del país… Queda todavía mucho por hacer, pero el infractor de traje y corbata, cuando viola la ley

penal, ya es calificado como “delincuente”, al igual que cualquier otro ciudadano que perpetre un hecho punible, sea cual fuere.

Bibliografía

AA, VV.; *La actual política criminal sobre drogas,* Valencia, 1993. AA. VV.: *Empresa y Derecho Penal.* Publicaciones del CGPJ. Madrid, 1999. ABANTO VÁSQUEZ, M.: *Derecho Penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima, 1997. ALCARAZ RAMOS, M.: *El estado de derecho frente a la corrupción urbanística.* Madrid, 2007 ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.(Dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (Coord.): *El delito de tráfico de drogas*. Valencia, 2009. ÁLVARO LÓPEZ, M. C./PERDICES LÓPEZ, A.: *Delitos de tráfico: criterios y respuestas de los tribunales penales en seguridad vial*. Valladolid, 2010. ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (Coords.): *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude.* Cuenca, 2006. ARROYO ZAPATERO, L./TIEDEMANN, K. (Coord.): *Estudios de Derecho Penal económico*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994. BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Curso de Derecho Penal Económico.* Madrid, 1998. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos,* en Política Criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal. Madrid, 1993. BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones asministrativas y delito,* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 12 (2008). BERISTÁIN, A.: *La droga, aspectos penales y criminológicos.* Santa Fe de Bogotá, 1986. BLANCO LOZANO, C.: *La tutela del agua a través del Derecho Penal*. Barcelona, 2000. BORJA JIMÉNEZ, E.: *El objeto de tutela del delito de tráfico de drogas. En el vigente Código penal y su acomodo constitucional.* Cuadernos Jurídicos, núm. 34 (Octubre, 1995). BRAVO AGUILAR N. T./GARCÍA MURILLO, J. G. (Coord.): *Política criminal y globalización.* Universidad de Guadalajara, 2010. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Perspectivas actuales del Derecho Penal económico* en Política Criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal. Madrid, 1993. CARDENAL MONTRAVETA, S.: *Los delitos relacionados con la seguridad del tráfico en el derecho comparado*. Indret, núm. 3 (2007). CARRETERO SÁNCHEZ, A.: *Aspectos novedosos de los nuevos delitos contra la seguridad vial.* Diario La Ley, núm. 6954 (2008). CONTRERAS ALFARO, L. H.: *Corrupción y principio de oportunidad penal: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*. Salamanca, 2005. CUADRADO RUIZ, M. A.: *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y el medio ambiente*. Sevilla, 1997. DE LA MATA BARRANCO, N.: *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*. Oñati,1998. DEL ROSAL BLASCO, B.: *Empresa y Derecho Penal (I).* Madrid, 1999. DOMÍNGUEZ LUIS, J. A./FARRE DÍAZ, E.: *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*. Valencia, 1998. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La respuesta a la corrupción pública: tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella.* Granada, 2004. DE MADARIAGA Y APELLÁNIZ, J. I.: *La protección penal frente a los incendios forestales en España*. Madrid, 2004. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal.* Revista de Derecho, Vol. 18, núm. 1 (2005). DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO: *Anuario estadístico de accidentes 2009.* Madrid, 2010. FABIÁN CAPARRÓS, E./PÉREZ CEPEDA, A. I. (Coords.): *Estudios sobre corrupción*. [XXII Congreso Universitario Alumnos de Derecho Penal]. Salamanca, 2010. GARCÍA RIVAS, N.: *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*. Barcelona, 1998. GARCÍA VALDÉS, C.: *Droga e institución penitenciaria: droga y privación de la libertad.* Buenos Aires, 1986. GÓMEZ COLOMER, J. L./ESPARZA LEIBAR, I.: *La persecución procesal penal del delito ecológico: análisis de un caso real, “Els Ports et alii versus Endesa”*. Valencia, 2009. GÓMEZ PAVÓN, P.: *El delito de conducción bajo la influen-*

cia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes. 3ª Edic. Barcelona, 1998. GÓMEZ TOMILLO, M.: *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*. Granada, 2000. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*. Publicaciones del Grupo de Estudios de Política Criminal (Documentos, 1), 1992. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Publicaciones del Grupo de Estudios de Política Criminal (Documentos, 11), 2011. JOSHI JUBERT, U.: *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 del Código Penal*. Barcelona, 1999. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General.* 2ª Edic., Valencia, 2007. MARTOS NÚNEZ, J. A.: *Protección y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*. Valencia, 1998. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*. Madrid, 1998. MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARÍTIMO: *Los incendios forestales en España.* Madrid, 2009. MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: (aspectos penales, civiles y procesales).* Madrid, 2008. ORTS BERENGUER, E. (Coord.): *Prevención y control de la siniestralidad vial: Un análisis jurídico y criminológico.* Valencia, 2011. REY HUIDOBRO, L. F.: *Delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales. Doctrina y jurisprudencia.* Valencia, 1999. RUBIO MORALES, A.: *Las imprudencias y otras conductas derivadas del tráfico automovilístico y su responsabilidad civil en el nuevo Código penal.* Madrid, 1996. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: *Los delitos de incendio.* Granada, 2000. SÁNCHEZ MORENO, J.: *Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*. Barcelona, 1998. SÁNCHEZ MORENO, J.: *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*. Barcelona, 2001. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Código penal,* Madrid, 1999. SOLA RECHE, E.: *Los viejos problemas de los nuevos delitos contra la seguridad vial.* Revista General de Derecho Penal, núm. 10 (2008). TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho Penal de la empresa.* Madrid, 1995. TERRADILLOS BASOCO, J.: *El Derecho Penal del medio ambiente.* Madrid, 1997. TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito.* Barcelona, 1985. TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los Delitos contra la seguridad vial: ¿una reforma de ida y vuelta?* Valencia, 2011. VEGA RUIZ, J. A.: *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código penal de 1995.* Madrid, 1996.

Lección 11ª

Derecho Penal político

1. Tutela penal de la comunidad internacional.
2. Tutela penal de la Constitución y del orden público: Terrorismo.
3. Política criminal y diversidad cultural. Los retos del Derecho Penal de las sociedades heterogéneas.

Esta penúltima lección viene dedicada al Derecho Penal político. Con esta expresión se quiere hacer referencia a la utilización de las vías delictivas como estrategia dirigida por ciertos grupos o instituciones con la pretensión de alcanzar, modificar o eliminar las estructuras de poder de un determinado Estado o Estados. El presupuesto básico del mismo Derecho Penal, el delito, entendido ahora como crimen que atenta a las condiciones básicas de la coexistencia social, es utilizado por personas y organizaciones como uno más de los instrumentos que entran en juego en la lucha por el poder político. Los temas de análisis que aquí se proponen tienen en común precisamente el estudio del fenómeno político desde la perspectiva de la vulneración de la ley (en sentido material, entendida como lesión de bienes jurídicos sustanciales para el individuo y para la comunidad).

Así, el primero de los apartados viene dedicado a la protección de la comunidad internacional cuando determinadas estructuras de poder perpetran las atrocidades más graves que puede afrontar el ser humano entendido como individuo y como especie: el genocidio y otros crímenes contra la humanidad. Y si nos ponemos a pensar detenidamente en los acontecimientos históricos en los que se han perpetrado las conductas más deplorables que se le pueden achacar al hombre, llegaremos a la conclusión de que éstas han sido dirigidas siempre desde la estrategia de una determinada política interior o exterior de uno o varios Estados. El genocidio que sufrió el pueblo judío en Alemania durante la época de dominio del nacionalsocialismo, respondía a una premisa básica de la ideología impulsada por Adolf Hitler: el mantenimiento de la pureza de la raza aria como condición básica de la cohesión y del progreso de la comunidad y del Estado. De igual modo, las violaciones en masa contra mujeres musulmanas llevadas a cabo por las tropas serbias durante la Guerra de Yugoslavia, también respondían a una estrategia de los líderes radicales serbios que pretendía arrasar con todo vestigio étnico que, en su visión intolerante de la convivencia intercultural, se opusiese a sus valores nacionalistas y expansionistas. Como vemos, estos hechos criminales suelen perpetrarse bajo las consignas establecidas por los órganos de gobierno de un Estado contra un sector de su población o contra la población de otro Estado.

Pero también vamos a examinar el componente político de otro tipo de criminalidad que parte de la premisa inversa. Es decir, se utiliza la violencia, la intimidación, la lesión de bienes jurídicos tales como la vida, la integridad física, la integridad moral o la libertad como mecanismo de derrocamiento del poder o de subversión del orden constitucional legítimamente establecido. Desde esta perspectiva serán tratados los dos últimos apartados de la presente lección.

Así, se va a exponer toda la problemática que afecta a los delitos de terrorismo, como una vertiente de ese Derecho Penal político. Aquí el empleo de la violencia viene motivado por causas ideológicas, pues se pretende desestabilizar o tomar el control del Estado porque se entiende que se está "legitimado" para ello. Ahora no es el Estado quien perpetra el crimen como mecanismo político de control de su ciudadanía, sino que es un entramado organizativo, con una estructura orgánica y económica, con un modelo lógico y jerarquizado de gestión, quien golpea fuerte al orden institucional legalmente establecido. El delito, por tanto, se erige como mecanismo de terror para atacar el sistema constitucional y para alterar gravemente el orden público.

En el último apartado se estudia un movimiento político que recurre al pensamiento de la desigualdad de los seres humanos y a la justificación de la discriminación de un determinado sector de la población por razón de su origen nacional, étnico o religioso, como base fundamental de su aparato ideológico. Me refiero a las organizaciones que difunden un mensaje racista y xenófobo y que se presentan en el espectro político de las principales democracias occidentales, bien como partidos políticos, bien como asociaciones culturales, con el fin de provocar el odio, la violencia o la discriminación racial. En estos supuestos se utiliza el mensaje de exclusión a través de diversas vías de expresión que constituyen determinados tipos penales (injurias colectivas, difamaciones racistas, prohibición de ingreso a determinados lugares públicos, etc.). De nuevo se llega al delito, esta vez disfrazado bajo el falso ropaje del ejercicio de la libertad de expresión, como medio de convencimiento de la opinión pública sobre determinadas políticas de integración de extranjeros, de los derechos de los nacionales que forman parte de una determinada minoría étnica, etc. De nuevo se utilizan ciertos presupuestos del Derecho Penal (el hecho delictivo) como estrategia que pretende conservar, modificar o eliminar las estructuras básicas del sistema político.

1. TUTELA PENAL DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Ciertas acciones humanas crean un peligro para la convivencia de una determinada sociedad, y un concreto derecho estatal las califica como delictivas y las castiga bajo una específica sanción. Cada Estado establece autónomamente el conjunto de hechos que integran el presupuesto de sus normas penales atendiendo a los intereses mayores que desea tutelar. Pero existen otro tipo de con-

ductas generadas por los seres humanos que tienen tal capacidad lesiva, que sus consecuencias no sólo ponen en peligro la estructura social de un Estado, sino que afectan a toda la Humanidad. Es posible, por ejemplo, que la muerte del ciudadano C del país H sea un evento indeseable que puede distorsionar la vida social y afectar al sistema de valores de esa limitada población. Pero si alguien pretende eliminar a un grupo humano que se caracteriza por ciertas condiciones idiosincrásicas, como su color de piel, su origen nacional, étnico o religioso, entonces el asunto concierne a toda la Humanidad en su conjunto. Ciertamente pienso que sería deseable que cualquier muerte dolosa e ilegítima de un ciudadano debiera ser una cuestión que implicase a toda la comunidad internacional, pero como ello todavía no es así en el plano de la realidad, habrá que aceptar que el genocidio, y no el asesinato, es un delito contra la humanidad.

Sin embargo, los crímenes más horrendos, aquéllos que atacan de raíz a la misma esencia del ser humano, como el genocidio y otros delitos contra la humanidad, o los crímenes de guerra, suelen ser los que más fácilmente se ven protegidos por la más vergonzosa impunidad. Es ésta, pues, la terrible paradoja que ahora quisiera reflejar: los hechos punibles más graves que puede perpetrar un delincuente suelen ser los que con mayor frecuencia quedan sin sanción alguna. Creo que desde la perspectiva político-criminal, ésta es la cuestión más relevante a debatir y a solucionar dentro de la amplia temática de la necesaria protección penal de la comunidad internacional. Pues incluso desde el punto de vista de la prevención de estos hechos delictivos tan terribles, es posible que esa impunidad generalizada haya sido la responsable, en muchos casos, de la despreocupación de ciertos gobernantes por evitar tragedias humanas de notables dimensiones.

Pero para poder establecer un esbozo de solución a un problema, es necesario conocer con anterioridad la causa que lo genera. La cuestión a determinar en un primer momento, por tanto, gira en torno a la razón de ser de la escasa persecución y castigo de los delitos que atentan contra la entera comunidad internacional. Y aquí habría que distinguir, a su vez, dos realidades que suelen presentarse paralelamente. Por un lado, el hecho, verificable históricamente, de la nula o tardía intervención de la misma comunidad internacional cuando estos acontecimientos suceden en un tiempo presente. Por otro lado, hay que destacar, como se viene machaconamente reiterando, que cuando se han descubierto las fosas comunes de cientos o miles de cadáveres, o las violaciones en masa de todas las mujeres de una población, la misma comunidad internacional no ha sabido, no ha podido o no ha querido investigar, enjuiciar y condenar suficientemente a los autores responsables de las correspondientes masacres o atentados a la libertad sexual. Adelanto ya que la respuesta la vamos a encontrar, una vez más, en el marco de la política exterior o interior de uno o varios Estados.

Remontándonos a los mismos orígenes del Reino de España, nadie pudo evitar la expulsión de los judíos porque dicha medida fue ordenada por quien entonces ostentaba un poder absoluto e incuestionable, los Reyes Católicos. Ese

mismo poder absoluto e incuestionable entre sus súbditos explica el hecho de que la ciudadanía alemana cerrase los ojos ante el genocidio judío durante el imperio nacionalsocialista. Sin embargo, aquí hubo, al menos durante los años inmediatamente anteriores a la Segunda Guerra Mundial, muchos intereses de diversa índole de las grandes potencias mundiales que también cerraron los ojos ante cierta política de discriminación, persecución y eliminación de concretas minorías por parte del poder nazi. Y de igual forma, cuando a partir de 1991 el nacionalismo serbio radical emprendió una política expansionista y de "tierra quemada", especialmente contra las minorías musulmanas de Bosnia-Herzegovina, a través de una estrategia de "depuración étnica", no se quiso intervenir en el conflicto, hasta muy tarde, por el miedo a la actuación de Rusia y otros países tradicionalmente aliados de Serbia. Durante la década de los ochenta del siglo pasado, mientras que Irán representaba por aquel entonces un peligro para todo Occidente procedente de su fundamentalismo islámico, el gobierno de Irak era bien percibido por los ojos de las potencias mundiales merced a la guerra encarnizada que mantenía contra el régimen de los ayatolá. Nadie entonces denunciaba el genocidio del pueblo kurdo que sufría las armas químicas del tirano iraquí. Sin embargo, esta denuncia quedó bien patente cuando a principios de los años noventa del Siglo XX, Irak invadió el territorio del rico Kuwait…

Hay otros genocidios olvidados, por la poca relevancia que las potencias internacionales le han otorgado a los respectivos países o minorías implicadas… Se ha olvidado la matanza de armenios que fueron abandonados por el imperio otomano, dentro de una política de deportación durante la Primera Guerra Mundial, en el desierto. Se ha olvidado el exterminio masivo de la población indígena en grandes zonas geográficas de Latinoamérica y Norteamérica. Se han olvidado las terribles purgas de los regímenes estalinistas en la Unión Soviética. Se ha olvidado la trágica cifra de los tres millones de personas que caprichosamente eliminó el Jemer Rojo a partir de 1975, cuando tomó el poder en Camboya. Y ahora, por poner casos más recientes, vergonzosa fue la omisión de la comunidad internacional cuando la minoría Tutsi estaba siendo exterminada en manos de la mayoría Hutu en Ruanda en 1994… En muy pocas semanas fueron asesinadas entre 600.000 y 1.000.000 de personas, sólo porque su ficha de identificación señalaba la pertenencia a una determinada etnia…

Se explica ahora la escasa intervención de la comunidad internacional en estos conflictos por varias razones muy cercanas a una determinada concepción de la Política Internacional. No se tomaron medidas contundentes contra el nacionalsocialismo alemán, ni contra Serbia en el conflicto de Yugoslavia, porque se temía romper con el equilibrio de las potencias mundiales que prestaban su apoyo a una u otra parte. El miedo a la desestabilización de una región, o de un conjunto de Estados, también ha estado presente en los tiempos de la Guerra Fría, de la existencia del Telón de Acero, dado que había una especie de pacto no escrito en el sentido de que ningún poder del eje comunista interviniese en los asuntos del mundo capitalista, y viceversa. Auténticos genocidios, como el

perpetrado en Camboya, eran "desconocidos" por Occidente, por depender de una órbita ajena a su área de influencia.

En otras ocasiones, la falta de interés de las potencias mundiales por lo que acontezca en determinadas zonas del planeta Tierra, explica que no se haya hecho nada por evitar auténticas matanzas y otras tragedias humanas espeluznantes. Lo que en su día aconteció al pueblo armenio en manos del ejército turco, o el sufrimiento de la minoría kurda ante los ataques con gases venenosos del ejército iraquí, o los cientos de miles de muertes de nativos tutsis que perecieron bajo las armas blancas de los hutus, no merecía la misma atención para la comunidad internacional que otros supuestos que afectan más directamente a los intereses de los Estados que dominan el planeta.

Durante los años setenta se perpetraron en el área geopolítica de Latinoamérica una serie de crímenes contra la humanidad que también han quedado bajo el velo vergonzoso de la más absoluta impunidad. Aquí las causas de esa impunidad también vuelven a explicarse por razones de conveniencia política. Si el bloque soviético establecía su área de influencia en el Este de Europa y en parte de Asia, Estados Unidos quería asegurarse su apogeo político y económico en Latinoamérica. Las dictaduras militares que se extendieron entre los países iberoamericanos durante los años setenta se caracterizaban por un desprecio enfermizo de todas las ideas y movimientos sociales izquierdistas, y aplicaron una dura política de "seguridad nacional", reflejada en una fuerte represión y vulneración de los derechos humanos. La superpotencia mundial se percató de que mientras se mantuviesen estos regímenes autoritarios en el poder de las repúblicas sudamericanas y centroamericanas, se aseguraba que el comunismo no avanzaría por estas latitudes. De ahí que, según los casos, se permitió todo tipo de crímenes contra la humanidad e incluso se fomentó esta estrategia ideológica, por muy graves que fuesen los atentados a los derechos humanos que se llevasen a cabo. Hoy, desde la perspectiva histórica, es indiscutible la existencia de la denominada "Operación Cóndor", un plan en el que EE. UU. colaboraba con ciertos sectores reaccionarios de Sudamérica para propiciar gobiernos militares caracterizados por una cruel y sucia lucha, no sólo contra el comunismo, sino también contra toda idea liberal, democrática o de defensa de los derechos humanos. Y de esta forma, se vio con simpatía, por no decir que se apoyó abiertamente, la caída del gobierno legítimo de Salvador Allende en Chile en manos del General Pinochet en 1973, o la llamada de Isabel Perón solicitando la ayuda a los militares para "poner orden" en Argentina a mediados de esa misma década. Todavía no hay datos concluyentes, pero se estima que la represión política en estos dos países fue la causante, respectivamente, de la muerte o desaparición de más de 3.000 chilenos en el primer caso, y más de 30.000 argentinos, en el segundo. No obstante, hasta que las autoridades judiciales españolas no comenzaron a investigar la responsabilidad criminal de los máximos dirigentes en aquellos años (Caso Pinochet), tampoco ha existido un verdadero interés por enjuiciar a los culpables de tan perniciosos delitos. Los gobiernos democráticos

que sucedieron a los dictadores se preocuparon más por proponer leyes del "punto final", que perseguían una amnistía para estos delitos, que de la búsqueda de la Justicia para un terrible periodo histórico de sus respectivos países. Sin duda alguna, el miedo a nuevos golpes de Estado encabezados por militares ultraderechistas, el temor a una confrontación social, latía en esta política de "mirar a otro lado" cuando se pretendía averiguar la verdad de lo acontecido y comenzar a solicitar los procesamientos de los primeros sospechosos.

Pero tampoco hay que salir fuera de las fronteras para dar una explicación política a la impunidad de delitos contra la humanidad. Los recientes estudios de historiadores de reconocido prestigio internacional (por ejemplo, Paul PRESTON), nos muestran sin ningún género de duda que la estrategia de toma del poder de los autores del golpe de Estado de 1936 en España, que condujo a nuestra cruenta guerra civil, constituyó una labor sistemática de exterminio de los opositores al levantamiento que se tipifica en los delitos contra la humanidad y crímenes de guerra. Sin embargo, razones políticas de primer orden justificaron que los protagonistas de la Transición Democrática española no exigiesen responsabilidades penales a los autores de estos crímenes tan execrables. La propia supervivencia de la Democracia así lo requería.

Y tampoco interesaba a los EE. UU. iniciar una investigación a nivel internacional para depurar las correspondientes responsabilidades penales. Primero, porque suya fue esa fórmula política de intervención en Latinoamérica auspiciando regímenes autoritarios de corte militar o equiparable. Segundo, porque los norteamericanos han sido muy reacios a coadyuvar al fortalecimiento de las instituciones internacionales que pudiesen limitar su propia soberanía. Por ello, se ha preferido calificar este tipo de crímenes llevados a cabo por los gobiernos de los respectivos Estados como "asuntos de índole interno" que le corresponde resolver, no tanto a la comunidad internacional, como al propio país que los genera y los sufre.

De todo cuanto se viene exponiendo hasta este momento, cabe destacar que no ha existido en realidad un Derecho Internacional Penal lo suficientemente asentado como para resolver los conflictos humanos de mayor envergadura, que son aquellos que tienen lugar entre dos o más Estados, o dentro de un solo Estado con repercusión más allá del ámbito nacional, y que repercuten en sectores enteros de la población de un país. Ese apenas existente Derecho Internacional Penal ha sido sustituido por la pura Política Internacional, que se ha guiado frecuentemente por meros criterios de conveniencia e interés. La misma visión de un enfrentamiento civil muestra una muy diferente calificación del mismo según sea el apoyo, el beneficio, la contraprestación que el observador ocupe dentro de ese juego de la Política Internacional.

Por poner un ejemplo, si nos situamos en el conflicto que enfrenta a palestinos e israelíes, dependiendo de la posición política de que se parta, para unos la actuación del ejército hebreo constituye un acto de legítima defensa, y para otros un auténtico delito de lesa humanidad. De ahí se desprende que el ele-

mento político sea esencial, incluso en la concepción de los mismos hechos, como determinantes, o no, del ataque a la comunidad internacional.

Hasta este punto, hemos ido examinando las razones fundamentales que explicaban una hipótesis de partida: las grandes dificultades existentes para evitar determinados crímenes contra la humanidad cuando éstos han comenzado a perpetrarse y la impunidad de la que suelen gozar sus máximos responsables. Pero sería injusto quedarnos tan sólo con este pensamiento tan desalentador. Tampoco reflejaría la realidad de ciertos esfuerzos para superar esta situación.

En efecto, la misma creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) persigue, como uno de sus objetivos fundamentales, evitar en el futuro los conflictos armados entre Estados, incluso entre distintos bandos dentro de un mismo Estado. La búsqueda de la paz mundial acarrea de igual forma la lucha contra la perpetración de hechos que atentan contra toda la humanidad, como el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Es cierto que estas loables pretensiones no han alcanzado su meta, pues se calcula que desde la creación de la ONU han acaecido unos 250 conflictos armados, internacionales o meramente internos. Más de 170 millones de personas han muerto de forma violenta merced a la actuación de los ejércitos contra otros ejércitos o contra la misma población civil. En la actualidad, hay más de 50 conflictos bélicos abiertos en todo el planeta.

Pero los intentos por establecer un auténtico Derecho Internacional Penal, sustantivo y adjetivo, han ido conformando el camino dirigido a la creación de una Justicia universal.

Y así, al tiempo de finalizar la Segunda Guerra Mundial en Europa, los aliados establecieron el 8 de agosto de 1945 el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, con la pretensión de enjuiciar a los criminales nazis responsables de genocidio, de crímenes de guerra y de lesa humanidad. De igual forma, el 26 de abril de 1946 se crea el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, con sede en Tokio, y con la misma finalidad que el anterior, pero esta vez respecto de las actuaciones del imperio nipón. Estos serían los primeros intentos de establecer una jurisdicción penal internacional destinada a proceder al enjuiciamiento de unos determinados hechos delictivos. Pero dicha jurisdicción fue instaurada por uno de los bandos en conflicto, que, claro está, resultó ser uno de los vencedores en esta segunda contienda mundial. Y, además, se circunscribía a unos acontecimientos muy concretos que ya habían tenido lugar, es decir, faltaba la característica de la universalidad.

Con posterioridad, se han vuelto a crear dos nuevos órganos jurisdiccionales *ad hoc* que de nuevo enjuician crímenes similares perpetrados durante un concreto conflicto. De esta forma, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha constituido dos tribunales penales internacionales que en la actualidad siguen funcionando para depurar responsabilidades a raíz de dos concretos acontecimientos que engendraron los presupuestos para el enjuiciamiento de hechos como el genocidio y otros delitos contra la humanidad. Por un lado, se creó el

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, con sede en La Haya, que enjuicia los atentados de esta naturaleza perpetrados a partir del 1 de enero de 1991, especialmente los crímenes de guerra y las actuaciones de "depuración étnica" llevadas a cabo por las tropas serbias contra la población de origen musulmán. Y, por otro lado, se creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, con sede en Arusha, que procede judicialmente contra el genocidio acaecido en aquel país durante el año 1994, en el que determinados sectores de la etnia hutu pretendieron exterminar a toda la población de origen tutsi. Por razones de efectividad, se decidió la creación de estos tribunales por resolución del Consejo de Seguridad, pues la experiencia había demostrado que la redacción de un tratado por parte de la Asamblea General se hubiese demorado notablemente (además, la resolución del Consejo tiene carácter ejecutivo y obliga a todos los Estados).

Evidentemente, la solución para el futuro pasaba por la creación de una jurisdicción universal regida por un Tribunal Penal Internacional con competencia para el enjuiciamiento de los delitos que más gravemente atentan a la misma comunidad internacional. De esta forma, desde el mismo origen de la ONU se ha tenido en mente esta idea y pronto se crearía, para materializar dicho objetivo, la Comisión de Derecho Internacional. Ésta elaboró un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y un Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional, que pretendían ser la regulación de un auténtico Derecho Internacional Penal sustantivo y adjetivo. El primero fue aprobado en 1951, en primera lectura, y en segunda en 1954. Hubo problemas para la aprobación definitiva, y quedó en suspenso durante más de cuarenta años.

Sin embargo, en la última década del Siglo XX, la idea de la creación del Tribunal Penal Internacional volvió a surgir con más fuerza que nunca, fuera de alejadas utopías y con una pretensión de vigencia, aunque fuese muy limitada. Y así, la resolución 51/207, de 17 de diciembre de 1996, de la Asamblea General de las Naciones Unidas establece la celebración de una conferencia diplomática de plenipotenciarios para dar forma a la creación jurídica de la Corte Penal Internacional. Dicha conferencia se celebró en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, y en ella estuvieron representados unos 120 estados, además de actuar como observadores otras organizaciones internacionales y ONGs con reconocimiento internacional. Se renunció a la creación del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, pues se prefiere incluir dentro del mismo Estatuto un elenco menor de conductas objeto de enjuiciamiento, a retrasar todavía más la actividad de elaboración de las bases del Estatuto de este Tribunal Penal Internacional. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por tanto, se aprueba el 17 de julio de 1998 y en él se contienen tanto las reglas de Derecho Penal material propiamente dicho, como las de carácter procesal. En el art. 5 de dicho Estatuto se establecen los crímenes que son objeto de competencia de la Corte: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (la jurisdicción de la Corte en este último se aplaza siete años tras la entrada en vigor del mismo).

El 11 de abril de 2002 se reunieron las 60 ratificaciones necesarias para la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Dicha entrada en vigor tuvo lugar el 1 de julio de ese mismo año.

No es este el lugar ni el momento indicado para hacer un exhaustivo análisis de la competencia, principios y reglas de funcionamiento de la CPI. Simplemente señalaré ahora algunas cuestiones en relación con el problema que vengo tratando a lo largo del presente apartado. Es decir, debatiré sobre si la existencia de esta institución va a contribuir a eliminar o disminuir el nivel de impunidad del que gozan aquéllos que generan las violaciones más graves al Derecho Internacional humanitario.

Del Estatuto de Roma surge ahora un Derecho Penal Internacional que establece serias posibilidades para otorgar competencia a la CPI para que lleve a cabo el enjuiciamiento de sujetos sospechosos de haber perpetrado los más graves atentados contra la comunidad internacional. Desde este punto de vista, la actuación de la CPI se complementa en relación con los sistemas de justicia nacionales, entrando en juego sólo cuando los Estados Partes son incapaces o no tienen la voluntad de investigar o juzgar tales crímenes. De tal suerte que sobre los Estados Partes recae una responsabilidad de primer orden para evitar toda laguna legal al respecto. "Esto tendrá como resultado que los Estados —actuando en su mejor interés— modernicen sus sistemas penales, tipifiquen crímenes internacionales y fortalezcan la independencia del poder judicial, lo que tendrá un efecto positivo en la protección de los derechos humanos a escala mundial, al tiempo de asegurar la mejor cooperación entre los países y la Corte" (Coalición para la Corte Penal Internacional). Teniendo presente estas consideraciones, no hay duda de que se ha avanzado mucho respecto de la situación anterior.

A este respecto, cabe concluir señalando que la regulación de los aspectos materiales del Derecho Penal Internacional del Estatuto de la CPI se muestra farragosa y con un alto déficit de técnica jurídica. Sin embargo, los principios básicos que se encuentran en la base de todo derecho penal democrático (legalidad, culpabilidad, *non bis in idem,* igualdad, etc.), vienen recogidos y formulados claramente, lo cual es de alabar. Dicha complejidad se explica por la diversidad de culturas jurídicas e intereses políticos que se han plasmado en la elaboración y aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998. De hecho, se recurre con frecuencia a definiciones interpretativas auténticas para dejar claro el contenido esencial del concepto de referencia. Ello explica que estemos ante nuevas técnicas legislativas que intentan hacer compatible política y derecho internacional… Respeto a los principios básicos del derecho penal sustantivo y adjetivo y cierta capacidad de eficacia para poder actuar en el futuro buscando la implantación de la Justicia ante los execrables crímenes objeto de la competencia de la CPI.

Bajo esta perspectiva, los juristas siempre tendremos muchas oportunidades para hacer valer nuestros conocimientos en la crítica de la regulación del Estatuto, porque errores hay, y muchos. Tampoco se ha de olvidar la aparición de

algunas paradojas inexplicables, como la actitud de Israel de votar en contra el Estatuto de la CPI, lo cual representa un insulto a las víctimas del Holocausto judío acaecido durante la Segunda Guerra Mundial. También su aliado EE. UU. se ha mostrado como un fiero oponente a la creación de la CPI, lo que dificultará, sin duda alguna, el logro de los objetivos propuestos que se tenían en mente cuando se elaboró el Estatuto. En realidad, países tan relevantes, además de los señalados, como Rusia, China, India o Pakistán no han ratificado el Estatuto de Roma, y reiitero, ello representa un obstáculo relevante para alcanzar la eficacia de los resultados perseguidos con la creación de la CPI. De hecho, no están siendo investigados ni perseguidos por la CPI todos los crímenes objeto de su competencia que se han perpetrado en el Planeta a partir de su entrada en vigor. Llama la atención que, hasta el momento, la CPI se ha dirigido (para investigar el caso o para iniciar el correspondiente procedimiento) exclusivamente contra países africanos (Uganda, República Democrática del Congo, Sudán, República Centroafricana, Kenia y, últimamente, Libia).

Sin embargo, hay razones para mostrarse optimista. Hasta el 12 de octubre de 2010 habían ratificado el Estatuto de Roma 114 países, una cifra que le otorga a la institución una gran legitimidad. Y hay que pensar en los miles de años que los seres humanos han ido buscando la Justicia, y en nuestro caso, la Justicia mundial.

Afortunadamente, nuestro país goza de una buena estructura jurídica para coadyuvar a la tutela de la comunidad internacional. El Código penal español mantiene una protección y regulación suficiente de los bienes jurídicos propios del Derecho Internacional humanitario. Del mismo modo, la Ley Orgánica del Poder Judicial establecía posibilidades reales de actuación de los tribunales españoles por aplicación del principio de Justicia universal, otorgándoles competencia para enjuiciar a los responsables de delitos contra la humanidad con independencia del lugar y del tiempo en que éstos se hubieran perpetrado. Sin embargo, estas posibilidades determinaron que la Audiencia Nacional española se implicase cada vez más en asuntos relacionados con la violación de derechos humanos a través de la comisión de delitos internacionales (así, casos de las dictaduras de Chile, Argentina o Guatemala de la mitad de la década de los setenta a la mitad de la década de los ochenta del Siglo XX). Se corría el peligro de que el órgano jurisdiccional español sustituyese a la jurisdicción penal internacional. Una vez que se crea la CPI, el legislador español entendió que tenía que limitar el principio de Justicia universal. Dicha limitación se llevó a cabo a través de la reforma del art. 23. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establecida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre. En dicha reforma se limita la competencia de los tribunales penales españoles en los delitos propios de la jurisdicción universal estableciendo dos requisitos de relevancia. El primero de ellos, exige cierta vinculación con la nacionalidad española de las víctimas o el territorio español en el que se encuentran los posibles culpables. El segundo de

ellos, requiere que el hecho no sea objeto de enjuiciamiento en un tribunal penal internacional o en otro tribunal extranjero.

A pesar de estas limitaciones, hay que reconocer, asimismo, que la Justicia española fue pionera a la hora de entablar acciones penales contra sujetos sospechosos de haber perpetrado determinados crímenes contra el derecho humanitario, especialmente durante las dictaduras militares en Chile y en Argentina en la década de los setenta y principios de los ochenta, y con particular relevancia, a través del controvertido "Caso Pinochet". Esta actuación de los órganos jurisdiccionales españoles ha tenido lugar a instancia de alguna de las víctimas de estos delitos ante la situación de impunidad de la que gozaban los presuntos responsables en sus países de origen. Ciertamente, en el denominado Caso Pinochet, y por cuestiones de procedimiento que encubrían en realidad intereses políticos, no se llevaron a cabo los enjuiciamientos respectivos, o cuando se inició el correspondiente proceso, no llegó a culminar. Pero se puso el acento en la voluntad de levantar del suelo al Derecho Internacional Penal, tumbado durante muchos años por la Política Internacional. Desde luego que los tribunales españoles no pueden ni deben erigirse en paladines de la Justicia mundial, pero si al tiempo en que llevaron a cabo su actuación judicial, hubiese existido ya hace algunas décadas algo similar al Estatuto de Roma y a la Corte Penal Internacional, es posible que su intervención nunca habría sido reclamada por nadie.

2. TUTELA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL ORDEN PÚBLICO: TERRORISMO

El terrorismo constituye uno de los problemas político-criminales más graves de las sociedades desarrolladas del Siglo XXI, pues su actividad va siempre encaminada a desestabilizar por vías violentas el sistema político-institucional que se marca como objetivo. De una u otra forma, la acción terrorista está relacionada, desde mi personal punto de vista, con tres elementos que se encuentran íntimamente ligados entre sí, que son precisamente los que generan ese peligro para el entramado institucional del Estado social y democrático de Derecho.

Así, en primer lugar, nos hallamos ante una *estructura organizativa.* Esa estructura organizativa, sea un grupúsculo, una asociación, un sindicato, un partido político, una célula paramilitar, una secta religiosa, etc., viene regida de forma fuertemente jerarquizada, con cierta cohesión de los militantes en grupos y subgrupos, de tal forma que su actividad se desarrolla a través de una clara distribución de roles entre los diferentes miembros y células que integran la organización. En ocasiones es el mismo entramado institucional estatal el que se pone en manos de determinados poderes para que apliquen métodos ilegales de agresión a bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, libertad, etc.) con el fin de alcanzar determinados fines también políticos (lucha contra la

subversión, eliminación del enemigo político, depuración étnica de la población, etc.). En tal caso estamos ante el denominado terrorismo de Estado.

El segundo elemento conceptual hace referencia a *un fuerte componente ideológico, bien sea político, bien sea religioso,* que marca las directrices y los objetivos de la asociación o banda armada. Ese componente ideológico distingue las diversas formas de terrorismo que se perciben en la actualidad. Se habla así de un terrorismo revolucionario, de extrema izquierda, que pretende acabar con el sistema capitalista y la estructura social de clases. En el otro polo, se sitúa el terrorismo de extrema derecha, cuyo embrión ideológico se encuentra en el neofascismo o en el neonacionalsocialismo, y que busca la implantación de un modelo vertical y jerarquizado de la sociedad, cohesionado en torno al concepto de patria con un líder indiscutible, sea el Führer, el Duce o el Caudillo, anclado en los valores más conservadores de la tradición y de la historia del país o de la región de referencia. También atendiendo a los fines políticos que persigue, se distingue un terrorismo nacionalista o independentista, como el que han desarrollado o desarrollan el IRA en Irlanda del Norte o ETA en el País Vasco. Aquí el elemento fundamental gira en torno a la idea de separación o de independencia de un Estado del que legalmente se forma parte, poniendo en énfasis características diferenciadoras, autóctonas, y por lo general, estimadas como valiosas frente al resto de la ciudadanía de ese Estado que se considera opresor y explotador (esas características pueden ser tradición histórica, sangre, lengua, distinción étnica, etc.). Y en los últimos tiempos las sociedades occidentales, especialmente EE. UU., España o el Reino Unido, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, han conocido el denominado terrorismo fundamentalista o religioso, que lucha contra la perversión política, cultural o religiosa que se oponga a su credo, y que ve en cada "infiel" a un enemigo.

Estas diversas formas en las que se presenta el terrorismo no tienen por qué aparecer en "estado puro". Así, por poner dos sencillos ejemplos, qué duda cabe que las organizaciones ETA e IRA (en su día) se clasificarían dentro de las que utilizan una estrategia violenta con fines separatistas o independentistas. Pero la primera también recurre a un ideario revolucionario que pretende implantar un sistema socialista en el País Vasco, y la segunda viene inspirada por fuertes valores religiosos anclados en un ferviente catolicismo.

El tercer elemento que define a una organización como terrorista es *la instrumentalización de la violencia como estrategia empleada para alcanzar los objetivos ideológicos perseguidos.* De hecho, un grupo político o religioso que pretenda derrocar a un gobierno determinado, o acabar con un sistema constitucional legítimamente establecido, sin emplear medios violentos o intimidatorios, nunca puede ser considerado como grupo terrorista. Por muy viles, por muy antidemocráticos, por muy inmorales que sean los objetivos perseguidos por cualquier tipo de organización, no puede alcanzar la consideración de terrorista si los mecanismos utilizados son pacíficos. Es más, en todo Estado democrático se deben tolerar cualquier tipo de asociaciones, incluso aquéllas que pretendan

su destrucción, siempre y cuando las vías utilizadas para ello estén ayunas de fuerza o coacción. La tolerancia en el libre flujo de las ideas, y la necesidad de que exista una constante crítica a las instituciones políticas y sociales, justifican y legitiman toda forma de expresión ideológica y religiosa.

Estos tres componentes deben confluir conjuntamente para hablar de terrorismo propiamente dicho, aunque el acento se ponga especialmente en el tercero, por ser el más agresivo. Un grupo que emplee la violencia sin contenido ideológico es simplemente una banda de criminales, sin más. Y un individuo que atente contra la vida, integridad física o libertad de las personas por móviles políticos sin estructura organizativa alguna, es un mero delincuente que actúa por convicción ideológica. Y sin violencia ni intimidación, hemos visto, no hay ni siquiera ilegalidad, aun cuando nos encontremos ante un grupo estructurado que persiga finalidades ideológicas de desestabilización.

Aun siendo cierto que la actividad terrorista es una actividad criminal, hay que señalar que ese componente ideológico le dota de ciertas peculiaridades que la hacen diferente del resto de formas delictivas. Incluso es difícil en ocasiones calificar una específica esfera de acción como terrorista o como modo de lucha política que no encuentra ninguna otra forma de expresión posible. Es éste un aspecto político-criminal de primer orden que determina la complejidad del conflicto y de los mecanismos ideados para su erradicación. Sobre esta problemática volveremos más adelante, al hilo de unas breves reflexiones sobre el origen histórico del moderno terrorismo.

Es posible que el origen de la estrategia terrorista lo encontremos en las actividades anarquistas de principios del Siglo XX, donde algunos movimientos libertarios proclamaron ideológicamente la necesidad de luchar contra la misma existencia del Estado, en la medida en que éste representaba una fórmula institucional del poder de opresión de los individuos. Algunas de las posiciones anarquistas que propugnaban en favor de la autogestión de la sociedad sin ningún otro poder que superase la libertad de los individuos, entendieron que la única forma de acabar con la opresión era a través del uso de la violencia. Sin duda alguna, el primer tercio del Siglo XX fue tremendamente violento, también en el periodo que distanciaba a las dos grandes guerras. La República de Weimar en Alemania, la Tercera República en Francia, o el reinado de Alfonso XIII en España, conocieron una etapa trágica en la que se sucedieron con frecuencia muchos asesinatos perpetrados por móviles ideológicos y con intervención de organizaciones políticas, empresariales o sindicales. Junto a los anarquistas, los movimientos de la extrema derecha naciente, fascista y nacionalsocialista, utilizaron la violencia como forma de represalia política y de imposición de su "propio orden". Unos y otros venían apoyados en ocasiones por ciertos conflictos entre empresarios y sindicalistas que frecuentemente se resolvían con bombas y pistolas (así, en Cataluña durante los años veinte). ¿Podría ser calificada esa violencia política como terrorismo? Creo que sí. Ante la debilidad de los gobiernos liberales de aquellos años, fueran monárquicos o republicanos, los grupos

revolucionarios o fascistas recurrieron al terror como fórmula para derrocar, subvertir, modificar o consolidar el poder del Estado. Pero es posible que alguien ideológicamente cercano a alguna de estas posiciones, aun cuando rechace de plano la estrategia de la fuerza, nos convenza de que sin la actitud violenta de ciertos sectores sindicales nunca se habría conseguido determinadas ventajas laborales que ahora se contemplan como auténticas conquistas sociales. Es posible que, desde la perspectiva contraria, se legitime el uso de la violencia de las juventudes fascistas como único mecanismo para evitar el auge del comunismo en unas democracias liberales que adolecían de una debilidad extrema… Y esta duda en la calificación de la estrategia de la violencia, bien se justifique, bien sea considerada como terrorismo, va a estar floreciendo no sólo en el análisis de ciertos periodos históricos, sino también en otros acontecimientos que se nos presentan más cercanos…

Cuando finalizó la Guerra Civil española, se instauró el gobierno del bando nacional regido por el General Franco. En ciertas zonas de España se creó un movimiento de lucha armada que, a modo de guerrillas, se refugiaba en las zonas geográficas más agrestes e inaccesibles (montes y sierras). Esos grupos organizados de resistencia, llamados "maquis", recibirán una muy diferente consideración según sea la perspectiva ideológica de la que se parta. De este modo, para quienes entiendan que el sistema político franquista gozaba de toda legitimidad, los maquis fueron una pandilla de desalmados que aterrorizaron a la población con sus ataques a cuarteles de la Guardia Civil y a personalidades políticas en las zonas rurales. Sin embargo, quien vea a Francisco Franco como a un militar golpista que derrocó al Gobierno legítimo de la Segunda Republica española, considerará a los maquis como héroes coherentes con su planteamiento de defensa de la República que tuvieron la valentía de oponerse por las armas a un poder inmensamente superior e ilegítimo…

De estas reflexiones podemos extraer provisionalmente unas primeras conclusiones. Definimos terrorismo como aquella actividad propia de una estructura organizada que utiliza la violencia como forma de desestabilización de un sistema político mediante la grave alteración del orden público para alcanzar unos específicos objetivos ideológicos. Este concepto no ofrece mayores dudas cuando partimos de la base de que el poder estatal al que se pretende atacar es legítimo y democrático. Sin embargo, cuando el correspondiente régimen es autoritario, o de una u otra forma no goza de una legitimidad clara, las conductas violentas encaminadas a la subversión y al derrocamiento del tirano, pueden contemplarse desde otra perspectiva totalmente distinta, e incluso puede llegar a justificarse la lucha armada. Por esta razón, los analistas que han tratado el tema, no ponen en duda el que se pueda hablar claramente del resurgimiento del movimiento terrorista en Europa a partir de los años sesenta, cuando la mayoría de los países de este espacio geopolítico constituyen auténticos Estados democráticos en los que rigen materialmente el pluralismo político con alternancia en el poder y el respeto a los derechos humanos.

A inicios de los años setenta, pues, comienzan a surgir en Europa Occidental movimientos ideológico y grupúsculos que, desde muy distintas perspectivas, declaran la lucha armada al capitalismo, a la sociedad burguesa, al imperialismo estadounidense, a la OTAN y a símbolos semejantes del modelo social, político y económico típicamente occidental.

Varias razones explican este fuerte avance de la violencia contra el Estado en esta época. Los gobiernos democráticos europeos muestran mayores dificultades para reprimir la actuación ilícita de grupos, bandas y organizaciones armadas en la medida en que tienen que respetar un conjunto de garantías que obstaculizan su labor de investigación y persecución. Determinados países que no se encuentran en condiciones de volver a iniciar una guerra abierta, utilizan la vía terrorista como mecanismo para atacar las estructuras fundamentales de otros países, y este fenómeno se acusa más todavía en plena Guerra Fría. También se aprovecha el fuerte caudal ideológico, con grandes dosis de ingenuidad y utopía, del movimiento estudiantil tras los acontecimientos de mayo de 1968. Y hay que destacar los éxitos de la guerrilla antiimperialista en países como China, Argelia, Vietnam, Cuba y la exportación de esa visión nostálgica y aventurera de la lucha por una sociedad mejor en la que los más pobres y sin recursos se enfrentan a la todopoderosa, represora y capitalista Norteamérica. Así, la imagen de Ernesto "Che" Guevara, que deja un cómodo Ministerio en Cuba para emprender la lucha armada a través de la guerrilla en Bolivia, es mitificada dentro del mundo cultural de muchos universitarios. Es este un terrorismo revolucionario que se extiende por países como Alemania (a través de la banda Baader-Meinhof), Italia (representada aquí por la actuación de las Brigadas Rojas) y España (con el nacimiento y actuación de grupos como el FRAP o el GRAPO).

A finales de los años setenta surge otro tipo de terrorismo, en ocasiones apoyado por elementos aislados de los servicios de inteligencia del Estado, que se enfrenta a los movimientos sociales de izquierda y pretende alterar el orden público para imponer una política interior de "mano dura" y de menor tolerancia. Evidentemente, estos grupos tuvieron menor relevancia que sus contrincantes, pero llevaron a cabo algunas cruentas intervenciones que alarmaron a la opinión pública europea. Así, en Italia hay que destacar Ordine Nuovo (organización que se escinde del partido de extrema derecha Movimiento Social Italiano) y Avanguardia Nazionale. Este terrorismo también se conoce en Alemania, sobre todo tras la desaparición del ultraderechista NPD a mediados de los años setenta, que determinó la creación de muchos grupúsculos con tintes nacionalsocialistas que emprendieron acciones indiscriminadas muy violentas, entre las que destacan el atentado perpetrado el 26 de septiembre de 1980 durante la Fiesta de la Cerveza en la ciudad de Munich, y que costó la vida a trece personas, con un saldo de más de 200 heridos. Estos grupos suelen venir integrados o agitan a descontentos o excluidos del sistema, como parados, skinheads, ultras deportivos, etc. Sus objetivos son símbolos judíos, como sinagogas o cementerios, minorías de color, marginados, disminuidos físicos, homosexuales, y otros ciu-

dadanos que difieran de las presuntas características de homogeneidad que requiere la "raza aria". En España este terrorismo tuvo cierto auge a partir de los años setenta, y procedía de las organizaciones juveniles y sectores más radicales de los partidos y asociaciones franquistas o falangistas. Su estrategia violenta se desarrolló fundamentalmente entre los años 1976-1980, siendo la actuación más sangrienta la provocada en el despacho de abogados de la calle Atocha de Madrid, donde fueron asesinados varios letrados sindicalistas por sectores extremistas. Dado el fracaso de la tentativa de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, la actividad terrorista de estos nostálgicos del régimen franquista decayó notablemente, exceptuando el atentado sobre los dirigentes de HB José Muguruza e Iñaqui Esnaola que tuvo lugar el 20 de noviembre de 1990. Hay que decir que ninguna de estas "bandas negras" ha adquirido estabilidad a lo largo del tiempo, dado su nulo apoyo social. Solamente cuando han contado con la estructura ilegal de los servicios secretos del Estado, han actuado con cierta permanencia y con consecuencias muy perniciosas. Así, la guerra sucia contra ETA emprendida por los servicios secretos del Estado español a principios de los años ochenta, dio origen a la creación de los GAL, calificado como elemento terrorista por el Tribunal Supremo, al que hay que atribuirle el negro saldo de más de cuarenta asesinatos.

El terrorismo, reitero, constituye uno de los problemas más graves a los que se enfrenta el actual Estado democrático. Las modernas tecnologías ofrecen amplias posibilidades a los grupos subversivos para causar estragos de gran entidad, tremendos daños personales y materiales, empleando muy pocos recursos económicos. De hecho, países muy pobres que bajo ningún concepto podrían emprender una guerra contra las grandes potencias mundiales (Estados Unidos, Rusia, Alemania, Francia o el Reino Unido), utilizan las vías violentas de grupos preparados y adiestrados en su territorio para golpear las bases y símbolos de quienes consideran sus enemigos. Ejemplo paradigmático de todo lo que se viene señalando viene representado por uno de los más terribles atentados terroristas que ha conocido la Humanidad. Me refiero al acaecido el 11 de septiembre de 2001, que arrasó las Torres Gemelas de la ciudad de Nueva York, dañó gravemente las instalaciones del Pentágono y estrelló un avión en Pennsylvania. Murieron más de 3.000 personas. Y el método fue secuestrar y utilizar como proyectil tres aeronaves… Es decir, empleando la misma terminología bélica, los terroristas ni siquiera necesitaron usar sus propias armas, tomaron prestadas las de sus víctimas…

Otro gran problema que presenta la criminalidad terrorista es el apoyo internacional del que gozan las organizaciones violentas más relevantes. En plena guerra fría, ambos bloques, el capitalista y el socialista, eran conscientes de que la lucha contra su enemigo no podía ser, bajo ningún concepto, a través de un conflicto bélico abierto. Aunque ninguna de las potencias deseaba los movimientos insurgentes en su propio terreno, instigaron, fomentaron o apoyaron la subversión política y armada como forma de atacar a su enemigo sin una

declaración formal de guerra. La Unión Soviética se valió de la violencia revolucionaria para extender su hegemonía y crear su espacio de países satélites. Y los Estados Unidos apoyaron movimientos nacionalistas y anticomunistas en Latinoamérica, Asia y África. Esto ha llevado a una utilización del terrorismo dentro del juego de la fuerza y de la política internacional. Y una organización terrorista como es ETA, ha tenido o tiene apoyos en países como Cuba, Nicaragua, Méxicoo, Argelia o Venezuela. Y no era extraño hace una década encontrar a un militante del IRA norirlandés adiestrándose en un campo de entrenamiento en Libia.

Estas ramificaciones internacionales son todavía más evidentes cuando se trata del terrorismo fundamentalista religioso. Países como Yemen o Afganistán han estado detrás de una de las organizaciones terroristas más peligrosas y perseguidas del planeta: la red Al Qaeda dirigida por el que se considera responsable de las terribles matanzas del 11 de septiembre, el saudita Oussama ben Laden. Los efectos de este terrorismo fundamentalista islámico golpearon a España el 11 de marzo de 2004, día en el que un grupo de terroristas islámicos colocaron una serie de bombas ocultas en mochilas en diversos trenes de cercanías de Madrid, logrando provocar como resultado 191 personas muertas y más de 1.700 heridos. Similar procedimiento se utilizó en Londres el 7 de julio de 2005 (tres bombas en tres vagones de metro y otra en un autobús), con el resultado de 56 muertos (entre ellos, cuatro terroristas) y más de 700 heridos. Dichos actos terroristas se justificaron desde el ámbito de sus autores por la participación activa de España y el Reino Unido en la invasión de Irak.

En España, como en el resto de Europa, a principios de los años setenta surgieron diversos movimientos revolucionarios que adoptaron el método violento como estrategia de lucha contra el régimen del General Franco. Los dos más relevantes vinieron representados por el Frente Revolucionario Antifascista y Patriótico (FRAP) y los Grupos Revolucionarios Antifascistas Primero de Octubre (GRAPO). Ninguno de ellos gozó de apoyo popular, y el primero desapareció, tras una fuerte represión policial, con el mismo régimen franquista. El GRAPO aparece en escena prácticamente cuando comienza la transición democrática, a los pocos meses de la muerte del dictador, como forma armada del Partido Comunista Español (reconstituido), de ideología marxista-leninista. Tras una serie de atentados con explosivos, emprendieron una violenta campaña de asesinatos, secuestros y robos a mano armada. También la eficacia policial ha desarticulado en varias ocasiones a los GRAPO, y detenido prácticamente a todos sus activistas. De vez en cuando surge aisladamente algún nuevo acto terrorista, pero hay que decir que más parece responder a las necesidades económicas de una banda de delincuentes que a una estrategia política.

Hasta los atentados del 11 de marzo de 2004, el terrorismo que más preocupaba a la sociedad española era el terrorismo de ETA. Al igual que ocurre en otros lugares de Europa, el activismo violento independentista o separatista, es el que cuenta con mayor apoyo social de las regiones en las que surge, el que

más perdura a lo largo del tiempo y el que más atentados a la vida y a los bienes de ciudadanos inocentes provoca. Ciertamente, en España se han conocido otras organizaciones violentas con un mensaje radical nacionalista, como Terra Lliure en Cataluña y Valencia, creado en 1979 y que ocasionalmente ha colaborado con ETA; el Movimiento para la Autodeterminación e Independencia del Archipiélago Canario (MPAIAC), que desplegó ciertos atentados durante los años 1977 a 1979; y el Ejército Guerrilleiro do Pobo Galego Ceibe, fundado en 1987. Sin embargo, estos grupúsculos armados han tenido corta vida y prácticamente todos ellos ya han desaparecido. Se puede decir, por tanto, que en la actualidad el terrorismo en España es el terrorismo de ETA y el terrorismo fundamentalista islámico. Sin embargo, por su arraigo histórico y mayor apoyo social, el primero merece una especial atención.

La organización terrorista ETA (Euzkadi Ta Askatasuna) nace en julio de 1959, de la unión de una escisión de un sector radical de las juventudes del PNV y un grupo de universitarios independentistas. Inicialmente, la estructura orgánica viene establecida en torno a un aparato político y otro militar, si bien existen departamentos que cuidan las cuestiones culturales y sociales. Desde sus inicios, ETA ha perseguido la independencia del País Vasco respecto del Estado español y la creación de una república socialista sin clases sociales, gobernada por el proletariado vasco. Los componentes nacionalistas e independentistas han confluido con el ideario marxista-leninista. Pero cuando se ha mostrado una tensión entre estas dos vertientes de su pensamiento político, ha triunfado siempre el aspecto radical independentista, vinculado siempre a la lucha armada como estrategia fundamental. Es decir, la línea dura del aparato militar de ETA siempre se ha impuesto sobre la línea menos beligerante y más ideológica, sobre el aparato político. Estas últimas posiciones, desarrolladas en la VI Asamblea de ETA (p-m), decidieron abandonar la vía violenta a principios de los años ochenta, quedando siempre el poder en manos del ala más intransigente y sanguinaria.

La campaña violenta de ETA comenzó en 1968, y la organización se dio a conocer en el mundo entero tras el asesinato del Almirante Carrero Blanco a finales de 1973, Presidente del Gobierno franquista en esta época. De esta forma, empero, adquirió relevancia internacional y el éxito inicial fue debido fundamentalmente a que la banda armada se constituyó en uno de los signos reales de lucha antifranquista más relevantes de aquellos años. De hecho, muchos demócratas que se oponían al régimen dictatorial estaban de acuerdo con el cometido de los etarras, pues creían que con la llegada de la democracia a nuestro país, la organización llevaría a cabo su propia disolución. Pero no fue así. Precisamente en la transición democrática asestó ETA los golpes más duros al nuevo régimen constitucional, especialmente durante los años 1979 y 1980. Cabría entonces preguntarse cuáles son los objetivos actuales de la banda armada vasca.

En la actualidad ETA ya no busca una victoria militar, sino una desestabilización del poder estatal para poder llegar, a través de una negociación forzada,

a dos diferentes situaciones. La primera consistiría en obligar al Estado español para que aceptase las exigencias establecidas en la denominada Alternativa KAS: amnistía general para los presos de ETA y retorno de los exiliados, legalización incondicional de todos los partidos políticos independentistas, abandono 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 de un nuevo Estatuto de Autonomía que reconozca el derecho de autodeterminación y prevea la inclusión de Navarra en un País Vasco independiente a corto plazo. Pero ahí no acabaría la misión que la misma ETA se atribuye. Continuaría la lucha armada dentro de un Euskal-Herría independiente (también integrado por los territorios del País Vasco francés) hasta lograr eliminar el poder opresor de la burguesía frente a la clase trabajadora vasca, hasta el establecimiento de una república popular bajo un régimen socialista. Este último objetivo ha ido decayendo frente al primado independentista conforme han ido desapareciendo en Europa los sistemas de gobierno del denominado socialismo real.

Aunque con el paso del tiempo el debilitamiento de ETA es evidente, su estructura organizativa ha estado muy consolidada y ha gozado de un apoyo social nada despreciable. Los diferentes partidos políticos que han actuado como portavoces de ETA, formando parte de su organización política (Herri Batasuna, Euskal Herritarrok, Batasuna, etc.), en las diferentes elecciones a las que se han presentado, han obtenido entre el 10% y el 15% del total de los votos en el País Vasco, constituyéndose en una de las fuerzas parlamentarias relevantes de Euzkadi hasta su ilegalización provocada por la aplicación de la Ley de Partidos Políticos de 2002. Este apoyo es más intenso si se toma en consideración la ideología de la denominada izquierda independentista que tiene sus raíces en el denominado ámbito abertzale (que compartirían los fines que persigue ETA, aunque no sus medios). Así, en las elecciones del 22 de mayo de 2011, la coalición Bildu obtuvo unos resultados sorprendentes que jamás había obtenido ninguna fuerza de la denominada izquierda abertzale con anterioridad. En las elecciones municipales del País Vasco, fue la segunda organización política más votada (25,45%) y la primera en número de concejales. En las elecciones a las Juntas Generales del País Vasco de esa misma fecha, obtuvo el 25,94% de los votos. Y en las elecciones al Parlamento de Navarra, el 13,30%, representando en esta última comunidad la tercera fuerza política más votada.

La capacidad criminal de ETA tampoco es discutible. Sus víctimas han dejado de ser objetivos estratégicos y cualquier ciudadano puede aparecer entre los seleccionados, amenazados o asesinados. Desde que comenzó la vía violenta, a la organización terrorista vasca se le atribuyen más de 800 asesinatos.

Hasta este punto, hemos visto las dificultades existentes para calificar una determinada conducta violenta como terrorista. Se han analizado las distintas clases de terrorismo, su origen e intercomunicación, y el fenómeno de su internacionalización. Hemos explicado, de igual forma, esta realidad en el ámbito español. Ahora es el momento, reiterando el esquema para la Parte Especial

de esta obra, de estudiar las distintas medidas político-criminales que se han ensayado en la lucha contra el terrorismo.

Cuando el terrorismo revolucionario de los años setenta se convirtió en una amenaza real, los Gobiernos occidentales no dudaron en aplicar medidas antiterroristas severas, que han arrojado un resultado muy desigual. La tendencia seguida por los países desarrollados más vulnerables ha sido la elaboración de legislaciones especiales caracterizadas por una mayor restricción de derechos individuales de los sospechosos y acusados, y una mayor gravedad de las penas, en comparación con otros tipos de criminalidad. Estas legislaciones especiales, a veces improvisadas e imprecisas, han permitido suspender excepcionalmente algunos derechos constitucionales básicos de los que gozan el resto de sospechosos, acusados o procesados, como el "habeas corpus", la inviolabilidad del domicilio, el secreto en las comunicaciones privadas, etcétera. A pesar del control judicial, parlamentario y político a que están sometidas estas actuaciones, se han producido innumerables abusos en las fases de detención, interrogatorio, prisión preventiva, juicio y régimen penitenciario, que han fortalecido y legitimado coyunturalmente la acción terrorista.

Si atendemos a las medidas estrictamente policiales, el declive del terrorismo en Europa occidental coincide con el desarrollo de sistemas internos de seguridad sofisticados, con la mejora y especialización de las agencias policiales y con la creciente coordinación internacional. Cuando este fenómeno era nuevo y desconocido, se actuó con la idea de que a una mayor amenaza para el sistema, una mayor represión del sistema. Sin embargo, pronto se observó que este pensamiento conducía a efectos perniciosos y contrarios al objetivo perseguido. De ahí que en la actualidad, los Gobiernos hayan preferido la información sobre la pura y simple represión. Algunas medidas muy experimentadas y con un alto grado de tecnificación, como la reorganización de los servicios de inteligencia, la mayor especialización en cuestiones terroristas y la coordinación ejecutiva de las diversas agencias policiales, han facilitado mucho la labor de una notable disminución de la violencia de los grupos armados.

Como hemos visto, el fenómeno terrorista está alcanzando un carácter global que obliga a los distintos Estados que lo sufren a proponer medidas de carácter internacional para frenar su expansión, traspasando las fronteras de países y regiones. EE. UU., tras la matanza de deportistas israelíes acaecida durante los Juegos Olímpicos de Munich en 1972, llevó a la Asamblea General de la ONU el Proyecto de Convenio para la prevención y represión del terrorismo internacional. Sin embargo, en este punto encontramos siempre grandes desavenencias políticas entre los distintos Estados que integran bloques o regiones con intereses muy diferentes. A este proyecto se opusieron casi todos los países del Tercer Mundo y los del bloque socialista, por entender que existía el peligro de reprimir duramente los movimientos de liberación nacional que se enfrentaban a las dictaduras militares y conservadoras en varios espacios del planeta, o que pretendían liberar la ocupación ilegítima de determinados territorios.

En el marco europeo, el Consejo de Europa ha concluido varios tratados y acuerdos multilaterales, como el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 y el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977.

En la Unión Europea, desde 1985, se están llevando a cabo notables esfuerzos para establecer la concertación policial de sus países a través de la creación del llamado Grupo de Trevi, en cuyo objetivo se encuentra la cooperación de los respectivos Ministerios del Interior en materia antiterrorista. Y ya antes, allá por el año 1975, la Conferencia de Ministros de Justicia Europeos manifestó la necesidad de una coordinación legislativa para combatir el problema. El Acuerdo de Dublín de 4 de diciembre de 1979, accesorio al Convenio Europeo de 1977, permitió la adopción de un sistema común de extradición, la creación de un "espacio judicial" común, el estudio de problemas asociados con el terrorismo, el control de armas y la coordinación de sanciones comerciales contra los países supuestamente financiadores. Y también el Parlamento Europeo, sobre todo a partir de mediados de los años ochenta, ha aprobado enérgicas resoluciones sobre la lucha contra el terrorismo, que han tenido su influencia en la elaboración de una estrategia jurídica represiva a escala comunitaria. En general, progresivamente hay un mayor apoyo entre los distintos miembros de la UE a la hora de emprender una lucha sin cuartel contra las actividades terroristas. España está siendo uno de los países que más incide en esta necesidad de establecer un criterio de auténtica implicación en la erradicación de esta criminalidad en todo el espacio de la UE, a pesar de que en un principio no gozó del apoyo suficiente por parte de Bélgica o Francia. Pero estas reticencias ya parecen superadas, y no creo que trascurran muchos años hasta llegar al punto en que exista en toda la Europa unida una misma legislación penal material y procesal antiterrorista, una policía europea especializada, un espacio judicial único europeo sin necesidad de solicitar extradición alguna entre los distintos miembros, y unas medidas de ejecución penitenciaria similares en este ámbito.

Esto es ya, en parte, una realidad. Pues desde la primavera del año 2002 comenzó a funcionar la institución de Eurojust (Unidad de Cooperación Judicial Europea) y, desde enero de 2004 está vigente la denominada Euroorden, la Orden de Arresto Europea para facilitar los procesos de extradición dentro de la UE, que constituye, en definitiva, un sistema de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre 32 delitos. La *euroorden*, que fue aprobada por los 15 Estados europeos en diciembre de 2001, ha sido calificada como "un instrumento jurídico esencial que marcará un antes y un después en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado". Y, en efecto, pronto se comprobó la gran eficacia de todas estas medidas de cooperación intracomunitaria (así, en materia de lucha contra el terrorismo, los excelentes resultados de dicha cooperación entre España y Francia)

Yendo al caso particular de España, vimos que los años más trágicos del azote terrorista, tanto de ETA, como del GRAPO y de grupúsculos de extrema

derecha, corresponden con el periodo de la transición democrática, entre 1976 y 1981. Luego el río de sangre ha continuado fluyendo, pero fundamentalmente por parte de la banda armada vasca. Pese a ello, hay que reconocer que los movimientos radicales independentistas siguen gozando de las simpatías de una minoría nada despreciable en el País Vasco. Ello dificulta mucho más la lucha contra la violencia terrorista, y de ahí que el empleo de medidas político-criminales adecuadas para frenar a este tipo de criminalidad sea arduo y complejo.

Durante la transición democrática se suavizaron notablemente las leyes penales, fenómeno que actuaba de contrapeso al autoritarismo legal de la etapa franquista. Sin embargo, el terrorismo golpeó con gran intensidad las bases institucionales de la convivencia del Estado. Como reacción, se estableció una legislación antiterrorista muy represiva, que restringía muchas de las garantías procesales del acusado. De esta forma, el 26 de diciembre de 1984 se promulgó la ley orgánica contra la actuación de las bandas armadas y elementos terroristas, de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. Dicha ley antiterrorista se inspiraba en el modelo italiano, y actuaba limitando algunos de los derechos procesales básicos. Así, ampliaba los plazos de detención e incomunicación de los detenidos, restringía los derechos de asistencia letrada, facilitaba los registros policiales, la intercepción de las comunicaciones privadas y la suspensión cautelar de asociaciones y cargos públicos, además de agravar las penas establecidas, equiparando la frustración al delito consumado, fijando penas mínimas para determinados actos delictivos y previendo circunstancias de atenuación en el caso de terroristas dispuestos a colaborar con la administración de justicia. Con posterioridad, esta legislación penal especial, que actúa punitivamente de forma distinta contra el terrorismo, ha ido modificándose paulatinamente hasta llegar a la actual regulación en el vigente Código penal español. Es posible que estas medidas "fuertes" sean necesarias para enfrentarse a un tipo de criminalidad mucho más peligrosa que la tradicional. La existencia de una organización muy disciplinada y jerarquizada, con una gran experiencia combativa y subversiva, con alta capacidad de doblegar voluntades a través del terror, el miedo y la coacción, exige unos mecanismos de defensa del Estado que, para que sean eficaces, deben restringir los derechos individuales en mayor medida. De hecho, la política criminal de EE. UU. tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 ha llegado a poner en tela de juicio las bases del Estado de Derecho al permitir la tortura, las detenciones ilegales o al negar el derecho a la defensa de los sospechosos de ser calificados como "terroristas". La existencia del centro de detención de Guantánamo o los vuelos secretos de la CIA que secuestraban ilegalmente a sospechosos fuera del territorio de Estados Unidos, representan un buen ejemplo de esa política criminal del enemigo (al respecto, véase lección 4, apartado 4).

Pero una mayor represión no conduce a resultados más fructíferos. El delincuente terrorista sigue siendo un sujeto de derecho, a él también deben de atribuírsele un mínimo de garantías irrenunciables en un Estado de Derecho. Pues,

específicamente en esta materia, una presión exacerbada de los instrumentos represivos del Estado trae como consecuencia que los activistas aparezcan como "perseguidos", como "represaliados", como "torturados". Ello suele ser aprovechado por los propagandistas de la organización para presentar a los presos bajo una determinada mística que les va convirtiendo en héroes y patriotas. Y cuando esto se produce en una región con fuerte arraigo nacionalista, el resultado alcanzado puede ser totalmente contrario al perseguido inicialmente. Es posible que se cree una conciencia más o menos generalizada de persecución que aumente el número de adeptos a las organizaciones radicales. Por eso están muy equivocados quienes plantean la posibilidad de castigar con la pena de muerte ciertos delitos de terrorismo o con el cumplimiento íntegro de la condena. Aparte de la ilegitimidad de raíz del planteamiento desde la perspectiva del Estado de Derecho, atendiendo al punto de vista de la eficacia de esta clase de medidas, las consecuencias llevarían a una mayor fuerza de la justificación del discurso de la violencia como respuesta a una presunta opresión indiscriminada de las fuerzas de ocupación del Estado español. Y es casi seguro que este discurso ganaría adeptos entre los sectores más nacionalistas.

Se han buscado otras fórmulas para luchar contra ETA. La principal pretende restar el apoyo popular del que todavía goza entre ciertos sectores nacionalistas, a quienes debe convencerse de que ETA ya no representa un escudo contra la represión centralista ni una garantía para mantener una baza negociadora de fuerza ante el Gobierno del Estado, sino que constituye un elemento perturbador para la normalización política, económica y social del territorio. También hay que perseguir una mayor eficacia policial (y aquí se ha avanzado mucho), que en su día fue entorpecida más que favorecida por las acciones de los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL). Se está actuando más en el ámbito de la información, perfeccionando los mecanismos de conocimiento y anticipación, que en los de represión, con resultados más satisfactorios. Decisivo fue, a este respecto, el cambio de actitud de los Gobiernos franceses que, a partir de 1983, comenzaron a cuestionar seriamente las motivaciones políticas de las actividades de ETA e impulsaron una política de mayor colaboración en materia antiterrorista con los distintos Gobiernos españoles.

Existen otros factores que están conduciendo al debilitamiento de ETA, como son el lento declive electoral de HB y otros brazos políticos de ETA desde inicios de los noventa, la política penitenciaria de dispersión de los presos etarras, la mayor implicación de la Ertzantza (policía autónoma vasca) en la lucha antiterrorista y la coordinación de la lucha política a través de los Pactos de Ajuria Enea de enero de 1988 y su homónimo de Madrid.

En este aspecto político quisiera hacer una última reflexión. Los peores años para los autores del terrorismo etarra fueron, sin duda alguna, aquellos en los que hubo un gran pacto entre los partidos políticos democráticos para hacer frente seriamente a esta grave amenaza social. Precisamente, tras el secuestro, anuncio y ejecución del asesinato de Miguel Ángel Blanco en julio de 1997, se

oyó un clamor popular e institucional en todo el País Vasco que se plasmaba en una repulsa generalizada de la violencia en esta región. Sin embargo, ETA, sintiéndose sin apenas apoyo social, solicitó una tregua presumiblemente para negociar un fin a la lucha armada. Los partidos nacionalistas democráticos creyeron de buena fe que esas eran las verdaderas intenciones de los radicales violentos, y en esa negociación apostaron más fuertemente por compartir un discurso independentista y separatista. Luego el tiempo demostró que la organización terrorista no pretendía dejar la vía violenta, sino reorganizar y fortalecer su debilitada estructura y ganar una baza ante la opinión pública, proporcionando una imagen muy distinta a la que mostró en el cobarde secuestro y asesinato del joven edil del Partido Popular. Cuando ETA volvió a la violencia, los partidos tradicionales vascos ya habían radicalizado su mensaje político, y aunque no aprueban las vías antidemocráticas y violentas, comparten los mismos, o similares objetivos que la banda armada. Ello dificulta notablemente un nuevo pacto entre las fuerzas políticas democráticas del País Vasco. Y sin ese consenso político, sin el entendimiento institucional, es muy difícil acabar con el terrorismo por vías estrictamente policiales y judiciales…

Otra medida político-criminal de lucha contra el terrorismo de ETA ha consistido en la ilegalización de los partidos políticos vinculados directamente con la organización terrorista. Es ese uno de los objetivos fundamentales de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. "El objetivo es garantizar el funcionamiento del sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos, impidiendo que un partido político pueda, de forma reiterada y grave, atentar contra ese régimen democrático de libertades, justificar el racismo y la xenofobia o apoyar políticamente la violencia y las actividades de bandas terroristas… Especialmente si se tiene en cuenta que, por razón de la actividad del terrorismo, resulta indispensable identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus ideas y programas, cualesquiera que éstas sean, incluso aquellas que pretenden revisar el propio marco institucional, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y de las libertades… A estos efectos, se establece un procedimiento judicial de ilegalización de un partido por dar un apoyo político real y efectivo a la violencia o el terrorismo, que es distinto del que se prevé en el Código Penal para disolver las asociaciones ilícitas por las causas previstas en sus artículos 515 y 520" (Exposición de Motivos de la L. O. 6/2002).

Desde la vigencia de esta ley, un conjunto de organizaciones radicales ha quedado fuera del ordenamiento jurídico, pues ha quedado evidente la existencia de una fuerte y directa vinculación con el grupo terrorista ETA. Pero la duda que puede aparecer gira en torno a ese sector de la población que les ha votado, que ha logrado una nada despreciable representación institucional, y que hasta ahora ha utilizado las vías democráticas (los votantes) para expresar su acuerdo con

la actitud del partido abertzale. La duda se expresa porque, al excluir del juego político una opción que, por muy radical que sea, atrae a las urnas a sus simpatizantes, la propia democracia está invitando a entrar en la clandestinidad y en la ilegalidad a quienes, aunque fuese de forma interesada, estaban utilizando los mecanismos institucionales del Estado. Este planteamiento crítico que viene ahora expresado no pone en tela de juicio tanto la legitimidad del Estado de Derecho para excluir a quienes están demostrando que intentan seriamente destruirlo, como la eficacia de esta estrategia desde el mismo prisma político. La fuerte irrupción de Bildu (que según resolución del Tribunal Constitucional, es un partido legal) en el panorama político del País Vasco, tiene que ponernos en alerta sobre los peligros de un exceso en la estrategia de la ilegalización.

En todo caso, la estrategia político-criminal de la negociación directa con ETA antes de que la organización terrorista abandone las armas, está abocada al fracaso. Todos los intentos realizados por los diferentes gobiernos (centrista con Adolfo Suárez, socialista con Felipe González, popular con José María Aznar y, el último, también socialista con José Luis Rodríguez Zapatero) han frustrado las buenas intenciones de alcanzar la paz y han servido para la reorganización y el fortalecimiento de ETA en momentos de gran debilidad.

El 11 de septiembre de 2001 se demostró que una de las más graves amenazas a la estabilidad de las democracias occidentales es la violencia terrorista. A partir de ahí, sin embargo, se inició una estrategia internacional dirigida por los EE. UU., que tiene como objetivo luchar en todos los frentes contra toda forma de apoyo (ideológico, financiero, logístico, geográfico, etc.) de una serie de organizaciones terroristas reconocidas internacionalmente. Sin duda alguna, esta estrategia es necesaria para preservar nuestros sistemas políticos, nuestros sistemas sociales, nuestra tradición y nuestra cultura. Pero parte de esa estructura política, económica y social, parte de esa tradición y cultura que denominamos "occidental", viene integrada por el reconocimiento y el ejercicio de unos derechos individuales que se han ido constituyendo como garantías del ciudadano frente al poder estatal, y que se conocen bajo la locución "derechos fundamentales y libertades públicas", o simplemente, "derechos humanos". Y parece ser que ahora todo es válido en la lucha contra el terrorismo, aplicándose una nueva política de seguridad nacional fuertemente represiva de esas garantías (Derecho Penal del enemigo). Esa no es la vía más adecuada para combatir este problema. Pues corremos el riesgo de retroceder de nuevo en la historia de la lucha por la libertad. Corremos el riesgo de transformar el terrorismo subversivo en terrorismo de Estado.

3. POLÍTICA CRIMINAL Y DIVERSIDAD CULTURAL. LOS RETOS DEL DERECHO PENAL DE LAS SOCIEDADES HETEROGÉNEAS

El último apartado de este tema viene dedicado a otro de los grandes problemas político-criminales que se presentan en las sociedades de corte occidental: la aparición en su seno de fuertes brotes de racismo y xenofobia en algunos sectores de una población étnicamente mayoritaria y hegemónica frente a otros que se hallan en minoría y no suelen ocupar posiciones de dominio o de poder. Es la situación en la que se encuentran los ciudadanos negros de los EE. UU., los indígenas en amplias zonas de Latinoamérica, Australia o Nueva Zelanda, los gitanos en España, los turcos en Alemania, los indios o pakistaníes en el Reino Unido o los norteafricanos en Francia. En ocasiones, la población sometida a discriminación puede llegar a ser mayoritaria y la que ocupa la situación de dominio, minoritaria, como es el caso de la minoría blanca frente a la mayoría negra en Sudáfrica.

Pero aquí no vamos a abordar el problema de la discriminación racial de forma genérica, sino tan sólo analizaremos aquellas manifestaciones que se concretan en supuestos de violencia, en supuestos que constituyen una fuerte lesión de bienes jurídicos individuales y colectivos, y que ninguna sociedad sana debe tolerar. Vamos a tratar, pues, las formas de reacción del poder público frente a las conductas racistas y xenófobas que atentan gravemente a los pilares sobre los que se asienta la convivencia de los individuos y de los grupos que éstos integran en una comunidad dada.

Las sociedades desarrolladas, como es el caso de la europea, tras la Segunda Guerra Mundial han ido transformándose paulatinamente desde la homogeneidad a la heterogeneidad étnica y cultural. La gran calidad de vida que gozan sus ciudadanos, el respeto a las libertades por parte del poder público, la capacidad de convivencia de distintos sistemas culturales y religiosos son algunos de los factores que han determinado una fuerte atracción para otros grupos humanos procedentes de países que no gozan de algunas de estas ventajas. De esta forma, desde los años cincuenta hasta la Crisis del Petróleo, a mediados de los años setenta, se producen ciertos procesos de emigración, de naturaleza fundamentalmente económica (y a los que haré concreta referencia más adelante) que han ido instalando en las democracias occidentales minorías étnicas diferenciadas de la mayoría homogénea tradicionalmente dominante. Este fenómeno ha sido muy acusado en países con economías muy estables, tales como Alemania, Francia, Reino Unido, Holanda, Suiza o Luxemburgo. Luego, a finales de los años ochenta, principios de los noventa, a partir de la Caída del Muro de Berlín, se vuelve a producir un gran proceso de emigración, del Este hacia el Oeste de Europa, otro propiciado por guerras y revoluciones (la Guerra de Yugoslavia, el derrocamiento violento del régimen comunista rumano), añadiéndose a ello flujos migratorios procedentes de África, todo lo cual volvió a asentar nuevos grupos humanos en Europa Occidental. La primera emigración no trajo muchos

problemas de integración, puesto que se trataba de ciudadanos que fueron llamados para ocupar puestos de trabajo que quedaban sin cubrir tras el fuerte proceso posbélico de industrialización. Sin embargo, esta segunda corriente ha sido obligada, de acogida, no tanto para cubrir un puesto de trabajo, como para paliar las graves tragedias humanas que se producen a finales del Siglo XX: Crisis económicas que llevan el hambre y la desesperación a muchos países que huyen ahora del denominado socialismo real, guerras que traen de forma indiscriminada muertes y persecuciones, situaciones endémicas de hambre en latitudes africanas, etc. Y precisamente, a partir de aquí es cuando surgen formas nuevas de criminalidad relacionadas con la diferencia étnica, nacional, cultural o religiosa que obligan a los poderes públicos a adoptar determinadas políticas para hacerles frente.

Así, encontramos en Inglaterra, Holanda o Alemania a grupos violentos que atacan conjuntamente a ciudadanos de color, o de procedencia árabe, o hindú, simplemente por el hecho de su origen o aspecto externo (bandas de skin heads, pandillas de jóvenes ultraderechistas, etc.). Aparecen los denominados "comités de autodefensa" en Francia primero, más tarde en Italia o España, que vienen integrados por grupos de ciudadanos que se defienden de la inseguridad provocada por unos elevados índices de criminalidad, pero que acaban en muchos casos "tomándose la justicia por su mano" contra determinados grupos de extranjeros, o nacionales con otro color de piel, o contra drogadictos, prostitutas, etc. Se manifiestan nuevas formas de ataques verbales a todos los miembros de una comunidad étnica o religiosa, las denominadas injurias colectivas, que vienen explotados dentro del discurso político de un nuevo radicalismo populista que comienza a gozar de notables éxitos en Europa la última década del siglo pasado (el Frente Nacional francés, el Partido Liberal austriaco, los Republicanos en Alemania, etc.).

Aparecen otros delitos de expresión como la negación de la existencia del Holocausto judío. En este último caso, en realidad, se trata de autores de ideología nacionalsocialista que niegan la existencia del genocidio judío durante la Segunda Guerra Mundial. Emplean una fórmula para evitar la sanción penal, y seguir menospreciando y vilipendiando al pueblo hebreo y a sus víctimas, queriéndose amparar en esa libertad de expresión. Este fenómeno, denominado "revisionismo histórico", aunque en verdad se trata de un "negacionismo histórico", se ha extendido en Alemania, Austria, Bélgica, Suiza y Francia principalmente…

Hay que explicar ahora, algo más detenidamente, las causas que originan esta nueva criminalidad típicamente europea. Para una mejor comprensión de la mentada problemática, haremos un repaso histórico del origen y extensión de la violencia racista en Europa Occidental.

La persecución y castigo de seres humanos por el sólo hecho de su pertenencia a una raza, etnia, nación o religión no es un acontecimiento propio y exclusivo de los tiempos modernos. Por el contrario, en toda época histórica, masas ingentes de personas han sido maltratadas, en el mejor de los casos, por la mera

razón de su origen. Nuestra propia Historia ofrece un buen ejemplo en lo que supuso la expulsión de los judíos a finales del Siglo XV. Ese mismo pueblo, siempre tan perseguido, sufrió la más sangrienta y seria tentativa de exterminio durante la Segunda Guerra Mundial por parte de los gobernantes del Tercer Reich en la Alemania nacionalsocialista. Pero éstos son dos simples ejemplos del pasado, el presente también conoce semejantes ataques a las personas, y a los grupos humanos que éstas integran, motivados por causa de su procedencia.

En efecto, tal y como he señalado al principio de este apartado, en la época de fuerte industrialización y progreso económico que tiene lugar en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, se produce un fortalecimiento del Estado de Bienestar, del Estado social de Derecho que persigue proporcionar a todos los sectores de la población un alto grado de satisfacción de sus necesidades materiales e inmateriales, individuales y sociales, sin exclusión alguna. A finales de los años cincuenta y durante la década de los sesenta se alcanza en Europa Occidental un nivel de desarrollo industrial tan alto, que países como Alemania, Bélgica, Francia, Inglaterra u Holanda, entre otros, recurren a mano de obra extranjera para poder atender las demandas laborales que exigía el vertiginoso proceso de producción. La acogida de esta población foránea no fue ni mucho menos traumática para estos países en la medida en que la llamada se había presentado como necesaria e inevitable. Así, Georges Pompidou, presidente de la República Francesa en aquellos años, declaró el 3 de septiembre de 1963: "… la inmigración es un medio para evitar las tensiones sociales y para provocar cierta flexibilidad en el mercado de trabajo".

De otra parte, los horrores acontecidos merced a la actuación de los regímenes totalitarios fascistas y comunistas, junto con el comienzo de la guerra fría entre los bloques capitalista y comunista, conducían al pensamiento teórico y puesta en práctica del fortalecimiento y universalización de las garantías constitucionales de todos los ciudadanos. Florecen por doquier tratados inspirados en la protección de los derechos humanos, y todas las constituciones posbélicas dedican sus partes más importantes a la tutela de las libertades fundamentales. Los programas de los diferentes partidos democráticos (socialistas, democratacristianos o liberales, entre otros) vienen influidos por este nuevo humanismo y el punto común que se encuentra en la base de todos ellos es el respeto a los derechos humanos y la aceptación del pluralismo político.

El progreso económico, la guerra fría frente al bloque que se encuentra tras el denominado "telón de acero", algunos otros conflictos bélicos que tuvieron gran impacto en Occidente (guerras de Camboya, Vietnam o Argelia) fueron factores determinantes en el nacimiento de un movimiento de protesta de carácter pacifista, internacional y solidario que contribuyó en gran medida a la creación en estos países económicamente desarrollados de un ambiente social de tolerancia frente a la diferencia de razas y culturas de los "trabajadores invitados" (expresión que emplearon en Alemania).

Por estas, y algunas otras razones, se puede explicar en este periodo (tras la Segunda Guerra Mundial y hasta principios de los años setenta) la apenas existente violencia interétnica o interracial, y la gran ausencia de organizaciones con propuestas de discriminación que incitaran el odio entre la población de acogida y la población emigrante.

Pero es precisamente con la entrada de la década de los setenta cuando, en algunos países (especialmente en Inglaterra y Holanda) comienzan a aparecer graves incidentes, y en ocasiones, incluso auténticas persecuciones, motivadas por razón del origen étnico o religioso del sujeto. Según apuntan la mayoría de las investigaciones al respecto, se suele situar en el año 1969 la aparición de las bandas urbanas denominados "cabezas rapadas" (*skin heads*), en la zona Este de Londres. Aunque en principio se trataba de un movimiento contra el modelo cultural y estético que representaban los *"hippys",* lo cierto es que desde su nacimiento en las inmediaciones del distrito londinense de Newham, sus ataques salvajes se dirigieron fundamentalmente contra los habitantes que procedían de antiguas colonias, como Pakistán y ciudadanos de color procedentes del Caribe, al grito de *paki-bashing* (tunda al pakistaní).

Los incidentes más graves comienzan a propagarse, pues, casi de forma sistemática, a mediados de esta década de los setenta del Siglo XX, cuando la crisis económica azotó sin piedad ni compasión a Europa y Estados Unidos. De esta forma, quien antes había sido necesario trabajador emigrante se convierte a los ojos del ciudadano nacional en peligroso competidor, tanto por el puesto de trabajo como por las ayudas sociales. Semejante proceso se produce en Holanda, y en la misma época. El odio de un sector exaltado de la población se desata fundamentalmente contra los nativos de las antiguas colonias (Guayanas, Antillas y otras del Sur de Asia), aunque otros sectores de la población emigrante, fundamentalmente turcos, no están exentos de las iras de algunos nacionales (así, en 1981 en la ciudad de Schiedam se produjeron incidentes de forma generalizada contra la minoría turca).

Pero este inicial fenómeno de violencia racista desatada contra ciertos ciudadanos de origen foráneo asentados en el respectivo país, más bien primitivo y desorganizado, que se explica además (aunque nunca se justifica) por la confluencia de determinados factores históricos, sociales y económicos, viene acompañado de la intervención de organizaciones políticas que intentan aprovechar el ambiente de tensión para ganar adeptos y procurarse los votos de los descontentos. En Inglaterra, por ejemplo, el Frente Nacional (*National Front*) llevó como propuesta electoral en las elecciones de 1974 la repatriación de todos los ciudadanos que procediesen de la New Commonwelth y Pakistán. En algunos distritos del Este de Londres llegaron a conseguir entre el 25% y el 29% de los votos.

Este mismo proceso se produjo en Francia, por ejemplo, en la década de los ochenta, donde tras los problemas raciales existentes con la población magrebí de las antiguas colonias, el dirigente francés de otro partido extremista, igual-

mente denominado Frente Nacional (*Front National*), proponía una solución magnifica para resolver el problema del paro obrero en aquellos años en Francia: dos millones de extranjeros expulsados son dos millones de puestos de trabajo para los franceses autóctonos. Semejante mensaje, tan claro y sencillo como vil e ignorante, obtuvo en las elecciones a la Asamblea General francesa de marzo de 1986, 2,7 millones de votos y 35 escaños.

Precisamente, con la idea de evitar el surgimiento de este tipo de organizaciones políticas, así como la institucionalización del racismo por parte de algunos Estados (sistema de *apartheid*), y tras algunos incidentes graves producidos en 1960, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial que fue firmada en Nueva York el 14 de marzo de 1966. Este instrumento internacional entró en vigor el 4 de enero de 1969, después de 27 ratificaciones. En la actualidad, la Convención ha sido firmada, con la correspondiente adhesión, por más de 130 Estados, constituyéndose así en el plano universal en uno de los convenios internacionales con mayor número de Estados vinculados. Este Tratado demostró haber tenido una gran previsión de futuro, pues sin duda alguna, la creciente escalada de criminalidad racista y la progresiva aparición de asociaciones políticas cuyo discurso ideológico se fundamentaba en la apología a la discriminación racial, aparece como fenómeno que se propagó y fue en aumento inmediatamente tras su entrada en vigor, en las sucesivas décadas de los setenta, ochenta y noventa.

La década de los noventa del Siglo XX fue una de las más trágicas tras la Segunda Guerra Mundial si se atiende a la importancia y número de delitos perpetrados en cuyo origen se encuentran motivos de discriminación racial, étnica, nacional o religiosa.

El Muro de Berlín, símbolo hasta 1989 de la división y confrontación entre la Europa Occidental y Oriental, frontera irreconciliable entre dos mundos, el capitalista y el comunista, sucumbe ante el nuevo huracán político del proceso denominado *Perestroika*. Las esperanzas de apertura y democratización de los antiguos países de socialismo real pronto se trasforman en miedo ante la gran oleada de inmigrantes que se despliega inicialmente por Alemania y Austria, y después por el resto de Europa. A este fuerte proceso de emigración procedente del antiguo Este comunista, se le añaden otros movimientos de población de gran trascendencia, y a los que se ha hecho referencia párrafos atrás. Unos se originan tras los incidentes bélicos y persecuciones que tienen lugar dentro de las nuevas naciones que surgen tras el desmoronamiento de la antigua Unión Soviética (diferentes conflictos étnicos dentro de los distintos territorios). Otros aparecen tras la Guerra civil que se declara en la antigua Yugoslavia en el año 1991. Finalmente, la fuerte sequía que se produce en grandes territorios de África, junto a otros factores que determinan una situación de pobreza desesperada, y algunos conflictos entre diferentes tribus y etnias, explican la aparición de un nuevo flujo migratorio procedente de este continente.

Estos factores han coadyuvado a que la rica Europa se constituya en un área geopolítica de gran importancia en la recepción de inmigrantes procedentes del resto del mundo. Este flujo de migración, que ha alertado a todas las autoridades políticas de los diferentes Estados y se considera como una epidemia contagiosa que hay que prevenir, resulta, sin embargo necesario. La media de natalidad de la mujer europea es inferior 1,5 niños por mujer, cuando sería necesario que ese índice alcanzara los 2,1 niños por mujer, si se quiere evitar la desnatalización y un proceso de envejecimiento de la población incompatible con las necesidades del Estado social.

En cambio, la Unión Europea y otros países como Suiza han optado por cerrar todas las vías posibles a la entrada de población extranjera. Desde mediados de los años setenta, sólo se puede residir lícitamente en estos territorios bien por la obtención de la condición de refugiado político, bien para reunir miembros de la unidad familiar ya residente en el país. Los acuerdos de Schengen, que determinaron una "Europa sin fronteras" para los ciudadanos de la Unión Europea, sin embargo exigen un control exterior e interior de la población, que hen favorecido ciertas condiciones en los funcionarios correspondientes para que dicho control se determine en función del aspecto europeo o no europeo del individuo (este proceso se ha estado observando en aduanas y aeropuertos, así como en el interior del país para evitar la presencia extranjera). Además, los gobernantes de los distintos Estados han percibido que un importante sector de la población nacional siente temor ante el fuerte ingreso de inmigrantes, y para que la extrema derecha no avance políticamente a costa de encauzar estos miedos en un mensaje xenófobo y populista, han reformado las diferentes legislaciones de extranjería de forma muy restrictiva. Se puede apreciar, pues, que las condiciones para que crezcan las conductas racistas y xenófobas en la Europa Occidental también proceden de las instancias políticas que, contradictoriamente, elaboran leyes y se adhieren a tratados antirracistas y de fomento del respeto de los derechos humanos.

Hay que destacar las formas de criminalidad y violencia racista que se imponen en la actualidad en el mundo occidental.

Así, los atentados a la vida y a la integridad física, contra el patrimonio o el orden público, han sido muy frecuentes en los Estados señalados, especialmente en aquéllos que tras la caída del Muro de Berlín habían recibido un gran número de inmigrantes o refugiados políticos o económicos (Alemania, Francia, Inglaterra o Suiza).

Ha resurgido de nuevo, como en los tiempos de la Tercera República en Francia o de la República de Weimar en Alemania, un brote de fuerte antisemitismo, que raramente se concreta en ataques de naturaleza física o patrimonial, pero que se ha exteriorizado fundamentalmente en profanación de cementerios, injurias colectivas, negación de la existencia del Holocausto judío y otros delitos perpetrados a través de los medios de comunicación escritos.

También se ha de destacar la aparición de una forma muy sutil de incitación al odio racial llevada a cabo en el terreno político. A finales de la década de los ochenta y principios de la de los noventa del Siglo XX, se produjo el auge de organizaciones de extrema derecha que lanzaban mensajes sencillos y populistas en los que se acusaba a extranjeros y minorías étnicas el hecho de ser portadores y causa de los problemas más relevantes de la sociedad desarrollada europea. Resaltó así el gran éxito electoral del Partido Republicano en Alemania, del Frente Nacional en Francia o del Partido Liberal austriaco en Austria. En Italia, sin embargo, frente al racismo exógeno (contra extranjeros o minorías étnicas), la Liga Lombarda del Norte triunfó en las urnas merced a una crítica feroz a la actitud e idiosincrasia de los pueblos transalpinos del Sur (racismo endógeno).

Este auge de la extrema derecha política con un mensaje xenófobo y racista se ha intensificado a partir de la crisis económica mundial acontecida tras el crack financiero de las hipotecas basura en el año 2008. De esta forma, en las elecciones europeas de junio de 2009, la extrema derecha más radical logró un porcentaje de votos de dos dígitos en siete Estados miembros (Países Bajos, Bélgica, Dinamarca, Hungría, Austria, Bulgaria e Italia), y un acopio de sufragios entre un 5 y un 10% en otros seis Estados (Finlandia, Rumania, Grecia, Francia, Reino Unido y Eslovaquia). En las elecciones de 2011 en Suecia, otro partido xenófobo, Demócratas de Suecia, obtuvo el 5,7% de los votos e ingresó en el parlamento escandinavo. Este mismo año, el partido Verdaderos Finlandeses obtuvo el 19,1% de los votos en las elecciones parlamentarias del país lapón, imponiéndose como tercera fuerza política. Y en ese mismo periodo temporal, en Italia seguíaninstalados en el gobierno cuatro ministros de la Liga del Norte de Umberto Bossi. Mientras, en Suiza, el partido Unión Democrática de Centro (SVP) se mantuvo en el gobierno (que alcanzó en 2007), merced al caudal de votos obtenidos en las correspondientes elecciones (que superaba el 30%).

Todas estas organizaciones políticas tienen un mensaje común. Dicho mensaje se dirige agresivamente al ataque del fenómeno de la inmigración ilegal como fuente de todos los problemas del país (paro, inseguridad ciudadana, competencia desleal en el mercado de trabajo, alto coste para los servicios sociales, ruptura con el modelo cultural occidental, etc.). Ese ataque se centra especialmente contra el islam y contra la propia Unión Europea que impone modelos de convivencia en la diversidad cultural y limita la soberanía de los Estados miembros.

Las causas de esta escalada de criminalidad xenófoba y del ascenso político de la extrema derecha racista en Europa son varias. La crisis económica mundial, las condiciones de miseria de muchos países africanos y asiáticos sigue provocando una oleada de inmigrantes que buscan en la rica Europa mayores cuotas de bienestar y seguridad para sus personas y escasos bienes. La población extranjera ha aumentado considerablemente en países como Alemania, Francia, Suiza, Austria, Italia o España, y pronto surgen conflictos originados

por choques culturales y religiosos, por la competencia en el ámbito laboral, por el reparto presupuestario en las ayudas sociales, por el aumento de la criminalidad y por el miedo a la convivencia en la heterogeneidad social. Esto ha determinado que en algunos Estados de Europa continúe la discusión política acerca de la nueva situación creada, y que los sectores más radicales caldeen el ambiente en contra de los inmigrantes, de los refugiados, de los extranjeros en general e incluso de las propias minorías nacionales. Ante esta situación, aparecen en escena como autores de incendios a albergues de refugiados, de lesiones producidas en grupo, incluso de homicidios y otros hechos penales violentos, jóvenes desencantados con el Estado, que está dejando de ser el Estado del Bienestar, con un grado cultural bajo, que implica un desconocimiento de la reciente Historia de Europa, y que en algunos casos suelen ser fácilmente manipulados por sujetos que forman parte del aparato organizativo de asociaciones con un componente ultranacionalista, fascista o neonacionalsocialista.

Pero también es bien cierto que todos estos factores no explican el continuo resurgimiento de un fuerte brote de antisemitismo en Alemania, Francia o Bélgica. Pues los judíos europeos no son extranjeros en los respectivos países en los que residen. Tampoco representan un problema económico ni social, dado que suelen estar ubicados en la clase media alta de las sociedades occidentales y, por supuesto, no se cuestiona ni la integración social ni que contribuyan a un aumento de la estadística criminal. Y, sin embargo, también se suceden actos delictivos que raramente afectan a la vida o integridad física de las personas, pero que inciden en símbolos representativos de la tradición hebrea o sobre su propia dignidad como pueblo. Acontecen así hechos tan graves como profanación de cementerios, incendios de sinagogas, negación humillante de la persecución nazi y de la existencia de sus campos de concentración, aparición de literatura específicamente antisemita, etc.

Este resurgimiento sólo se puede explicar, desde mi punto de vista, por la presencia previa de una fuerte tradición antisemita. En efecto, el antisemitismo francés ha estado presente de forma prácticamente ininterrumpida desde los tiempos de la Tercera República hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. Dicho antisemitismo, se manifiesta ahora en círculos culturales y políticos cercanos a la extrema derecha del Frente Nacional, y cuya ideología del rechazo, teorizada en su día incluso por intelectuales del socialismo utópico, está muy enraizada todavía dentro de estos sectores sociales. De forma paralela, en Alemania también se profundizó a niveles teóricos primero, en los tiempos de la República de Weimar, y prácticos después, en la etapa de dominio nacionalsocialista, en un radical antisemitismo que culminó con la tentativa de exterminio de toda esta etnia residente en Europa. Estos reductos atávicos de la Historia de ciertos países de Europa explican, pues, la oleada de actos contra sectores de la población judía en Francia, Bélgica o Alemania. En cambio, allí donde la convivencia con los judíos no ha sido nunca un problema, como es el caso de Inglaterra, esta tendencia antisemita apenas se ha manifestado. En épocas en las que surgen brotes de intolerancia, se

acentúa la tendencia xenófoba (contra el pueblo hebreo) de esos sectores sociales intransigentes, y las últimas décadas en Europa no constituye ninguna excepción a esta deducción histórica. Más bien se puede observar una repetición en los ciclos de incremento de la violencia racista y xenófoba, que acompañan paralelamente a las etapas de crisis económica a gran escala.

Desde luego, frente a esta situación que se acaba de exponer muy superficialmente, ha habido una reacción por parte de aquellos sectores sociales e institucionales que pretenden materializar los principios de igualdad y respeto a la dignidad humana consagrados en todas las constituciones occidentales. La lucha contra el racismo y la xenofobia se ha librado pues, en todos los frentes. Desde las manifestaciones de miles de ciudadanos que en la calle han querido demostrar abiertamente su solidaridad con las minorías perseguidas, hasta la elaboración de recomendaciones y directivas por parte de las diversas instituciones de la Unión Europea, se ha creado un espacio común que intenta frenar y disminuir al máximo las conductas de discriminación e intolerancia respecto a los que se muestran diferentes por razón de su origen o procedencia.

Evidentemente, muchas de estas medidas antirracistas ni siquiera son jurídicas. Pongo por caso todas aquellas tentativas que buscan concienciar a la generalidad de la ciudadanía para que acepte a los extranjeros como al resto de sus conciudadanos (las mencionadas manifestaciones, publicidad en los medios de comunicación, programas juveniles de intercambio cultural, profundización en el estudio de los derechos humanos en la carrera escolar, etc.). Semejantes acciones tienen una gran importancia puesto que intentan enfrentarse al problema en cuestión desde su origen.

El Derecho también se ha preocupado, como no podía ser de otra forma, de este drama social y ha pretendido poner soluciones creando reglas de carácter imperativo o prohibitivo, según los casos, que tienen como objetivo evitar la discriminación injustificada por razón de raza, etnia, nación, religión u otra de índole similar. De ahí que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se contengan expresa o tácitamente disposiciones limitativas de la libertad de contratación que establezcan condiciones racistas o xenófobas en las ofertas de puestos de trabajo, o preceptos del Derecho privado que restringen la libertad contractual de las partes en el negocio jurídico por estas mismas causas.

Como en todo conflicto social, y, ¡en qué medida!, éste lo es, el último remedio al que recurre la comunidad para poner solución al mismo lo constituye el recurso al arma del Derecho Penal. Este sector del ordenamiento jurídico intervendrá cuando el problema social no pueda ser resuelto por otro sector de dicho ordenamiento jurídico, o incluso por medidas extra-jurídicas menos drásticas para la libertad del ciudadano (este es el denominado carácter subsidiario del Derecho Penal), y si la gravedad del mismo necesita la entrada en juego de la legislación punitiva (carácter fragmentario del Derecho Penal). Se examinan brevemente, dentro del marco punitivo, las medidas que se pueden establecer para hacer frente a la violencia o a la criminalidad racista y xenófoba.

Está claro que cuando se producen ataques a la vida o a la integridad física de un sujeto o grupo de sujetos a causa, por ejemplo, del color de su piel, o cuando se incendia un centro de refugiados, el Código penal tiene que ser aplicado en estos casos, pues tales conductas violentas se encuentran tipificadas de forma genérica en las respectivas disposiciones penales. Sin embargo, lo que ya no parece en principio tan evidente es la necesidad de que los delitos perpetrados por móviles racistas o xenófobos (homicidio, lesiones o incendio) tengan que ser castigados más duramente que los supuestos en los que los mismos ataques antijurídicos sean perpetrados por motivos diferentes del señalado. Y también se pone en duda que el hecho de difundir públicamente, pero de forma pacífica, ideas con contenido de discriminación racial (por ejemplo, el pensamiento que postula en favor de la superioridad de una raza respecto de otra u otras) tenga que ser objeto de sanción penal, en la medida en que, por el contrario, éstas opiniones puedan ser contrarrestadas con mejores y más serios argumentos en el mundo libre de las ideas o en la arena del coso político. No menos discutible es la figura delictiva que se ha introducido en algunos países de Europa, entre ellos España, y que es conocida con el nombre de "la mentira de Auschwitz" (*Auschwitzlüge*), que amenaza bajo pena la negación o la justificación de la existencia del genocidio judío en los tiempos de dominio nacionalsocialista, por lo que significa, a decir de algunos, para la limitación de la libertad de expresión o de investigación.

Y, en efecto, tras la aparición de frecuentes acciones violentas perpetradas por motivos racistas o xenófobos a principio de la década de los noventa del Siglo XX, han visto la luz paralelamente nuevas leyes penales en los distintos países en que han tenido lugar dichos incidentes, las cuales han perseguido alcanzar dos efectos fundamentalmente. De una parte, castigar más duramente los ataques a bienes jurídicos como la vida, integridad física o patrimonio cuando se causan por móviles discriminatorios (bien creando una agravante genérica, bien elevando la posibilidad de penalidad de estos delitos para que los jueces puedan tener presente estas consideraciones). De otra parte, mediante la creación de figuras delictivas de peligro abstracto que sancionan la exteriorización de ideas y expresiones que persigan encender la llama del odio racial. Algunos parlamentos nacionales han ido mucho más allá y han llegado a tipificar como delito la conducta de denegación de la prestación de un servicio público, que generalmente está ofertado a la generalidad de los ciudadanos, por motivos racistas, xenófobos, religiosos, etc. (por ejemplo, carteles en hoteles, pensiones o restaurantes que prohíben la entrada a determinados ciudadanos pertenecientes a esas minorías).

Vemos, pues, que frente a este nuevo fenómeno criminológico, tanto las instituciones internacionales, como los propios Estados, han elaborado diversos instrumentos programáticos y jurídicos que tienden a paliar, en la medida de lo posible, sus graves consecuencias sociales y humanas. En materia punitiva no existe, sin embargo, una legislación internacional aplicable directamente a los

ciudadanos fuera del marco de competencia de los respectivos Estados. Concurren, no obstante, diversos estadios normativos de carácter internacional que, de forma indirecta, han incidido en la modificación o elaboración de diversos preceptos penales que incriminan determinados comportamientos graves de discriminación. Destaca entre ellos la Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial (CERD), la cual en su art. 4 establece la obligatoriedad, respecto de los Estados firmantes, de tipificación penal de un elenco de conductas de esta naturaleza. Ciertamente la CERD había entrado en vigor a finales de los años sesenta, pero fue a principio de los años noventa cuando se revitalizó realmente esta obligación de tipificación penal. La Unión Europea, aun cuando no ha creado una legislación penal autónoma, ha recomendado a través de sus diversas instituciones la firma de ese tratado y la modificación de las leyes penales de sus Estados para adecuarlas al nuevo marco jurídico. También el Consejo de Europa aconseja en esta época reciente que se elaboren diversas figuras penales conforme a una ley marco que se había creado hacía más de treinta años.

En el marco del ordenamiento jurídico propio de cada Estado, también se han elaborado específicos mecanismos político-criminales. Así, frente a estos graves problemas sociales, la gran mayoría de los países de Europa Occidental han adoptado una serie de medidas punitivas para hacer frente a los mismos e impedir su generalización.

De esta forma, para combatir a la extrema derecha con una fuerte tradición racista, se han creado figuras delictivas que prohíben y castigan asociaciones políticas y organizaciones que tengan como objetivo la discriminación racial. Para, en otros casos, evitar que los discursos políticos o intelectuales se centren sobre el vilipendio, el insulto, la agresión verbal o la denigración de ciertos grupos humanos, aparecen los delitos de injurias colectivas. Con el fin de tutelar el respeto de aquéllos que fueron objeto de persecución y pretensión de exterminio masivo en ciertas épocas históricas, y proteger la dignidad de la correspondiente minoría étnica, se crean conductas punibles que castigan la negación o justificación histórica del delito de genocidio con relación a estas comunidades. De igual forma, con la pretensión de hacer frente a la violencia física efectuada frente a determinadas minorías, se crea la agravante específica de actuar por móviles racistas, pensada para ser aplicada fundamentalmente en delitos contra la vida, la integridad física y el patrimonio. En fin, con la pretensión de evitar que se cree un caldo de cultivo que fomente la discriminación de los grupos humanos que conviven con la mayoría homogénea en un determinado Estado, se crean otros hechos punibles, como la incitación al odio o a la discriminación racial, la difusión de ideologías que propugnan por la superioridad racial o incluso la denegación a un ciudadano de la prestación de un servicio público ofertado a la generalidad por prejuicios discriminatorios.

Queda por determinar, finalmente, sí estas medidas introducidas en la legislación penal europea son adecuadas para lograr el objetivo para el cual fueron

creadas, para hacer frente a esta preocupante situación de violencia y discriminación racial en Europa Occidental, pues en Derecho Penal es bastante frecuente que la instauración de instituciones punitivas modernas con la loable pretensión de resolver de forma rápida y puntual determinados conflictos sociales, conlleve en muchas ocasiones un efecto distinto y contrario del perseguido.

Así, en torno al objeto de tutela del Derecho Penal antirracista de la Europa Occidental, se afirma que, en efecto, nos encontramos ante un bien jurídico relevante digno de la protección penal, cual es la dignidad humana de la persona que se proyecta en el derecho individual a no ser discriminado por razón de su origen racial, étnico, religioso o nacional. Estamos en presencia, de igual forma, de delitos y medidas de peligro abstracto que tutelan a su vez, si bien en un plano secundario, el orden público entendido como normal desarrollo de la convivencia de los diferentes grupos humanos que integran una comunidad determinada, lo cual implica que los miembros de las minorías diferenciadas no sean sometidos a situaciones de tensión social motivadas por marginaciones, discriminaciones, persecuciones o ataques que pudieran ser perpetrados por un sector de la mayoría dominante. Esta concepción del bien jurídico conduce a su vez a una importante consecuencia. En la medida en que nos encontramos ante hechos delictivos que se caracterizan porque el legislador ha adelantado notablemente la barrera de defensa del Estado, lo que supone que la llamada a la sanción penal se produce en un estadio muy lejano a la real lesión del bien jurídico (delitos de peligro abstracto), la incriminación de la correspondiente conducta exigirá no sólo que la misma pueda subsumirse en la descripción de la figura delictiva en cuestión, sino también que el comportamiento humano sea apto tanto para afectar a la dignidad humana en los términos que ha sido definida, como para perturbar mínimamente la convivencia pacífica de los ciudadanos, pues de otra forma se produciría un notable recorte, ilegítimo y no justificado, de derechos fundamentales de los ciudadanos (libertad de expresión, de reunión, de asociación, libertad ambulatoria, etc.).

También cabe señalar que la legislación penal antirracista europea, por regla general, pretende tutelar a las minorías marginadas. Sin embargo existe el peligro de que ésta se aplique paradójicamente a los sectores de población diferenciados del grupo hegemónico por su nacionalidad, etnia o religión, como ya ha ocurrido en Estados Unidos (caso *Wisconsin v. Mitchell)*. De ahí que una interpretación conforme a la considerada en el marco del bien jurídico protegido podría contribuir a evitar esta indeseable consecuencia.

Desde el punto de vista de la legitimación, pues, hay suficientes argumentos que abogan en favor de la presencia de un Derecho Penal especialmente pensado para hacer frente a la criminalidad racista y xenófoba, pues existe realmente un objeto específico de tutela que fundamenta la creación de los correspondientes preceptos penales.

El Derecho Penal antirracista viene revestido de un notable carácter simbólico que revela una pretensión social y política de valorar como merecedor

de protección el bien jurídico dignidad humana ante determinados supuestos graves de discriminación. No obstante, existen dudas sobre la eficacia real de la aplicación de la ley penal en este ámbito, pues se piensa que frecuentemente se utiliza la elaboración de medidas punitivas como mero instrumento, coyuntural y político, para tranquilizar inquietudes, inseguridades e incluso la misma conciencia de determinado sector de la población. Sin negar la corrección de esta objeción, se puede afirmar igualmente que este carácter simbólico de la ley penal, no necesariamente debe contemplarse siempre desde un prisma negativo o peyorativo. El moderno Derecho Penal se distingue por introducir muchos preceptos en su seno que difícilmente van a ser aplicados, dado que su elaboración está pensada, más que para resolver determinados problemas político-criminales que se presenten en una sociedad y en un momento dado, para crear en la conciencia social una necesidad de valorar positivamente ciertos bienes jurídicos, y advertir sobre la existencia, respecto de los mismos, de peligros y riesgos en el futuro. Se contempla, pues, la necesidad que tienen los poderes públicos de poner de relieve ciertos riesgos ante los que se expone la sociedad y las graves contingencias que pueden aparecer en el futuro, aun cuando éstas no se adviertan en el momento presente o no vayan a tener lugar nunca. De esta forma, las medidas punitivas de lucha contra la violencia racista y xenófoba mantendrían este carácter simbólico, no exento, como se ha señalado, de componentes políticos o demagógicos, incluso con pocas posibilidades de encontrar aplicación práctica, o de mantener los efectos preventivos, tanto especiales como generales, idóneos para hacer frente de algún modo a este tipo de criminalidad. Pero también es cierto que el problema de la discriminación racial se va extendiendo en todos los países europeos y el Derecho Penal puede, en pequeña medida, coadyuvar a la evitación de la creación de unas condiciones insoportables para la convivencia humana. Hay pruebas, pocas ciertamente, de su aptitud para lograr este objetivo tanto en la reciente Historia europea como en las últimas décadas. De ahí que, aun cuando se trate de un Derecho Penal simbólico, que lo es, esta adjetivación por sí sola no deba ser el obstáculo más relevante para la aceptación de su legitimación.

La legislación penal antirracista de los países que integran la Unión Europea contiene una serie de medidas punitivas que, en principio, parecen responder a los postulados del Derecho Penal de autor, pues de hecho, en su aplicación práctica, los sujetos procesados y ulteriormente condenados coinciden, en su gran mayoría, con un específico perfil personal (jóvenes con ideología propia de la ultraderecha, o integrantes de determinados grupos urbanos violentos). La estructura típica de alguna de las correspondientes medidas o figuras delictivas también parece reflejar en cierta forma condicionamientos personales del sujeto activo, especialmente en los delitos de asociaciones ilícitas, en la justificación de un concreto hecho constitutivo del delito de genocidio o en la agravante de racismo. La existencia de constantes elementos subjetivos del injusto puede abogar en favor de esta consideración. Sin embargo, las medidas punitivas examinadas

son conciliables con las exigencias de un Derecho Penal del acto aislado. Si se parte del presupuesto de que existe un bien jurídico común que se pretende tutelar, el fundamento de la incriminación o de la sanción penal no se encontrará tanto en la entera personalidad asocial del infractor como en la necesidad de proteger a determinados colectivos humanos que pueden ser objeto de discriminación por su origen racial, étnico, nacional o religioso. De otra parte, aunque es imposible considerar una conducta xenófoba sin recurrir a la comprobación de cierta tendencia en la actitud interna del agente, el Derecho Penal no incrimina dicha actitud interna, sino el aspecto externo de la acción humana susceptible de poner en peligro o lesionar el mismo objeto de tutela. Luego no nos encontramos ante un Derecho Penal de autor, sino ante un Derecho Penal del acto aislado.

Se ha dicho que la aplicación de ciertas figuras delictivas del Derecho Penal antirracista implica un recorte intolerable de derechos fundamentales, entre los que destaca éste de la libertad de expresión. A tal respecto, se puede afirmar que la libertad de producción científica, como una concreción de la libertad de expresión, puede acoger en su seno todo tipo de investigación siempre y cuando el autor persiga, a través del método de la correspondiente disciplina, contribuir al aumento del conocimiento humano, aun cuando las conclusiones a las que llegue puedan ser calificadas de atropelladas, absurdas o falsas. Ahora bien, si la pretensión es otra diferente, encubierta bajo el ropaje de la retórica teórica, ni siquiera existe conflicto de bienes jurídicos entre dicha libertad científica y otros derechos atacados, como la dignidad humana en el marco del principio de igualdad o el propio orden público. Pues en tal caso no se persigue llevar a cabo ejercicio de derecho alguno, sino tan sólo aprovechar el ropaje externo que representa al mismo para disfrazar una pretensión ilegítima y prohibida, cual es la de fomentar la discriminación y el odio racial. Sin embargo, si objetivamente el teórico llega a conclusiones poco respetuosas con el derecho a no ser discriminado, como la superioridad intelectual de unos grupos humanos respecto de otros o el convencimiento de que ciertos hechos históricos han acaecido, pero sin que ello esconda una pretensión absolutamente ajena a la investigación científica, su correspondiente obra podrá ser muy criticada en el ámbito del sector del conocimiento que se trate o atentar a los valores culturales de determinadas minorías marginadas, pero en ningún caso merecerá sanción penal alguna. Aquí la libertad de producción científica justificaría incluso los posibles menoscabos que las hipótesis vertidas pudieran provocar. Y ocurre que, en la medida en que en estos supuestos faltaría el elemento subjetivo de pretender discriminar a estos grupos humanos, el ataque a su dignidad adquiere un nivel de ofensividad notablemente inferior. Tampoco hay que olvidar que el Derecho Penal no puede ahogar ningún derecho fundamental, aun cuando en ocasiones su ejercicio conlleve la afectación o menoscabo de otros valores e intereses también dignos de protección.

Y en lo que se refiere al campo más amplio de la libertad de expresión, como libertad ideológica, y fuera del marco del derecho a difundir información, ésta no necesita cumplir ningún requisito de veracidad para que alcance protección constitucional. De ahí que, en principio, se otorgue tutela a cualquier juicio, opinión, idea o pensamiento que emita el titular de la misma, también, por supuesto, en el marco del prejuicio racial o xenófobo. El límite viene determinado por el propio contenido esencial del derecho, y por el respeto a otros valores constitucionales de gran relevancia, entre los que se encuentra la dignidad de la persona. Cuando la libertad de expresión se utiliza como pretexto para menospreciar a una persona o a una colectividad por razón de su origen o pertenencia, no se puede admitir ni siquiera un conflicto de bienes jurídicos y recurrir a un criterio general para determinar la ponderación. Simplemente no hay conflicto puesto que no existe ningún derecho fundamental a lesionar otro derecho fundamental. La legislación penal antirracista, bajo estos parámetros, encuentra de nuevo legitimación constitucional.

También se ha puesto en duda la idoneidad de la sanción penal como vehículo para alcanzar los fines de prevención general y prevención especial que tradicionalmente se le asignan, y conseguir de esta forma reducir los índices de criminalidad racista y xenófoba. Aquí se llega a la conclusión de que el Derecho Penal, tanto material como procesal, adquiere eficacia, y por tanto, alcanza uno de sus fines, el de prevención general, no sólo cuando las instituciones que regula revelan un alto grado de aptitud técnico-jurídica para enfrentarse al conflicto que las origina (factor relevante, no obstante), sino, sobre todo, cuando los tres poderes del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, alcanzan un verdadero compromiso político, expreso o tácito, de hacer frente, con todas las armas legales disponibles, a la respectiva progresión delictiva. Y el Derecho Penal antirracista no representa ninguna excepción a esto que se ha señalado. Pues en los casos en los que ha existido ese compromiso de forma fuerte, la estadística criminal ha mostrado una tendencia al descenso de la actividad criminal en materia de discriminación. Por el contrario, cuando hubo división política y social sobre el empleo del Derecho Penal contra los supuestos más graves de intolerancia, la consecuencia fue un ascenso de la escalada de violencia.

De igual forma, en materia de prevención especial se llega a similar conclusión que en la expresada en el marco de la prevención general. Y es que un mínimo consenso social y político con relación a la necesidad de actuar firmemente contra la violencia racista y xenófoba aparece como condición previa para el funcionamiento de las instituciones de persecución y enjuiciamiento penal. La apertura de procedimientos judiciales con todas las garantías, sin condenas o absoluciones vergonzosas, conduce, a su vez, a la posibilidad de que en el sujeto delincuente se plantee un conflicto interno entre su propio convencimiento con relación a ciertos prejuicios que considera generalizados y justificados, y la antítesis valorativa refrendada por el cuerpo social. La ulterior imposición de la sanción penal puede inclinar la balanza en el sentido de aceptar lo impropio de su

acción o, por el contrario, puede reforzar sus sentimientos de hostilidad racial, y conducir al sujeto a otros hechos delictivos en el futuro. Ello también dependerá, además de las circunstancias anteriormente destacadas, de la personalidad del autor y de la naturaleza de la sanción penal, fundamentalmente. A este respecto, cuando se trata de jóvenes infractores, la aplicación de instituciones propias del Derecho Penal juvenil parece más adecuada que la utilización del recurso a sanciones clásicas como las penas privativas de libertad. De hecho, algunas legislaciones penales incluyen como consecuencia jurídica específica ésta de trabajos en beneficio de la comunidad (Italia), mientras que otros ordenamientos la contemplan como una más dentro del sistema punitivo general (España).

Por tanto, un examen de los preceptos penales aludidos, desde una perspectiva puramente positiva y actual, y fuera del contexto de la Historia y del Derecho comparado, puede concluir con el resultado de que estas medidas punitivas antirracistas no tienen ninguna razón de ser. Pero si pensamos que los acontecimientos que están sucediendo en ciertos países de Europa ya han acaecido (bajo otro contexto, en tiempos no muy remotos), en vistas al futuro, la lección que nos ofrece la Historia es que estos mismos hechos se pueden repetir e intensificar progresivamente. El racismo y la xenofobia no conocen límites ni tienen fronteras, de ahí que determinadas formas de la conducta delictiva se trasmitan al resto de los Estados vecinos, especialmente cuando se produce un proceso de homogeneización económica, social y política como el que, poco a poco, esta acaeciendo en la Unión Europea. Bajo esta perspectiva, la inclusión de una legislación penal antirracista en los diferentes ordenamientos europeos puede considerarse como una respuesta lógica y legítima, en la medida en que se quiere contribuir con un medio de solución específico ante una problemática singularizada. Cuestión distinta es el que la redacción individualizada de los respectivos preceptos penales no sea la apropiada y que aquélla tenga que mejorar adaptándola a las concretas necesidades de cada país. El error radica en considerar el análisis de un determinado ordenamiento jurídico sin tener presente la experiencia de otros países cercanos al de referencia cuando las causas que generan la violencia del prejuicio racial comiencen a coincidir. Todavía es pronto para hacer una precisa evaluación de la incidencia del Derecho Penal en la esfera de este tipo de criminalidad, pero se puede adelantar en este sentido que las instituciones reguladas en esta materia no adolecen de mayores defectos que cualquier otra del Derecho Penal común.

Bibliografía

AA. VV.: *El Derecho penal internacional.* Cuadernos de Derecho Judicial (VII). Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001. AMBOS, Kai/ DE HOYOS, Montserrat (Coords.): *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal internacional.* Granada, 2008. AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Corte Penal Internacional. Omar Al Bashir, hora de rendir cuentas.* Amnistía Internacional, núm. 99 (2009). ARANDA OCAÑA, M.: *La política criminal en materia de terrorismo,* en RIVERA BEIRAS, I. (Coord.): *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades* punitivas. Valencia, 2005. ARROYO ZAPATERO,

L.: *Terrorismo y Sistema Penal,* en Reforma política y Derecho, 1985. AZNAR GÓMEZ, M.:*¿Hacia un nuevo régimen internacional penal? Reflexiones sobre el desarrollo reciente de la cuestión en derecho internacional humanitario,* en Estudios Jurídicos en Memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen 1º. Valencia, 1997. BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho penal.* Granada, 1998. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa Occidental: La respuesta del Derecho Penal.* Granada, 1999. CABEZUELO RODRÍGUEZ, N.: *La Corte Penal Internacional.* Madrid, 2002. CANCIO MELIÁ, M. (Dir.): *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada.* Madrid, 2008. CARBONELL MATEU, J. C.: *¿Hacia un Derecho penal internacional?,* en Escritos penales. Valencia, 1978. CUERDA ARNAU, M. L.: *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo.* Madrid, 1995. CARNEVALI RODRÍGUEZ: *El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno.* Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, núm. 3 (2007). DE LA CORTE IBÁÑEZ, L.: *La lógica del terrorismo.* Madrid, 2006. DÓMINE, María Cecilia: *El terrorismo internacional: un análisis comparado de la nueva legislación antiterrorista y de la actual política criminal.* Estudios jurìdicos, núm. 5 (2008). ESCUDERO ESPINOSA, J. F.: *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad: hacia la paz por la justicia*. Madrid, 2004. FERNÁNDEZ, E. M.: *Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la comunidad internacional.* Barcelona, 1998. FERRÉ OLIVÉ, J. C.: *Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo,* ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.): *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero.* Valencia, 2009. GARCÍA ARÁN, M.: *La protección del Estado como límite penal a la libertad de información y expresión,* en Anuario del Departamento de Ciencia política y Derecho público. Barcelona, 1990. GARCÍA VALDÉS, C.: *El delito político.* Madrid, 1976. GIL GIL, A.: *Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Madrid, 1999. GIL GIL, A.: *El genocidio y otros crímenes internacionales.* Madrid, 1999. GINER, S./REINARES-MESTARES, F.: *Terrorismo y sociedad democrática.* Madrid, 1982. GÓMEZ COLOMER, J. L./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CARDONA LLORÉNS, J. (Coords): *La Corte Penal Internacional.* Valencia, 2003. GÓMEZ COLOMER, J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Terrorismo y proceso penal acusatorio.* Valencia, 2006. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería.* Publicaciones del Grupo de Estudios de Política Criminal (Documentos, 4), 1998. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta de justicia penal internacional.* Publicaciones del Grupo de Estudios de Política Criminal (Documentos, 6), 2002. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo.* Publicaciones del Grupo de Estudios de Política Criminal (Documentos, 9), 2008. LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo.* Madrid, 1985. LANDA GOROSTIZA, J-M…: *La intervención penal frente a la xenofobia.* Bilbao, 2000. LANDA GOROSTIZA, J-M.: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal.* Granada, 2001. LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Racismo, xenofobia y Estado democrático.* Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 18 (2004). LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación en el Código penal de 1995.* Estudios Penales y Criminológicos. Santiago de Compostela, 1996. MAGADÁN DÍAZ, M./RIVAS GARCÍA, J.: *Corrupción y fraude. Economía de la trasgresión*. Madrid, 1999. MIRÓ LLINARES, F.: *Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo: política criminal frente al terrorismo en los Estados Democraticos antes y después del 11 de septiembre de 2001.* Cuadernos de Política Criminal, núm. 87 (2005). ORTIZ GARCÍA, P.: *Incremento del racismo, la xenofobia y la violencia, ¿éxito o fracaso de las políticas aplicadas?* Temas para el Debate, núm. 138 (2006). PASTOR, Daniel R.: *El poder penal internacional.* Barcelona, 2006. PRESTON, Paul: *El holocausto español.* Barcelona, 2011. SERRANO-PIEDECASAS, J. R.: *Emergen-*

cia y crisis del Estado social. Barcelona, 1989. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R./ DEMETRIO CRESPO, E.: *Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el Derecho penal*, en ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.): Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador VIVES ANTÓN). Vol. 1. Valencia, 2009. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Represión de los crímenes de guerra,* en La regulación internacional de los conflictos armados. Barcelona, 1992. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Terrorismo y Derecho.,* Madrid, 1988. YRIGOYEN FAJARDO, R.: *Control penal y diversidad étnico-cultural,* en Conflicto social y sistema penal. San Sebastián, 1996. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Libertad personal y seguridad ciudadana.* Barcelona, 1993.

Lección 12ª

Política Criminal y modernas tecnologías

1. Revolución tecnológica y de las comunicaciones, evolución de la sociedad y transformación del Estado.
2. Las nuevas formas de criminalidad y los retos del Derecho Penal de la Tercera Revolución Industrial.

Bill Gates, el magnate propietario de la todopoderosa Microsoft Corporation, dijo hace unos años (GATES, Bill/MYHRVOLD, Nathan (Colab.)/RINEARSON, Peter (Colab.): *Camino al futuro*. Madrid, 1995): "Llegará un día, no muy lejano, en que seremos capaces de dirigir negocios, de estudiar y explorar el mundo y sus culturas, de hacer surgir algún gran entretenimiento, hacer amigos, asistir a mercados locales, enseñar fotografías a parientes lejanos sin abandonar nuestra mesa de trabajo o nuestro sillón… No abandonaremos nuestra conexión a la red ni nos la dejaremos en la oficina o en el aula… Esta red será algo más que un objeto que portamos o un dispositivo que compremos… Será nuestro pasaporte para un modo de vida nuevo y mediático" (Al respecto, véase DE ALFONSO LASO y BAÓN RAMÍREZ en Cuadernos de Derecho Judicial, X y XI). Y, en efecto, la era de la información, la revolución informática, el periodo cibernético y otras expresiones similares son algunas de las locuciones que se emplean en la actualidad para designar el cambio de vida tan drástico ocasionado en las sociedades occidentales merced a la aparición de los nuevos sistemas de comunicación y las modernas tecnologías informáticas…

En este último tema de la presente obra se pretende abordar, de forma breve y concisa, el fenómeno de la transformación paulatina del Estado que comienza a acaecer tras la Segunda Guerra Mundial, con la aparición y posterior generalización de los mecanismos de información y comunicación humana que se transmiten a través de la radio, de la televisión, del teléfono y del ordenador. Pero dicho análisis nos interesa sólo en la medida en que ello ha provocado, además de los múltiples beneficios individuales y sociales que se proyectan en una mejor calidad de vida en términos generales, una nueva fuente de riesgos para los bienes jurídicos más relevantes en orden al mantenimiento de la coexistencia de la comunidad. Con la aparición de las nuevas tecnologías, han surgido modernas manifestaciones de la criminalidad clásica que encuentran un vehículo de mayor facilidad de perpetración e impunidad (así, criminalidad patrimonial) e incluso otro tipo de delincuencia desconocido hasta ahora (así, conductas de sabotaje informático). Todo lo cual es causa de unos nuevos problemas político-criminales que no pueden ser resueltos con los mecanismos tradicionales del Derecho Penal clásico. Pasamos, por tanto, a examinar los últimos epígrafes de esta monografía bajo los parámetros apuntados.

1. REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y DE LAS COMUNICACIONES, EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD Y TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO

La Revolución Industrial transformó el modelo económico y el modelo social de su tiempo. El concepto de riqueza del sistema feudal venía impuesto por la titularidad de la tierra, y la población se estructuraba bajo las condiciones del entorno agrario. Con la Revolución Industrial, ese concepto de riqueza sufre una notable variación, ahora viene fijado por la propiedad de los medios de producción. La industria desplaza a la agricultura como presupuesto fundamental del sistema económico y las grandes ciudades van ganando terreno a las áreas rústicas, constituyéndose en los núcleos de población más relevantes. A partir de la Segunda Guerra Mundial, se produce otra revolución, la revolución tecnológica y de las comunicaciones. En este momento nos encontramos en pleno proceso de cambio, nos dirigimos hacia un nuevo modelo social, de tal forma que todavía es pronto para llevar a cabo una completa evaluación de las consecuencias de esta transformación.

Se ha dicho, y con razón, que más de la mitad de los productos que consume actualmente la humanidad eran desconocidos antes de la Segunda Guerra Mundial. La investigación científica avanza vertiginosamente, de tal forma que es difícil tomar conciencia hoy en día de los nuevos inventos, de los nuevos descubrimientos, de los nuevos avances. Ahora ya no es más rico el que más tierras posee, ni el que es titular de más talleres o fábricas… Es más poderoso quien más información puede manejar. El sistema de comunicaciones ha experimentado, merced a la aparición de medios como la radio, la televisión, el teléfono y el ordenador, semejante progreso, que ha afectado notablemente a la vida particular de cada uno de los ciudadanos, y a todas las estructuras sociales e institucionales. Ahora el poder de los países, por tanto, se mide atendiendo al nivel de desarrollo en el marco de la investigación tecnológica y de su sistema de comunicaciones. Sin duda, esta situación ha provocado a su vez una notable transformación de la propia estructura económica e ideológica del nuevo Estado.

En el plano económico, las transacciones se multiplican y se perfeccionan en tiempo real, pues el teléfono, el fax, el correo electrónico y otros similares acercan a las partes del negocio, por muy alejadas que se encuentren. Al multiplicarse el número de operaciones, se generan más posibilidades de beneficios, y se crean y desaparecen con gran frecuencia empresas y todo tipo de operadores económicos. Esto determina que el sector financiero vaya adquiriendo con el tiempo mayor notoriedad, y que el sistema bursátil cimiente los pilares de las economías de los países de la órbita occidental. Es más, esa inmediatez en la obtención de la información y en la respuesta a los mensajes de los correspondientes interlocutores, establece que vayan borrándose con mayor frecuencia las fronteras nacionales. Se puede decir así que la bolsa de Madrid se encuentra en un alto grado de dependencia respecto de la de Nueva York o la de Tokio.

Las políticas económicas, por tanto, son cada vez menos autónomas en manos de los correspondientes gobernantes, y dependen cada vez más de la coyuntura internacional, de las directrices de organizaciones como el Fondo Monetario Internacional o, en nuestro caso, de las instituciones comunitarias de la Unión Europea.

Modernas tecnologías y sistemas de comunicación son responsables, por tanto, de un fenómeno que tiende cada vez más a la homogeneización del mundo, y que se conoce ahora, modernamente, bajo el sustantivo de "globalización". Dicha homogeneización afecta al ámbito económico, pero también, claro está, al ideológico. Aquí quisiera hacer unas breves precisiones.

Uno de los puntos fundamentales que tradicionalmente ha dividido a la derecha de la izquierda política ha sido el modelo económico propugnado en los planos teórico y práctico (liberal de economía de mercado, en el primer caso; intervencionista en el segundo). Con la internacionalización de la economía, y también con la fuerte implantación de las multinacionales en los centros de poder de decisión, los gobiernos conservadores y progresistas cuentan con un menor margen de maniobra. Las fórmulas económicas empleadas cada vez son más parecidas. Y esto conduce a su vez, a que se fortalezca el mensaje que pone el acento en las directrices de carácter técnico, que impiden un discurso sobre las posibilidades de un cambio orientado políticamente. El Banco Central Europeo, el FMI y otras instituciones ordenan una determinada forma de gestionar los gastos y los ingresos de los Estados, y las fórmulas propuestas vienen determinadas por criterios "científicos", indiscutibles para el profano…

De ello se deduce que la nueva ideología del Estado del Siglo XXI vaya siendo más homogénea. Se hace más difícil distinguir los mensajes de la derecha y de la izquierda. Los grandes partidos políticos se acercan paulatinamente al centro. Esa nueva ideología está teñida, como todo lo que atañe a los tiempos en que se desarrolla, de argumentos tecnológicos, de argumentos trasladados del laboratorio de los científicos. Es la ideología "cientifista", dominada por los técnicos, que conocen el lenguaje y los métodos de gestión del Estado, incomprensibles para los ciudadanos normales, y, por ello, sustraídos de cualquier discurso crítico. De esta forma, los mensajes políticos son menos utópicos, y están más influidos por criterios macroeconómicos, por propuestas de soluciones rápidas y eficaces, por la coyuntura de la práctica. La política se convierte así en administración y gestión de los asuntos públicos en materia de cuestiones complejas, sin una base ideológica "fuerte", como era la imperante durante el primer tercio del siglo pasado. La política estatal se va asemejando a la forma de dirección de una gran empresa.

Relacionado con lo dicho hasta aquí, quisiera seguir destacando otras transformaciones que se producen en la denominada sociedad de la información o del conocimiento, y que nos conducen, a su vez, a una nueva visión del Estado. Se habla de un fenómeno de globalización económica y cultural, lo cual determina procesos de homogeneización en la esfera de toma de decisiones de las

políticas económicas de los Estados y una imposición cada vez más acusada de los valores, modos y formas de concebir el mundo propiamente occidental. Ello ha propiciado una vertiginosa movilidad de los capitales, de los bienes y de las personas, movilidad que cada vez se ve menos limitada por las fronteras nacionales. La moderna sociedad de la información se caracteriza, de igual forma, por un continuo y progresivo avance del conocimiento científico y tecnológico, y de ahí se deriva que las formas de vida sean cada vez más complejas en un mundo cibernético dominado por la informática y la microelectrónica. Estamos, pues, en la era de Internet, en la era del ordenador, del teléfono móvil, del fax, de la televisión parabólica, de las agendas electrónicas… La etapa industrial queda cada vez más lejana. También nos encontramos en el periodo de la información. Nunca antes hubo tantos canales que nos ofrezcan todo tipo de noticias e información de toda índole como ahora. La información aparece así como un nuevo bien altamente estimable. La complejidad del manejo de los procesos para recibir y emitir esa información, impone que el ámbito laboral evolucione exigiéndose ahora a los nuevos operarios una mayor preparación técnica. Los procesos de formación del individuo tienen ahora mayor relevancia… Todo ello ha provocado la implantación de una nueva cultura, la cultura de la pantalla. En los ámbitos laboral, profesional, personal y cultural, cada vez pasamos más tiempo delante del ordenador, delante del celular, delante de la agenda electrónica, de la máquina de video-juegos, de la televisión, etc. Esa cultura de la pantalla, que se desarrolla no en un espacio físico real, sino en un mundo de representaciones, como es el ciberespacio, se superpone a la cultura interpersonal y a la cultura del libro.

Todo lo anterior explica ese fenómeno de homogeneización de la ideología, de las modas, de las tradiciones y de las costumbres, de las formas de vida, de la cultura… A través de la televisión parabólica, a través de Internet, a través del teléfono, tal y como acabamos de ver, se ponen en comunicación modos de vida y concepciones del mundo que van imperando a lo largo del planeta Tierra. Esa visión de la existencia ya no conoce fronteras ni límites en su expansión, y crea lazos, anhelos, expectativas e ilusiones entre pueblos y sociedades muy distintas. Como toda revolución social, la revolución tecnológica y de las comunicaciones acarrea, por tanto, ventajas e inconvenientes derivados de esa homogeneización.

La cultura, la diversión, el contacto entre los seres humanos se extiende con una gran facilidad y ello coadyuva al aumento de la felicidad de los hombres y al progreso de los pueblos, además de los aspectos positivos que se derivan de las relaciones económicas (ya resaltados). Las ideas progresan con mayor libertad, incluso dentro de Estados autoritarios o totalitarios, porque las modernas tecnologías difícilmente son susceptibles de blindarse con la censura (así, no se pueden poner límites en Internet ni tampoco en la televisión parabólica o por cable).

La relevancia de las nuevas tecnologías de la información y su poder de convocatoria se ha revelado desde finales del 2010 en las revoluciones y protestas acaecidas fundamentalmente en los países árabes. El fenómeno comenzó en Túnez y continuó por Egipto, Libia, Yemen, Arabia Saudí y otros Estados. En los dos primeros mencionados, las protestas populares acabaron con los respectivos gobiernos autoritarios. Las manifestaciones masivas de las respectivas poblaciones se rebelaban contra las pésimas condiciones de vida, contra el autoritarismo de los gobernates y la consiguiente falta de libertades democráticas. La rápida propagación de este movimiento social y sin líderes precisos fue facilitada por las informaciones y comunicaciones a través de las redes sociales en Internet, el uso de teléfonos móviles, la emisión de programas de radio y televisión y otras formas similares. Es casi seguro que de no haber existido estas tecnologías de la información y de la comunicación, no se hubieran extendido los nuevos valores democráticos ni las formas de protesta entre la población de estos países, factores decisivos en el desarrollo de esta peculiar y relevante revolución social.

Se respeta más el individualismo de la persona, aumenta la libertad de expresión, fluye una mayor información y los procesos de manipulación sectarios encuentran siempre obstáculos impuestos por otros modelos y concepciones en sentido opuesto. Todo ello frena los fenómenos de encapsulamiento nacionalista en los individuos y en los grupos, y se crea un sentimiento de pertenencia a la comunidad internacional, de ser un ciudadano del mundo. Se comprenden de esta forma otras cosmovisiones de la existencia humana, lo cual supone un beneficio en favor de la cultura y de la tolerancia de los seres humanos, frenándose las tendencias racistas, xenófobas y de discriminación.

Por supuesto, la calidad de vida adquiere una nueva dimensión positiva en todos los ámbitos. Es más fácil hacer amistades y mantenerlas, es más fácil establecer la comunicación con parientes que se encuentran en puntos muy lejanos. Existen innumerables posibilidades de encontrar un espacio de ocio (por ejemplo, navegando por Internet). Las condiciones laborales mejoran en gran medida en muchas profesiones. Se producen avances en la entrega y recepción de información, en la ciencia, en la medicina… Una correcta utilización de las nuevas tecnologías, contribuye al bienestar individual y social, contribuye a evitar sufrimientos y a aumentar la felicidad de los seres humanos.

Pero esta nueva sociedad de la información también plantea otros retos y una transformación del Estado que, en ocasiones, revela no pocos aspectos negativos.

En la medida en que se generaliza la utilización de redes informáticas, del uso del ordenador personal, del teléfono móvil, del fax y de otro tipo de artefactos relacionados con la información y comunicación, existirá una gran masa de ciudadanos que no podrán acceder a esa tecnología, bien por condiciones sociales que les dificultan su manejo y aprendizaje (personas de avanzada edad, por ejemplo), bien por carecer de los medios económicos y de la instrucción suficiente para ello. Esa masa de excluidos queda al margen de los nuevos beneficios

de la era informática, son los nuevos marginados. Y este es un reto del nuevo Estado, cómo poder generalizar, extender a toda la población, la posibilidad de utilización y aprovechamiento de los nuevos instrumentos tecnológicos, cómo evitar la eventual fractura social entre los que acceden a los nuevos inventos telemáticos y los que quedan excluidos.

Se fomenta un fuerte individualismo ideológico, en el que predomina el relativismo de los valores y la ausencia de sólidas constelaciones ideológicas a las que pueda aferrarse el ciudadano. Evidentemente, ello potencia la libertad individual, pero genera déficit de conciencia de solidaridad, de tutela de valores colectivos, de lucha por la justicia social.

2. LAS NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD Y LOS RETOS DEL DERECHO PENAL DE LA TERCERA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

En el apartado anterior se ha analizado la relación existente entre la aparición de las nuevas tecnologías y su incidencia en la moderna sociedad y en la transformación del Estado. Ahora me interesa destacar, a título de presentación (pues la problemática es mucho más profunda que la exposición realizada en la presente obra), las diversas formas de criminalidad que ha provocado el uso y abuso de esas tecnologías de la información. Se llevará a cabo, por tanto, un recorrido por los distintos hechos delictivos que se perpetran en el marco de la informática y del uso de todo tipo de redes y ordenadores. Se estudiarán las causas de su aparición y sus perjudiciales consecuencias en el marco de la sociedad de la información. Y, paralelamente, se expondrán y valorarán las medidas político-criminales establecidas por los poderes públicos para hacer frente a estas nuevas formas de criminalidad. No voy a entrar ahora en la distinción entre delincuencia informática propiamente dicha, y delincuencia perpetrada a través de medios informáticos. Esa distinción puede tener su razón de ser en otros ámbitos, pero aquí no sugiere ningún interés relevante.

Hemos visto que las modernas tecnologías contribuían a un fortalecimiento de la libertad de expresión, que en ámbitos como Internet no cuenta con límite alguno. Pero en la misma medida en la que se produce una extensión de esta libertad ideológica, se constriñen derechos como el honor y la intimidad. Las últimas técnicas informáticas de acopio de información posibilitan que nuestros datos personales se encuentren en manos de muchas empresas, de muchos particulares y de algunas administraciones públicas. En la era de las telecomunicaciones, todos estamos más vigilados. Todos estamos más controlados…

Al aumentar exponencialmente y en tiempo real el número de relaciones económicas y personales, los ciudadanos necesitan recurrir, cada vez con mayor frecuencia, a signos de representación que reflejen su voluntad en la realización de los correspondientes actos jurídicos y mercantiles. Esto provoca conductas de

ilicitud que persiguen suplantar fácilmente esas voluntades para sustituir al titular en el beneficio de los correspondientes derechos. Los fraudes en tarjetas de crédito, los fraudes en las claves de acceso a determinadas cuentas electrónicas, o la manipulación de la denominada firma informática, crean muchos atentados a intereses materiales legítimos que circulan por las redes informáticas, por los cajeros automáticos, por los sistemas telemáticos laborales y profesionales, etc.

Aparte de las agresiones al patrimonio económico y moral de los sujetos afectados, ello despliega cierta desconfianza que conduce de manera progresiva a la despersonalización de los sujetos que se diluyen en el anonimato creado por millones de usuarios invisibles.

Ese anonimato de los usuarios de las redes informáticas, también determina que algunos aprovechen el desconocimiento público de su identidad para hacer valer sus instintos más perversos. Internet es un mundo de sueños hecho realidad, pero también en su universo podemos encontrar las más terribles pesadillas. Es un vehículo de transmisión de pornografía infantil. Grupos racistas y xenófobos de la peor calaña encuentran ahí un lugar adecuado para verter sus mensajes que instigan al odio, a la violencia y a la discriminación racial. Las organizaciones terroristas emplean sus múltiples puertas para conectar unos comandos con otros, o asociarse y colaborar con diferentes bandas armadas para alcanzar sus fines de terror. Tráfico de órganos, vídeos que trasmiten torturas y asesinatos de seres humanos, y otras escenas que sólo son imaginables en las mentes más depravadas, pueden encontrarse en distintos portales de la red de redes. También se transmiten virus, se destrozan bases de datos, se atacan los sistemas de seguridad de grandes compañías e instituciones estatales, se realizan transacciones económicas suplantando a sus titulares… Esta nueva criminalidad ha sido creada o fomentada por las nuevas tecnologías.

En este sentido, hay que señalar, en primer lugar, que en estos nuevos mecanismos de procesamiento de información y de comunicación, siguen subsistiendo ciertas conductas delictivas clásicas. Los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas siguen perpetrándose en ámbitos como los cajeros automáticos de bancos y cajas de ahorro. Aquí las particularidades más relevantes han consistido en determinar la tipicidad de la figura delictiva a aplicar cuando se utiliza ilícitamente una tarjeta sustraída o extraviada con la intención de apropiarse de los fondos de la cuenta corriente de su titular. Estas consideraciones llevaron al legislador a incluir dentro del concepto de llave falsa, para determinar el hecho como robo con fuerza en las cosas, por ejemplo, a las tarjetas magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar (art. 239 del C. p. español). Con posterioridad, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio ha tomado en consideración estos supuestos y los tipifica dentro de las estafas, en el art. 248.1, letra c ("… los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero").

Otros delitos patrimoniales clásicos, como la estafa o la apropiación indebida, pueden perpetrarse perfectamente a través de mecanismos fraudulentos utilizados en una red informática. La oferta de un producto o un servicio, realmente inexistente, a cambio de dinero, o la apropiación de una mayor cantidad de la estipulada a la hora de hacerse el cobro por medio de los datos de una tarjeta de crédito, podrían incardinarse perfectamente dentro del ámbito típico de esos clásicos delitos de estafa o apropiación indebida.

Sin embargo, mayores dificultades representan aquí comportamientos de injerencia que logran realizar un traslado patrimonial ilegítimo. A través de Internet, por ejemplo, logramos introducirnos en una página Web de una compañía aérea, y con unos especiales conocimientos informáticos, emitimos ilícitamente un billete de avión a nuestro favor, sin contraprestación alguna. Para castigar por delito de estafa con arreglo a los criterios tradicionales, es necesario que el comportamiento defraudatorio engañe y produzca un error en una persona, y no en una máquina. Ha sido necesario, por tanto, que el legislador llevase a cabo un esfuerzo por adaptar la Ley a las nuevas formas de violación de bienes jurídicos patrimoniales que se producen a través de medios informáticos. En el caso del texto punitivo español de 1995, por ejemplo, se crea una figura nueva que pretende evitar una laguna punitiva por falta de tipicidad. De esta forma, el art. 248. 2 (actual art. 248. 2, letra a) creó el delito consistente en conseguir, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

En ese ámbito de la informática, se producen nuevos comportamientos que eran impensables, por inexistentes, hace tan sólo veinte años. Hemos señalado que las nuevas tecnologías aportan nuevas fuentes que nos facilitan y nos hacen más agradable nuestra existencia. Es posible consultar nuestro saldo de una cuenta bancaria desde cualquier cajero automático o desde nuestro ordenador personal en nuestra propia casa. Es posible acceder a todas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, y delimitar la jurisprudencia en una determinada materia en escasos minutos, tarea que hace unos años podía llevarnos semanas o meses enteros. Es posible organizar y centralizar toda la seguridad exterior de un Estado a través de complejos programas informáticos. Pero todo ello también conduce a que, abrigados por el anonimato que provoca la existencia de millones de vías de comunicación existentes en el espacio cibernético, aparezcan determinados sujetos, con grandes conocimientos informáticos, que persigan introducirse en lugares cuyo acceso les está prohibido, o que deseen destruir costosas bases de información, o romper las barreras de seguridad establecidas por un todo un Estado. Aparecen así las conductas de los denominados "piratas informáticos" o "saboteadores informáticos", o simplemente "hackers", como se les denominó en un principio (hoy en día, sin embargo, se suele distinguir entre la figura del "hacker" y la del "cracker", tal y como expondré más adelante).

La criminalidad informática en sentido estricto, pues, vendría determinada por estos comportamientos de sabotaje por computación. El rompimiento de las barreras de seguridad, el acceso a datos sensibles de personas e instituciones, el daño provocado a cientos o miles de archivos, la destrucción de bases de datos, o de programas son algunas de las conductas que se llevan a cabo, sobre todo, a través de la Red. Especialmente graves son los supuestos de creación de *virus informáticos,* unos programas que se transmiten a través de Internet, que se extienden como una plaga, destruyendo archivos, documentos, programas y sistemas, hasta tal punto que el número de afectados puede llegar a ser incalculable. También se pueden ocasionar graves trastornos en el funcionamiento de los equipos de computación mediante el bombardeo constante de datos a través de determinadas técnicas muy depuradas.

En estos casos, la evaluación de los daños ocasionados no se puede medir atendiendo exclusivamente al valor económico del dato, del archivo, del sistema o del propio ordenador, sino que, por el contrario, se ha de tener presente la pérdida funcional real que supone el elemento destruido en relación con el conjunto de actividades que venía a desempeñar y en relación con los perjuicios ocasionados en el conjunto del sistema en el que se hallaba integrado. Y ocurre que, frente al menoscabo material que venía determinando hasta ahora la existencia del propio delito de daños, en los supuestos de sabotaje informático, esa lesión material de la cosa no es tan relevante. El deterioro sufrido por los programas y sistemas informáticos atenderá más bien a la alteración o pérdida de la función a la que estaba destinada a desempeñar, o lo que es lo mismo, consistirá en un menoscabo en relación con la correcta operatividad del sistema, que puede redundar en ulteriores perjuicios de otros bienes de los que dependen directamente. Así, por ejemplo, la destrucción del sistema informático de gestión de servicios de un hospital afectará a la propia red informática interna del mismo, a las pérdidas ocasionadas por el mal funcionamiento del fluido eléctrico, agua, calefacción, etc., a los trastornos en la atención de los enfermos por pérdida de los datos de visitas, historial clínico, y similares.

Frente a estas situaciones, evidentemente, se actúa con programas anti-virus y otros que pretenden proteger los correspondientes sistemas o tratar la infección y los daños causados para restablecer la operatividad de aquéllos. También se han creado divisiones en la Policía Nacional, en la Guardia civil y en las correspondientes Policías Autonómicas, que se han especializado en criminalidad informática, e intentan seguir la pista a los saboteadores. Pero la investigación criminal resulta altamente complicada, por la gran habilidad de estos sujetos para no dejar huellas de su huida en el ciberespacio, para protegerse en el anonimato. Y aun cuando fuese posible determinar la identidad del sujeto o de los sujetos responsables, las autoridades se enfrentan ante el problema de la competencia territorial para aplicar la ley penal del país que sufre estos ataques… Pero al final del presente tema, volveré sobre estos interesantes aspectos de dificultad de aplicación de la ley penal en el marco de la criminalidad informática.

Desde el Derecho Penal sustantivo, el Código penal español de 1995 ha creado una figura específica para atajar estos supuestos de delincuencia destructiva de archivos, programas y sistemas. Así, entre los delitos de daños, en su art. 264. 2, se tipificó un delito específico de sabotaje informático cuando la cuantía de lo destruido superaba los 300 €, consistente en destruir, alterar o inutilizar por cualquier medio o dañar de cualquier otro modo los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos. La Ley Orgánica 5/2010 ha modificado esta figura delictiva eliminando la cuantía económica del daño y sustituyéndolo por la referencia a que el perjuicio sea grave, introduciendo, además de los supuestos de daños informáticos, los casos de obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema informático.

La fórmula, que al menos crea la tipificación de una conducta altamente lesiva, adolece de algunas insuficiencias destacadas por la doctrina especializada en estos temas. La consideración del delito de sabotaje informático como una especie del de daños, cuya tutela del bien jurídico se incardina dentro de aquellos que protegen el patrimonio, no parece muy acertada. Pues la realidad cotidiana demuestra que el caudal de perjuicios individuales y sociales que se producen a través de agresiones indiscriminados a los componentes básicos de contenido y de funcionamiento de las redes informáticas, arrastra algo más que a los aspectos particulares del patrimonio ajeno. Cuando los piratas informáticos lanzan ataques diseñados bajo una determinada estrategia con el fin de destrozar el sistema de seguridad de un país, o con la pretensión de bloquear los dispositivos que controlan un aeropuerto, o con el objetivo de destruir indiscriminadamente (cuantos más, mejor) los discos duros de ordenadores personales a través de virus que se propagan mediante el uso del correo electrónico, parece que estamos ante "algo más" que menoscabos a la propiedad ajena. De ahí que, determinados comportamientos de sabotaje informático que afectan a una generalidad, a un relevante e indeterminado número de usuarios, puedan incardinarse, del mismo modo, en conductas similares a los estragos o desórdenes públicos. Siguiendo el ejemplo del Código penal español, estos comportamientos lesivos que afectan a una colectividad pueden perseguirse, en concurso ideal con los particulares daños perpetrados a los individuos perjudicados, a través del art. 560. 1, el cual castiga a quienes causaren daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal.

Uno de los perjuicios patrimoniales más relevantes que se producen en la Red, viene determinado por la facilidad de copiar y reproducir ilegítimamente productos y servicios amparados bajo la tutela de los derechos de propiedad intelectual. Aquí existen varias conductas que, merced a la eficacia de las nuevas tecnologías, pueden provocar un efecto multiplicador de incalculables consecuencias en relación con el número de personas que ilícitamente se benefician de éstas, y en relación con los perjuicios irrogados a los autores de la obra intelectual y a las personas y empresas que coadyuvan de uno u otro modo a su creación.

Evidentemente, cuando hay autorización del autor o de los titulares de la obra artística, tecnológica o científica, no se plantea problema alguno. La red se convierte en un vehículo de publicidad y de conocimiento de primer orden y el sujeto puede divulgar sus trabajos e investigaciones con una gran facilidad y con apenas coste alguno. Podemos, de esta forma, dar a conocer un libro que quedaría oculto de otra forma. Podemos exponer nuestros cuadros, nuestras fotografías, nuestra música. Podemos presentar nuestros inventos y ensayar nuestros programas informáticos. Las nuevas tecnologías nos permiten todos estos privilegios, impensables hace poco más de una década. El conflicto aflora, sin embargo, cuando no existe una autorización al respecto, cuando se exhibe, se copia y se reproduce la correspondiente obra sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual o industrial, en su caso. Aquí se produce un efecto multiplicador que viene provocado por la existencia de esa capacidad técnica de los nuevos instrumentos de comunicación, y que otorga una nueva dimensión tanto a los beneficios que se crean como a los perjuicios que se irrogan. De esta forma, comportamientos que en otros ámbitos carecen de una mínima lesividad, en el marco de una página Web pueden menoscabar gravemente los legítimos derechos de sus titulares.

Veamos un sencillo ejemplo comparativo. En cualquier biblioteca pública, se encuentran a disposición del particular todos los libros para que puedan ser leídos y consultados. El usuario puede llevarse cualquier ejemplar a su casa, y eventualmente, fotocopiarlo parcialmente para su uso propio. Incluso es posible que en la misma biblioteca se encuentre la fotocopiadora que puede ser utilizada para reproducir parcialmente el libro elegido. Mientras que el lector obtenga esa copia para su propio uso, no habrá perjuicio alguno para los titulares de los derechos sobre ese libro, sea el autor, sea la editorial o ambos. Tampoco existirán mayores inconvenientes si otros eventuales lectores se interesan por obtener algún capítulo por el mismo método y con idéntica finalidad. Pero la cuestión cambia notablemente cuando idéntico comportamiento se produce en la Red. Pues entonces ya no se trata de un único o de unos cuantos usuarios. Los que llevan a cabo la copia pueden ser miles o millones. Si no hay autorización para que se exponga el libro en cualquier portal de Internet, las posibilidades de copia, reproducción e incluso plagio de la correspondiente obra se multiplican exponencialmente. Y este sencillo ejemplo que se acaba de exponer, puede ser trasladado a cualquier otro campo de las ciencias, de la tecnología, de las artes y de las letras. Programas informáticos, inventos, modelos de utilidad, películas cinematográficas, obras de arte diseñadas por ordenador, libros, investigaciones y música son objeto de "piratería", es decir, de copia y reproducción ilegítima, constantemente.

Mención específica merece el caso de reproducción de obras musicales. Hay que tener presente que los portales más visitados en Internet suelen ser los que ofertan audiciones de música, con o sin vídeos incorporados, incluso por encima de aquellos otros con contenido sexual, que siempre estuvieron a la cabeza de

los gustos de la mayoría de los internautas. El famoso caso Napster puso de manifiesto los graves peligros que se pueden generar para la propia existencia de toda la industria musical de las grandes multinacionales del mundo.

En 1999 se creó la empresa Napster. Para su funcionamiento se utilizaba un servidor central, esto es, un sistema que proporciona recursos e información a los usuarios de la red conectados al mismo mediante una pequeña aplicación informática distribuida de forma gratuita a través de la Red. Ello permitía el intercambio de archivos de audio (como he dicho, de forma gratuita). El resultado real al que se llegó era que cualquier internauta podía conseguir, sin pagar derecho alguno, cualquier canción para su disfrute personal. La moderna tecnología permitía también grabar esa música en un disco compacto (CD) a gusto del consumidor, y por supuesto, vender cientos o miles de copias "piratas".

La utilización de Napster por miles o millones de usuarios hizo temblar a la industria discográfica, que pronto vio el enorme peligro que entrañaba esta idea. La aparición de las grabadoras de CD y de DVD aumentó la alarma en esa industria discográfica, que veía progresar las conductas de copia y reproducción ilegal a gran escala, con la pérdida económica que ello representaba. Napster fue llevada ante los tribunales por las multinacionales de la música, acusada del quebrantamiento de toda ley en favor de la propiedad intelectual de las obras de sus artistas, aunque tampoco se ocultaba el inicio de un difícil periodo con pérdidas de miles de millones de dólares. Finalmente, después de largos y complejos procesos judiciales, comenzó el fin de Napster, pues la Justicia determinó el bloqueo de todo intercambio gratuito de canciones sujetas a derechos de autor. Ahí acabó Napster, pero no la idea que suscitó nuevas empresas que tuvieron presente las causas tecnológicas y jurídicas que acabaron con este fenómeno.

La industria discográfica, apoyada por la cinematográfica y esta otra de programas informáticos, ha ganado una gran batalla frente a las actuaciones de determinados portales que posibilitaban una copia y reproducción gratuita de todo tipo de canciones sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, casos como el de Napster han creado una nueva filosofía en la red denominada *"Peer to Peer",* de igual a igual, que fomenta la actividad entre los internautas de intercambio de archivos y programas, con posibilidades de copia y reproducción ilimitada y gratuita. Esta nueva filosofía pretende crear un entorno en el cual miles, o incluso millones de usuarios, mediante una pequeña aplicación informática, se intercambian información de unos a otros, de particular a particular, de igual a igual, tejiendo así una red de comunicación paralela a la que conforma la World Wide Web (www). Y ello parece inevitable, por muchas demandas judiciales que se planteen contra aquéllos que elaboren estas nuevas plataformas de la información.

Algunas soluciones se han esbozado para proteger los legítimos derechos de propiedad intelectual. Se establece un canon que grava la fabricación de los discos compactos vírgenes (aunque esta solución tiene contados sus días, dado que ha sido puesta en tela de juicio por los organismos oficiales de la Unión Eu-

ropea). Se paga un precio por canción emitida en las radios que funcionan en la Red. Incluso se crean sistemas de protección de programas originales o de música que pueden destruir el sistema central de un ordenador o de una grabadora si se intenta copiarlos ilícitamente. Algunos creen que la política comercial de las grandes multinacionales debería cambiar, en el sentido de bajar los precios de sus productos que están muy por encima de las posibilidades económicas de muchos de sus demandantes…

En España, uno de los países con mayor número de descargas no autorizadas en la Red, se ha regulado parcialmente esta actividad mediante la discutida "Ley Sinde". Dentro de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y después de una tramitación parlamentaria llena de controversias y obstáculos, se incluyó la disposición final cuadragésimo tercera en el texto definitivo (la denominada Ley Sinde) relativa a la regulación de las descargas de contenidos en Internet y la protección de la propiedad intelectual. De esta forma, la norma crea una comisión de propiedad intelectual que examina las denuncias contra páginas web en Internet de descargas no autorizadas de contenidos. Dicha comisión está facultada para cerrar los entornos de Internet declarados ilegales, pero dicho cierre requiere la autorización judicial. Esta ley ha provocado una gran polémica entre Gobierno, los autores de contenidos de propiedad intelectual y las empresas vinculadas a ellos, y los usuarios de la Red.

En el ámbito penal, el problema no radica en la existencia de la figura legal que sanciona el comportamiento prohibido. Pues ahí existen previsiones legales en la mayoría de los países. El Código penal español, en su art. 270, tipifica de forma muy amplia el comportamiento que consiste en, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. Incluso se llega a castigar con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador. El problema reside en la persecución de estos comportamientos en la Red, cuestión que será abordada al final del presente tema.

Uno de los peligros más relevantes que se derivan de la aparición de las nuevas tecnologías se manifiesta en el ámbito de la intimidad de la persona. Con la capacidad de almacenamiento de datos que ahora presentan los discos duros de los ordenadores, los discos compactos, DVD, discos Zip, dispositivos de almacenamiento de USB, discos duros externos y otros similares, con una pequeña inversión en productos informáticos cualquier empresa puede recopilar información de miles o millones de personas. Y ese tipo de información se almacena, se compra y se vende. No siempre el ciudadano es consciente de la cantidad de

noticias sobre su vida, sobre su existencia pasada y presente, sobre su profesión y sobre su familia que están en posesión de terceros, los cuales trafican o pueden traficar con esos datos. Por supuesto, que existe protección legal para que podamos ejercer el derecho a controlar todo ese material que afecta a nuestra vida privada, pero lo cierto es que la sociedad de la información no puede garantizar una tutela siempre eficaz de nuestra esfera de intimidad. Estos problemas se agudizan cuando nos constituimos en usuarios de Internet.

Así, los proveedores de acceso a la Red utilizan los denominados archivos "logs" que le aportan información sobre actividades del usuario que van descubriendo su perfil: Cuándo éstos realizan la conexión, con qué frecuencia, qué servicios visita, quién es el destinatario de sus mensajes, etc. De forma similar, los denominados "cookies", archivos que envían los portales visitados o consultados por el usuario y que se fijan en el disco duro de su ordenador, obtienen una imagen de la personalidad del visitante: "El envío sucesivo de *cookies* y su conservación permite al web emisor de las mismas obtener una fotografía digital del usuario, rastreando sus gustos o preferencias, costumbres, entretenimientos, etc." (MORALES PRATS).

Especial atención merece el fenómeno de la masiva generalización del uso del correo electrónico a través de la Red. El E-Mail supone ahora un medio de comunicación interpersonal tan relevante (o más) que el propio correo postal, el telegrama o el teléfono. De forma instantánea, podemos dejar nuestros mensajes a nuestros destinatarios en cualquier parte del mundo. Podemos intercambiar todo tipo de archivos y de información (documentos de trabajo, obras literarias, fotografías, música, etc.). Se utiliza tanto en el ámbito profesional como en el más estrictamente personal. Y, en todo caso, el contenido de nuestros mensajes goza, en principio, de una total protección de su confidencialidad. No obstante, el correo electrónico adolece de una fuerte vulnerabilidad en cuanto a las posibilidades técnicas de tutela real del contenido de los mensajes enviados y recibidos. Las posibilidades de control y vigilancia de nuestro personal sistema de comunicación por parte de un especialista que quiera interferir en nuestra intimidad, son muy elevadas. Y, de igual forma, resulta muy difícil percibir esa injerencia tanto por parte del emisor como por parte del receptor del correspondiente E-Mail.

Ante estos nuevos riesgos para la intimidad personal, caben distintas soluciones de naturaleza técnica. El establecimiento de servidores intermedios permite preservar la identidad del remitente. También existen programas anti-espía que rechazan los archivos enviados al disco duro del ordenador del usuario, evitando así que se vaya "fotografiando" la información que éste va acumulando. En materia específica de protección de la intimidad del correo electrónico, parece que la técnica que más garantías ofrece es la utilización de mensajes cifrados, la denominada criptografía. Claro, que entonces se asegura la privacidad de la correspondencia de los usuarios en el ciberespacio, pero la policía y la Justicia encuentran muchos obstáculos para investigar las actuaciones delictivas que se

perpetran a través de la Red. Aparece, una vez más, ese conflicto entre respeto a ultranza de las libertades individuales y pretensión de mantenimiento de unas condiciones mínimas de seguridad ciudadana que exigen una mayor eficacia en la lucha contra el crimen. En los EE. UU., la prioridad en los últimos tiempos parece venir del lado del fortalecimiento de una política de orden público, aun a costa de los derechos individuales. En Europa, en cambio, la preocupación se encuentra en el establecimiento de las garantías suficientes para preservar los datos personales y familiares dentro de la esfera de la vida privada del ciudadano. De hecho, en la mayoría de los Estados de la Unión Europea se han ido creando específicas leyes de protección de datos que persiguen limitar la actividad de instituciones públicas y privadas, empresas y particulares en relación con la obtención, acopio y utilización de noticias e informaciones de los individuos que puedan formar parte de su esfera de confidencialidad. Incluso se están haciendo esfuerzos para conseguir una armonización legislativa al respecto en colaboración con relevantes empresas del sector de la informática, a fin de conseguir una mayor fiabilidad de la privacidad de las comunicaciones de los usuarios.

En España, el Código penal de 1995 protege de forma bastante extensa el derecho a la intimidad, y, como no podría ser de otra forma, si su contenido se vierte a través del correo electrónico, aquél también queda cubierto. El art. 197, en sus dos primeros números, tipifica como delito las formas más graves de atentado a la intimidad y a la esfera de secreto de una persona, y se realizan específicas referencias a las nuevas tecnologías. Así, se castiga al que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación. Y de igual forma, también castiga a quien, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se imponen a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Aunque en un principio hablamos de "hacker" como "pirata informático", como "saboteador", hoy en día se distingue esta figura del "cracker". El primero intenta hacer valer sus conocimientos informáticos introduciéndose en redes y ámbitos prohibidos, rompiendo con las claves de seguridad para demostrar su valía y capacidad. Con carácter general, el "hacker" no desea destruir archivos o programas, ni interferir en el buen funcionamiento de un determinado sistema, tan sólo pretende simplemente demostrar que para él no hay barreras, y que puede entrar en cualquier lugar del ciberespacio que él desee. En cambio, el "cracker" es la persona que persigue dañar e infectar el software de ordenadores

y redes. Crea virus informáticos con la pretensión de alterar y destruir bases de datos y sistemas. Busca romper las barreras establecidas por los programas de seguridad con el fin de acabar con todo lo que encuentre a su paso.

En la primera regulación del Código penal de 1995, la conducta del hacker, a lo sumo, podría incardinarse entre los delitos contra la intimidad (y aun así, ello era discutible). Con posterioridad, el apartado 3 del art. 197 incrimina esta conducta cuando castiga a quien por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo.

El comportamiento del cracker, sin embargo, entra de lleno, como se pudo apreciar con más detenimiento en párrafos anteriores, en los delitos de daños informáticos o incluso estragos o desórdenes públicos.

Internet se ha constituido en uno de los medios en los que con mayor libertad se puede expresar todo tipo de idea, pensamiento, aptitud, diversión, afición, arte o ciencia. Hoy por hoy, la navegación dentro del ciberespacio no conoce más reglas que las que imponen los proveedores y servidores y los mismos usuarios. Esto comporta la gran ventaja y la gran tragedia de la Red.

Como ya se señaló en la introducción, utilizando un buscador apropiado, podemos encontrar información sobre cualquier tema que deseemos. En pocos segundos conseguiremos lo que por otro cauce nos habría ocupado días, semanas o incluso meses. Pero esa misma libertad de expresión e información constituye el vehículo de mentes e instintos malvados y depravados que buscan, a través de la página Web, concretar sus fines e intereses ilegítimos. Por medio de Internet se puede llevar a cabo una campaña de difamación de un honrado ciudadano. Grupos que pretenden incitar al odio, a la violencia y a la discriminación de sujetos diferentes por razón de su origen étnico, nacional o religioso, aprovechan la capacidad de propagación de la Red para crear un caldo de cultivo hostil y peligroso para esos que se manifiestan “distintos”. Se transmiten videos en los que se muestra con pretensión sádica de disfrute del usuario que los contemple, escenas reales de torturas y muertes crueles de personas y animales. Se utilizan a menores de edad para elaborar películas pornográficas, incluyendo en ocasiones escenas sadomasoquistas. Distintos grupos terroristas y bandas armadas de todo el Planeta se transmiten entre sí estrategias e información para llevar a cabo los más sórdidos atentados a la humanidad utilizando diferentes portales y mecanismos de comunicación propios de Internet. Estas conductas ya tienen respuesta desde el punto de vista del Derecho Penal sustantivo. Y de esta forma, las difamaciones pueden incardinarse dentro de los delitos de calumnias o injurias (arts. 205 a 210), las conductas de discriminación se tipifican entre los hechos punibles de racismo y xenofobia (arts. 510 y ss.), las torturas y muertes filmadas integrarían los injustos de lesiones u homicidios, según los casos (arts. 147 y ss., arts. 138 y ss.), los supuestos de pornografía infantil serían contem-

plados como figuras delictivas de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico (art. 189), y las formas de colaboración internacional entre distintas bandas armadas entrarían a formar parte de los delitos de terrorismo (arts. 571 y ss.). El problema del desarrollo de este tipo de criminalidad a través de la Red no reside, por tanto, en una falta de cobertura desde el prisma del Derecho Penal material (que existe, como acabamos de ver), sino en otros factores que entrañan grandes dificultades para que pueda ser descubierta, perseguida y castigada.

Y de nuevo volvemos a la gran ventaja y a la gran tragedia de Internet. Pues una de las razones fundamentales del éxito y de la expansión de la Red en todo el mundo reside en el bajo coste de su utilización, en la oferta ilimitada de los servicios e información que se encuentra en su seno y en la facilidad para mantener el anonimato entre los distintos servidores y usuarios. Cierto es que existen multitud de proveedores que obligan a los usuarios de la correspondiente página Web a establecer una identificación en la realización del correspondiente contrato de prestación de servicios (bien mediante la consignación de la identidad del autor de la correspondiente página, bien a través de la misma localización de la pagina —URL—, o a través de la indicación de la dirección electrónica). Pero también es verdad que existen multitud de proveedores que no exigen esa identificación, o que se utilizan mecanismos que posibilitan una identidad falsa o inexistente. De igual modo, contamos hoy con determinados programas informáticos que permiten enviar correos electrónicos sin que quede huella alguna que pueda delatar a la persona o grupos que lo envían.

En un Estado social y democrático de Derecho rige el principio de libertad unido siempre al de responsabilidad. Cada cual goza de libertad de expresión y puede manifestar sus pensamientos y opiniones siempre y cuando sea coherente con las consecuencias que dichos pensamientos y opiniones puedan acarrear si lesionan los legítimos intereses de terceros afectados. Un Estado de Derecho, por tanto, respeta la libertad de los individuos, pero exige la correspondiente responsabilidad cuando el ejercicio de dicha libertad menoscaba otros derechos, individuales o colectivos, de los integrantes de la sociedad civil. Tal y como está hoy configurada la red de redes, en el ciberespacio hay una gran facilidad para romper ese binomio libertad-responsabilidad. Y de ahí que aparezcan indeseables de todo tipo (que concurren con millones de usuarios de buena fe) que aprovechen la ocasión para dar rienda suelta libérrimamente a todo tipo de expresión de sus impulsos, anhelos e instintos, sin que quieran ni puedan someterse a responsabilidad de ninguna clase por los daños a terceros que ocasionen por el ejercicio de "su libertad". Claro, y por otro lado es lógico que existan internautas de buena fe que quieran mantenerse en anonimato para evitar que se haga un mal uso de sus datos personales.

En la Red intervienen muchos sujetos que hacen posible la conexión entre el servicio ofertado y el internauta que lo usa (proveedores, buscadores, servidores, establecimiento de conexiones o "links", etc.). Ante esta situación, si se

quiere mitigar los efectos criminógenos de actuaciones delictivas en el ciberespacio, pueden, en principio, adoptarse dos soluciones desde el prisma político-criminal.

Una opción consistirá en "regular" la actividad de todos los intervinientes en la creación de los servicios y de las autopistas de la información de Internet. De esta manera, se crearán controles, y con ello, se exigirán responsabilidades, lo cual no eliminará, pero si disminuirá, las conductas ilícitas perpetradas a través de este medio. Se ha sugerido, a este respecto, crear un sistema de responsabilidad similar al existente en el actual art. 30 del Código penal español. Aquí se establece un peculiar sistema de exigencia de culpabilidad en los delitos perpetrados empleando medios o soportes de difusión mecánicos, de tal forma que para considerar a un sujeto autor, inductor o cooperador necesario se establece el correspondiente sistema de responsabilidad de forma escalonada, excluyente y subsidiaria, comenzando por los que realmente redacten el texto o producen el correspondiente signo del que se trate, continuando por los directores de la publicación o programa en que se difunda, siguiendo por los directores de la empresa editora, emisora o difusora y finalizando por los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. Semejante sistema se podría implantar tomando en consideración los correspondientes sujetos que intervienen en la creación y utilización de la Red. Se trata, en un apretado resumen, de establecer la responsabilidad penal de la persona o personas que hayan editado o creado la correspondiente información o actividad de carácter delictivo, y extender dicha responsabilidad a los servidores de esa información, administradores del sistema, creadores de las correspondientes conexiones, y otros, conforme al conocimiento que tengan de dicha actividad delictiva y de acuerdo con las posibilidades técnicas de control de los contenidos que gestionan y el grado de cercanía o lejanía con los mismos. Este es el espíritu que inspiró la ley alemana sobre servicios de comunicación y de información de 1988. Estos mismos criterios son los que han regido la elaboración de la Directiva 2000/31, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, y que regula (con todas las limitaciones que derivan de la naturaleza de esta normativa) la responsabilidad de los proveedores de servicios en el seno de la Unión Europea.

Evidentemente, en esta obra de carácter general, no se puede llevar a cabo un análisis, ni siquiera superficial, sobre los concretos aspectos relacionados con las mencionadas normas de regulación. Ambas son ejemplos de propuestas que intentan establecer mecanismos de control. Dicho control sólo se puede conseguir estableciendo ciertos límites a los sujetos protagonistas en el funcionamiento de la Red. Esta política, por tanto, apuesta por la creación de una normativa que regule ciertos aspectos de la creación o difusión de los contenidos ofrecidos a los usuarios de Internet. Claro está, que para que dicha estrategia funcione, será necesario que sea adoptada por la mayoría de los países proveedores de los servicios en la Red. Pues de lo contrario, la ausencia de algunas de las potencias

más relevantes, posibilitaría que aquellos que lo deseasen escaparían a este control ubicando sus páginas y portales en el Estado que decidiese continuar sin específica regulación de control.

Como he señalado párrafos anteriores, el sometimiento a una determinada normativa supondría una disminución de las actividades ilícitas perpetradas en el ciberespacio. Pero Internet dejaría de ser lo que hoy es, un universo de la comunicación y de la información sin controles ni límites.

Y la segunda opción, expresada como la anterior, de forma exagerada, consistiría en dejar las cosas como estaban en su origen. No establecer normativa alguna de regulación, y llevar a cabo políticas de prevención y de investigación, con todas las dificultades técnicas que ello conlleva. Internet seguiría constituyendo ese otro mundo en el que uno puede alcanzar a ver el más bello de los sueños o la más terrible de las pesadillas… El ciberespacio seguiría constituyendo el ámbito de la comunicación y de la información más libre y más relevante, pues cabría todo dentro de su seno, incluso conductas ilícitas de notable gravedad.

Desde mi particular punto de vista, el universo virtual no es diferente de la sociedad civil, y de ahí que si en ésta conviven libertad y regulación, en aquél, puede seguir rigiendo ese mismo principio. Desde luego, el Derecho Penal tiene que acomodarse a los nuevos tiempos, y evolucionar para adaptar sus medidas sustantivas y procesales de prevención y reacción a la constante evolución tecnológica que es aprovechada por los ciberdelincuentes para perpetrar sus delitos en la más absoluta impunidad. Y el problema no afecta a un sólo país, afecta a todos los Estados en la medida en que afecta a toda la Red. De ahí que las soluciones tengan que ser siempre establecidas desde la coordinación internacional, pues de lo contrario (como ha estado ocurriendo hasta ahora), las conductas criminales que se despliegan en este ámbito virtual seguirán gozando de la más absoluta impunidad. Piénsese, por ejemplo, en un sujeto que crea una página Web vinculada a un servidor de un país en el que la exhibición de pornografía infantil no es delito, o en el que no existe convenio de extradición alguno, y que todo usuario puede contemplar ese material desde cualquier punto del planeta.

Atendiendo al punto de vista de los principios clásicos que rigen en el Derecho Penal material y adjetivo, ese tipo de comportamientos no se pueden perseguir bajo ningún concepto. Pues algunos de los axiomas básicos, de los conceptos e instituciones del derecho sancionador clásico, no casan bien con las estructuras y la forma de desarrollo de esta nueva clase de criminalidad.

Así, la competencia para aplicar la norma penal viene usualmente definida por el territorio. Este principio de territorialidad encuentra sus excepciones en el de personalidad o nacionalidad, y, especialmente en los últimos tiempos, por este otro de justicia universal. Sin embargo, mientras que la cibercriminalidad no tiene fronteras y se extiende sin límites físicos en el mundo virtual de las redes informáticas, los sistemas de prevención, persecución y represión penal (integrados por policías, fiscales y jueces, fundamentalmente), siguen limitando su actuación al territorio nacional, difícil de deslindar en este ámbito. Es en-

tonces cuando se tiene que recurrir a las instituciones del auxilio judicial internacional, con todas las complicaciones burocráticas que las mismas plantean, además de las dificultades que crea la diversidad de ordenamientos jurídicos con regulaciones e instituciones no siempre compatibles entre sí.

Por todo lo expuesto, la política criminal de lucha contra la delincuencia informática debe ir encaminada, en primer lugar, a crear una legislación penal sustantiva y procesal que pueda desarrollarse en un conjunto importante de Estados seriamente implicados en esta actividad de hacer frente a dicha criminalidad. Se tiene que establecer, por tanto, un mínimo de comportamientos lesivos a bienes jurídicos sustanciales que deben elevarse por los respectivos códigos penales al carácter de delictivos. Y, de igual forma, también tiene que existir armonización de cuerpos legales en materia de investigación y enjuiciamiento criminal, tales como la determinación de los mecanismos legales para obtener las pruebas electrónicas del delito, que en la mayoría de los casos son fugaces y volátiles. Aquí las posibilidades tecnológicas de borrar toda huella del delito sin la presencia física del autor, son muy elevadas. Por todas estas razones, y otras muchas en las que ahora no vamos a entrar, es necesario tomar en consideración todas estas características técnicas para poder determinar el material probatorio respetando las garantías del acusado.

Como decía anteriormente, las instituciones de auxilio judicial internacional tienen que desburocratizarse y adecuarse de forma práctica y efectiva a los nuevos tiempos…

Muchos de estos problemas ya son objeto de una regulación en ámbitos internacionales limitados, como es el ocupado por el Consejo de Europa. Así, su Recomendación R (95) 13 versa sobre esos problemas procesales y de cooperación internacional penal en el marco de las tecnologías de la información. También es relevante a ese respecto, el Convenio del Consejo de Europa sobre el Cibercrimen, cuya elaboración comenzó en el seno de esta institución en 1997, y fue finalmente aprobado el 23 de noviembre de 2001. España ratificó dicho convenio el 3 de junio de 2010, y entró en vigor el 1 de octubre del mismo año.

Dicho instrumento internacional contiene, en el sentido apuntado hasta aquí, los objetivos fundamentales que diseñan una política criminal más eficaz en la lucha contra la delincuencia informática. De esta forma, en el plano del Derecho Penal sustantivo, con el fin de armonizar los correspondientes textos punitivos nacionales, se establecen las figuras delictivas más relevantes que afectan de forma grave a esta materia. Con ese mismo fin de armonización, en el plano procesal penal se promueven técnicas y mecanismos de investigación más adecuados al mundo digital dirigidos a la obtención de pruebas para el enjuiciamiento de los culpables de hechos punibles perpetrados en la Red. Se diseña el conjunto de facultades y poderes y las autoridades competentes para investigar y perseguir estos delitos. Y, finalmente, en el ámbito de la cooperación internacional, se establecen nuevas instituciones y se adaptan las tradicionales para adecuar con mayor rigor y eficacia las necesidades de los diferentes Estados que unen sus

fuerzas para hacer frente a la nueva criminalidad. Al día de hoy, 29 países del Consejo de Europa han ratificado el Convenio, además de EE. UU.

En conclusión, los modernos avances tecnológicos están transformando a la sociedad civil y a la misma configuración del Estado. También la criminalidad, como uno más de los componentes estructurales de esa sociedad civil, se ha adaptado al nuevo modelo, y ha adquirido un desarrollo vertiginoso a través de los tecnificados mecanismos de la era de la comunicación y de la información. En toda comunidad, en todo espacio geográfico y en todo momento histórico, los correspondientes poderes públicos han reaccionado siempre frente al fenómeno criminal, pues de lo contrario, la correspondiente civilización tendría contados sus días. La propia supervivencia de las redes informáticas requiere asimismo el recurso al arma del Derecho Penal. Por supuesto, ese recurso no puede violar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los sujetos que intervienen en estos nuevos procesos de comunicación. Éstos tendrán que ser respetados en tanto que usuarios y seres humanos. Pero las definiciones, los conceptos, las instituciones y los mecanismos propios del Derecho Penal sustantivo y procesal, necesitan de una transformación y adaptación (proceso que ya llevó a cabo la cibercriminalidad), si se quiere reaccionar de una forma eficaz frente a los nuevos retos que se derivan de esta moderna forma de agresión a bienes jurídicos fundamentales para la convivencia humana. Por la propia naturaleza de la delincuencia informática y del espacio y de la forma en que se desarrolla, el sistema penal, tanto preventivo como represivo, no puede estructurarse exclusivamente desde el modelo propio de un solo Estado. Todo lo contrario, una propuesta político-criminal que quiera tener visos de eficacia, tiene que contar con una armonización internacional de la respectiva legislación penal material y adjetiva, similar a la que desarrolla el Convenio del Consejo de Europa sobre Ciber-criminalidad. Pues si es cierto que el Derecho siempre camina con retraso respecto de las necesidades que le demanda la evolución de la sociedad, ese retraso tiene que disminuirse al máximo merced a los vertiginosos cambios provocados por las nuevas tecnologías. Así evitaremos algunas pesadillas para realizar más sueños.

Bibliografía

AA. VV.: *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías.* Madrid, 2001. AA. VV.: *Delincuencia informática.* Barcelona, 1992. AA. VV.: *Internet y derecho penal.* Cuadernos de Derecho Judicial (X). Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001. AA. VV.: *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet.* Pamplona, 2002. ADÁN DEL RÍO, C.: *La persecución y sanción de los delitos informáticos.* Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología,núm. 20 (2006). AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.:*¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?: Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting.* Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 12 (2010). ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.: *Los daños informáticos en la Unión Europea* en La Ley (1999). CRUZ DE PABLO, J. A.: *Derecho penal y nuevas tecnologías: aspectos sustantivos.* Madrid, 2006. GALÁN MUÑOZ, A.: *Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad*

informática. Revista de Derecho y Proceso penal,núm. 15 (2006). GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (Dir.): *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9 (2004). MATA Y MARTÍN, R. M.: *Delincuencia informática y derecho penal*. Madrid, 2001. MORALES PRATS, F.: *Funciones del Derecho Penal y sociedad civil*. Derecho y Proceso Penal, núm. 1 (1999). MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática*. Barcelona, 1984. MORANT VIDAL, J.: *Protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías*. Sedaví (Valencia), 2003. MORÓN LERMA, E.: *Derecho Penal y nuevas tecnologías: panorama actual y perspectivas futuras* en CASANOVAS ROMEU, P. (Coord.): *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*. Granada, 2003. MORÓN LERMA, E.: *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*. Pamplona, 1999. MUÑOZ MACHADO, S.: *La regulación de la red: poder y derecho en Internet*. Madrid, 2000. ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M.: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. Valencia, 2001. PALOMINO MARTÍN, J. M.: *Derecho penal y nuevas tecnologías: hacia un sistema informático para la aplicación del derecho penal*. Valencia, 2006. PRÍAS BERNAL, J. C.: *Aproximación al estudio de los delitos informáticos*. Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, núm. 17 (2006). PUENTE ALBA, L. M.: *Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías*. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 21 (2007). ROMEO CASABONA, C. M…: *Poder informático y seguridad jurídica*. Fundesco, 1987. ROMEO CASABONA, C. M.: *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías* en Poder Judicial, núm. 31 (1993). ROVIRA DEL CANTO, E.: *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granada, 2002.