

Política criminal humanista para la sociedad contemporánea

Luis Arroyo Zapatero



**Política criminal humanista
para la sociedad contemporánea**

LUIS ARROYO ZAPATERO

Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha
Presidente de la *Société Internationale de Défense Sociale*
Miembro correspondiente de la
Académie de Sciences morales et politiques

POLÍTICA CRIMINAL HUMANISTA PARA LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2021

POLÍTICA criminal humanista para la sociedad contemporánea / Luis A. Arroyo Zapatero – Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2021

533 p. ; 24 cm.– (Marino Barbero ; 19)

ISBN 978-84-9044-417-7

1. Derecho internacional público: Derecho penal 2. Criminología 3. Derecho penal económico I. Arroyo Zapatero, Luis A. II. Universidad de Castilla-La Mancha, ed. III. Título IV. Serie

343(4-672 UE)

JKV

341.4

LBBZ

LNFU

© de los textos e imágenes: sus autores.

© de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha.

Edita: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha

Colección MARINO BARBERO n.º 19

Diseño de la colección y de la cubierta:

C.I.D.I. (Universidad de Castilla-La Mancha)

Imagen de cubierta: *Amapola y memoria*. 2019. Ignacio Oliva. Óleo sobre lienzo. *Conversación en la montaña. El secreto del encuentro de Martin Heidegger y Paul Celan*.



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

I.S.B.N.: 978-84-9044-417-7 (Edición impresa)

I.S.B.N.: 978-84-9044-418-4 (Edición electrónica)

d.o.i.: http://dx.doi.org/10.18239/barbero_2021.19.00 (Edición electrónica)

D.L.: CU 121-2020

Composición e impresión: Compobell, S.L.

Impreso en España (U.E.) – *Printed in Spain (U.E.)*



Esta obra se encuentra bajo una licencia internacional Creative Commons CC BY 4.0.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra no incluida en la licencia Creative Commons CC BY 4.0 solo puede ser realizada con la autorización expresa de los titulares, salvo excepción prevista por la ley. Puede Vd. acceder al texto completo de la licencia en este enlace: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

En memoria de mi amigo y maestro Klaus Tiedemann y en agradecimiento
a las instituciones alemanas que han amparado y alentado mi vida:

El Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD)

La Alexander von Humboldt Stiftung

La Max-Planck Gesellschaft y su Instituto de Friburgo de Brisgovia

ÍNDICE

Por una política criminal humanista. Un asunto también personal	13

PARTE I. POLÍTICA CRIMINAL

Política criminal y Estado de Derecho en las sociedades contemporáneas	21
La armonización internacional del derecho penal. Hechos actores y procesos en los caminos de la armonización	45
Cesare Beccaria y la moderna Política Criminal en España en los primeros años de la democracia	55
Entre el Estado y la Federación: el Derecho penal en la España de la Unión Europea	65
El espíritu de los tiempos: Sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social. 1949-2009	75
Sobre la utilidad de narrar el mal para mejor prevenirlo. Una contribución a la reflexión sobre Derecho y Literatura	83

PARTE II. CRIMINOLOGÍA

Criminalidad y contexto urbano en España	105
Opinión pública y castigo en España. La manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales	129

PARTE III. DERECHO PENAL ECONÓMICO

El abuso de información privilegiada en el derecho español.....	145
Los delitos contra el orden socioeconómico en el Nuevo Código Penal de 1995.....	165
Derecho y riesgo	175
Personas jurídicas y responsabilidad penal en España	187
El fraude de subvenciones en la UE y en el CP.....	195

PARTE IV. CUESTIONES DE LA PARTE ESPECIAL

El recurso a las fuerzas armadas en la lucha contra el crimen organizado: Jueces, policías y militares.....	233
De la lucha contra la esclavitud y la trata de blancas a la proscripción del tráfico de seres humanos	251
Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos.....	269
Sociedades secretas y Derecho penal.....	289
La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del sida.....	301
La legislación penal contra el terrorismo hasta las vísperas del Código Penal de 1995	315

PARTE V. MÉXICO

México. Balsa de piedra de las ciencias penales liberales	331
La Ciudad de México vista y leída con los ojos de un penalista de La Mancha	345
1917: La constitución del Estado social y democrático de derecho en México	377

PARTE VI. PENALISTAS

Los juristas de la Junta de Ampliación de Estudios	387
Jiménez de Asúa, Luis. Madrid, 19.VI.1889 – Buenos Aires (Argentina), 16.XI.1970. Catedrático de Derecho Penal. Presidente de la República en el exilio	401
Don Marino Barbero Santos: Catedrático y magistrado	409
Juan Bustos Ramírez, a quien vive con afán no hay niebla que se lo lleve	413
En recuerdo de Marc Ancel, con motivo de los 50 años de la publicación de la Nueva Defensa Social	417
Hans Heinrich Jescheck: La forja de un carácter o Alemania explicada a doc- torandos chinos	421
La contribución del Prof. Dr. Gao Ming Xuan, de la Universidad de Pekin, a la modernización del derecho y la ciencia penal en China	431
Laudatio a Pedro R. David para su doctorado honoris causa por la Universi- dad de Tucumán, el 18 de octubre de 2016.....	433
Laudatio A Roger Hood para la Medalla Cesare Beccaria. Salamanca 27 de junio de 2011	437
Laudatio a Francisco Muñoz Conde para el doctorado honoris causa por la Universidad de Castilla La Mancha el 12 de enero de 2011	441

Investidura como Doctor «Honoris Causa» del Excmo. Sr. D. Giuliano Vassalli. Discurso del Rector. Albacete, 24 de octubre, 2002	447
Giuliano Vassalli 1915-2009: Partisano de la libertad y del progreso	451
Adiós a Gregorio Peces Barba	453
Homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente	457
Klaus Tiedemann	459
Laudatio a Mario Pisani	461
Laudatio a Mireille Delmas-Marty para el premio Hans Heinrich Jeschek de la AIDP	465

PARTE VII. DOCTORADOS HONORIS CAUSA

Dogmática constitucional y ciencia penal. Universidad de Unirio-Universi- dad Federal del Estado de Río de Janeiro, Brasil, 2004.....	481
Aprendí de mi maestro. Universidad de Morón, Buenos Aires, Argentina, 2008.....	485

PARTE VIII. LITERARIA

Delitos y penas en El Quijote.....	495
La China, El Quijote y el Derecho penal	505

ADDENDA

Klaus Tiedemann Grand Finale 1938-2018	509

PRESENTACIÓN

POR UNA POLÍTICA CRIMINAL HUMANISTA. UN ASUNTO TAMBIÉN PERSONAL

Estaba en el sótano del Instituto de Derecho penal de Colonia. En las altas horas de la tarde en que por ahí no pasaba ya ni la limpieza era cuando Hans Joachim Hirsch, que trataba con tanto esmero y cariño a sus huéspedes extranjeros, me sorprendió enfrascado con dos textos que leía y comparaba en ambas lenguas. Era el librito de Claus Roxin *Política Criminal y sistema de Derecho penal* que acababa de traducir Francisco Muñoz Conde, a quien yo todavía no había tenido oportunidad de conocer. Mi bagaje penalístico era bien poco, había sido alumno de Don Marino Barbero Santos que nos explicaba conforme al Manual de Don José Antón Oneca, pero en lo que a Ciencia se refiere bien poco alcanzaba yo a comprender. Además, a Don Marino le gustaba más la política criminal. Reducirse a la dogmática era –decía él– hacer el juego al Régimen de Franco, y pronto la política criminal y la política de Régimen se apoderó de mí, me sometió a proceso el Tribunal de Orden Público e ingresé en un centro penitenciario «modelo», construido en el tiempo de la República y al que no le habían sustituido desde entonces los cristales rotos de las celdas de ingreso y de cuarentena. Tampoco le daban oportuno mantenimiento, pues al poco de abarrotar las celdas los más de 30 estudiantes que allí fuimos encajados de un golpe se atascaron los desagües y sobrevivimos sin poder bajar de las camas hasta el tercer día. Nunca olvidare el 20 de enero en Valladolid sin cristales y con tantas humedades. Qué razón tiene Cervantes al advertirnos de que la cárcel es un lugar en que toda incomodidad hace su asiento. Pero al salir de allí la experiencia propiamente penitenciaria fue muy

provechosa. Aprendí lo que era la falta de libertad total, la indignidad de tener que compartir una celda de 9 metros cuadrados entre tres, cisterna incluida y a la vista de todos y, también, la utilidad de saber algo de Derecho penal y tener un Código penal «al día». Así, lo primero que hice fue tranquilizar a los que estaban allí por otra causa, quienes cuando recibieron el telegrama del TOP contrastando el Código penal de la biblioteca de la cárcel leyeron horrorizados que el artículo que el telegrama mencionaba preveía una pena de 30 años. En cuanto recibí el Código de casa, que incluía la reforma de pocos meses antes en 1971, les aclaré que la pena era «solo de 6 años a 12», con lo que respiraron. Lo malo fue que también habían cambiado lo mío, pues la manifestación ilegal perfectamente organizada de que se me acusaba la habían pasado a desorden público de pequeño terrorismo, aunque con pena de prisión de *solo* 6 meses a 6 años. También muy reconfortante. Lo mejor fue que el preso de confianza que había resuelto lo de las tuberías era el monaguillo sodomizado por el cura de mi parroquia, hechos que habían sido detectados por un vecino. Habían sido procesados los dos por escándalo público y el monaguillo, que por la edad más que post adolescente era más bien ayudante, para su mejor defensa y alegar desvalimiento había construido con su infame abogado una acusación de abandono de familia, que habría de mostrar al Juez la capacidad seductora y criminal del señor cura. Así estábamos despachando, yo sobre la cama y embutido en la trenca, asistido por dos compañeros de letras y ciencias y el monaguillo con botas de agua, quien me informaba de que como no estaba bien visto que un sacerdote en aquella santa sociedad estuviera en la cárcel y menos por aquellos trajines, la causa por escándalo público se había sobreseído y solo estaba viva la que él y su mujer con el abogado de marras había construido para salir mejor parado. Como una luz se hizo en mi cabeza al recordar que en clase nos había dicho Don Marino que el abandono de familia era solo perseguible a instancia de parte. Total, que le encargue que por el procedimiento más rápido a su alcance me hiciera traer de casa la parte especial de Rodríguez Devesa, que debía ser la primera edición, a la vez que aprovechaba para pedir a la edición de la «Sagrada Familia», cuyo título, a pesar de ser su autor Carlos Marx, podía despistar a los censores del Centro penitenciario. Así lo hizo y al punto redacté una nota para la víctima del cura a fin de que la hiciera llegar a su abogado. A las 48 horas, con una sonrisa en la boca, compareció el susodicho, quien, tras haber conocido en los mentideros de la cárcel el rango que en el asunto clandestino se me atribuía, decidió darme la mano en vez del abrazo. Al cumplirse el mes salí del encierro con la satisfacción de haber llevado a cabo mis primeros pinitos como penalista.

Pero a consecuencia del procesamiento y la petición fiscal de dos años quedaba yo excluido por una orden ministerial, tanto de la condición de estudiante oficial como de estudiante «libre», que ya en aquella época era un sinsentido. Recurrí y sorprendentemente encontré amparo ante el Magistrado de lo contencioso, a pesar

de haber sido amenazado telefónicamente por el propio Ministro de Justicia con el torcimiento de su carrera, que estaba prevista fuera a la Audiencia Nacional y de allí de inmediato al Tribunal Supremo. No sirvió la amenaza al vil Ministro y el Juez se mantuvo en sus trece y declaró nula la supresión de mi condición de estudiante, aunque fuera «libre». La Sala de la Audiencia confirmó la nulidad. Merece la pena manifestar aquí los nombres de aquel instructor y aquel presidente de Sala cuya independencia y valentía labraron mi destino y que con la llegada de la Democracia alcanzaron el suyo, pues fue el primero Don Federico Sainz de Robles, sobre quien se cumplió la amenaza de hacerle la vida imposible y se había tenido que convertir en abogado, quien pasó a Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. El Presidente de Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Valladolid era Fernando Ledesma, quien poco después pasaría a ser el Ministro de Justicia del primer Gobierno de Felipe González.

Pude así, no solo examinarme de todas las asignaturas de quinto curso y las me quedaban de cuarto –principio del expediente– sino también realizar el primer TFG de la historia nacional, a la vez que Aurelia Richart, que yo mismo como delegado de estudiantes en la Facultad había propuesto con éxito incorporar como alternativa al examen de grado con los cien temas al uso.

Todo lo anterior, más su especial atractivo jurídico, me llevó a inclinarme por el Derecho penal frente a cualquier otra tan atractiva como la encarnada por Juan Antonio Sagardoy o Juan Antonio Arias, quien como decano presidió al Tribunal de premios fin de carrera que me otorgo el tercero, que respondía a una advocación generadora de problemas en mis primeros viajes a Argentina: «Lasalle Boluda», de lo que Roberto Bergalli me advirtió con amplias sonrisas. Comenzó el curso de doctorado sin dejar de enredar, pues pronto se cerró a cal y canto la Universidad de Valladolid, abriéndose la Universidad *paralela*. Pero hice el curso y de un tema que le interesaba a Don Marino: «el proceso de abolición de la pena de muerte en Gran Bretaña». Tras ello, mi Maestro y Enrique Gimbernat presentaron mi candidatura a la beca de DAAD, el servicio alemán de intercambio académico, que representaba con gran carisma la Condesa de Herbestein, quien dio en la idea de concederme la que Alemania administraba por cuenta el Consejo de Europa y presentar así un doble perfil para que el TOP me permitiera acceder al pasaporte, que me había sido retirado ya en segundo de carrera. A la altura del mes de abril de 1975 el argumento funcionó y con el magro morral de conocimientos de penal y de alemán incorporé al equipaje el Mezger en la traducción de Rodríguez Muñoz, que ni siquiera entendía en español. Lo de Roxin parecía más comprensible y seductor, pero fui sorprendido *in fraganti*. El gesto de mi profesor fue de escándalo y tomando aire exclamó horrorizado *¡ganz unwissenschaftlich!*, o sea, absolutamente acientífico. No supe que responder, ni con mi alemán de aquellos primeros meses hubiera podido hacerlo,

pero en aquellos instantes pasó por mi cabeza toda mi historia de «política criminal». Años después de haber tristemente desaparecido tuve ocasión de comentar la anécdota a Inge y Claus Roxin en un pesado viaje de nuestro hotel de Sao Paulo al aeropuerto. El profesor de Múnich tuvo palabras comprensivas y generosas con el maestro de Colonia.

Estaba claro que lo que a mí me gustaba era la política criminal, aunque para alcanzar la libertad tuviera que realizar una tesis doctoral sobre la dogmática de los delitos imprudentes de comisión por omisión, proyectada sobre los accidentes de trabajo, que era otra cuestión político criminal. Pero Hans Joachim Hirsch no tenía en este punto razón, lo cierto es que el librito de Roxin cierra un círculo de casi 100 años abierto por Franz von Listz, quien desde el programa de Marburgo había anunciado los principios de un derecho penal asentado en la idea de su propia finalidad y su dogmática, que debería integrarse con otras aproximaciones científicas como la criminología y la propia política criminal, para conforma la «Ciencia penal total». Franz von Listz había levantado un monumento con su programa de Marburgo y luego con su *Tratado* en tres volúmenes, con rápidas traducciones al portugués por el catedrático de Recife y magistrado del Tribunal Supremo Higinio Duarte Pereira en 1898 y en 1916 al español por Saldaña y Jiménez de Asúa, aunque los propios traductores no tuvieran plena conciencia de los fundamentos filosóficos y sociológicos del nuevo paradigma científico.

La asunción del argumento de Roxin tomó un gran vuelo y su pensamiento impulsó todos los trabajos de elaboración del Derecho penal alemán que se ubica bajo el lema del Proyecto Alternativo, así, desde el fundamento de la pena en el pensamiento laico de la «amarga necesidad», hasta toda la Parte Especial más novedosa, como el derecho penal sexual o los delitos económicos, pasando por una nueva Parte General. Mi principal vinculación con ese círculo de profesores alemanes fue ya desde 1982 Klaus Tiedemann, a cuya guía me vinculé con estancias anuales en su Instituto de Criminología y Derecho penal económico hasta su jubilación. Me incorporé en 2003 de nuevo a Friburgo, ahora bajo la dirección de Ulrich Sieber, en el Consejo científico del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional en Friburgo de Brisgovia, del que fui vicepresidente hasta diciembre de 2017.

La cuestión del Derecho penal de la Democracia española fue una tarea vivida por mí intensamente en lo académico y en la acción de política jurídica. Desde 1977 la política se apoderó de lo criminal como en un *thriller* de acción, para modernizarlo y hacer respetar y proteger los derechos individuales. Se trataba de elaborar y aplicar una Política Criminal propia de un Estado de Derecho. Tuve ocasión de exponer el proceso en Milán en el Congreso de los 250 años de Cesare Beccaria, y aquí puede leerse. En todo participé desde la aprobación de la Constitución, pues

me incorporé a la asesoría jurídica del Grupo Parlamentario Comunista junto a un extraordinario grupo de «Catedráticos» en cárceles que presidía Simón Sánchez Montero, preso ya por el golpe de Casado al final de la guerra civil y muchas veces después y durante muchos años y en el que desde Santiago Carrillo hasta Solé Tura me hacían bastante caso –solo se revolvía Ramón Tamames– y hasta me dejaron elaborar un proyecto alternativo de Parte General en un intenso trabajo de muchos colegas que presidieron Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir.

A todo ello se añadió la preocupación por las relaciones entre Derecho Penal y la Constitución del Estado social y democrático de Derecho, enmarcada en la construcción primigenia de Franco Bricola y entre nosotros principalmente de Santiago Mir, que desde mi trabajo sobre la constitucionalidad de la despenalización de aborto comportó una amplia producción en la materia, una dogmática penal desde la política criminal de los derechos fundamentales, que se contiene en un libro de inmediata publicación. También me he ocupado en estos últimos años de la construcción del Derecho penal europeo y aquí se contiene alguna contribución, y desde 2010 a la cuestión de la abolición internacional de la pena de muerte y de las penas crueles e inhumanas, como la prisión perpetua, que merecen una edición separada que también es inmediata.

Me encamino hoy a Friburgo de nuevo, a celebrar los 80 años de Klaus Tiedemann, a quien deseo dedicar este libro y que nos siga acompañando muchos años.*

Ciudad Real 15 de junio de 2018

* Fue todo un éxito, como se narra en la parte VI, pero falleció a poco más de un mes. Véase la nota necrológica al final de este libro

PARTE I.
POLÍTICA CRIMINAL

POLÍTICA CRIMINAL Y ESTADO DE DERECHO EN LAS SOCIEDADES CONTEMPORÁNEAS¹

Sumario: Introducción; 1. Los derechos humanos: Del mundo de las ideas al orden jurídico mundial; 2. De los derechos humanos al Derecho penal constitucional; 3. Un proceso con derechos; 4. El moderno incremento de la criminalidad; 5. La aparición de una criminalidad bien moderna; 6. Derecho penal clásico v. derecho penal «moderno»; 7. Una nueva representación social de la criminalidad; 8. Victimología. Entre el olvido por los liberales y la última ratio contra el liberalismo; 9. Una opinión pública mundial y la política criminal; 10. Armonización internacional del Derecho penal y nuevas formas de Derecho Comparado.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal del Estado moderno fue un derecho esencialmente territorial, al modo de la moneda nacional. Pero la vida contemporánea desde los albores del siglo XX ha sido sacudida por poderosos factores de la internacionalización, las más

1 Publicado en sucesivas y ampliadas versiones que en unas ocasiones ponen el acento también en el título en la armonización internacional, en *Panorama internacional sobre justicia penal, Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Séptimas jornadas sobre Justicia Penal, Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (Coords), 2007. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, México. páginas 3-18. Versión en alemán: «*Kriminalpolitik und Rechtsstaat in der heutigen Welt*», en *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Alemania, 2008, Carl Heymanns Verlag, páginas 3-14. Versión en italiano en Enrico Paliero, C. y Vigano, F. (edi.), «*Politica criminale e stato di diritto nelle società contemporanee* » en *Europa e Diritto Penale*, Giuffrè Edoitore, Milán, 2013, pp. 1-32 y “La armonización internacional del derecho penal”, en *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional* (Dir. Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A.), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2010.

de las veces en la forma de las guerras, a las que han seguido intentos de someter al Derecho en general y también al Derecho penal a los agentes estatales, además de a los ciudadanos en particular. Hoy en día, además, los factores contemporáneos de la globalización económica, sin la barrera de las fronteras y las leyes, se acompañan por las propuestas de quienes reclaman y persiguen el que la globalización respete y se rija por los principios de los Derechos humanos, tanto políticos como sociales. En el tiempo anterior a la primera Guerra Mundial sólo encontramos tres manifestaciones del Derecho penal internacional: la proscripción de la piratería y su configuración como delito internacional perseguible por todos y en cualquier lugar, a partir de Tratado de Utrecht en 1712, la lucha contra «la trata de blancas» desde 1904 y las primeras convenciones relativas al Derecho de la guerra desde el Tratado de la Haya de 1899 y especialmente de 1907. En la esfera de las propuestas resulta muy notable el proyecto de estatuto para una Corte penal internacional presentado por el fundador de la Cruz Roja, Gustavo Moyner, en la temprana fecha de 1864.

Lo que siguió a la guerra civil europea que fue la franco-prusiana fue, al calor de auge del pensamiento científico y del positivismo general, un movimiento transnacional de sociedades científicas. En primer lugar, el relacionado con el mundo penitenciario, con la sociedades y congresos internacionales, desde el de Florencia de 1841 y, en especial, a partir del de Londres de 1872, seguramente combinado todo ello también con los movimientos antiesclavistas, que eran los primeras *ONG* de derechos humanos, y contra la pena de muerte. A finales del siglo XIX el positivismo criminológico y sus fundadores se difunden y editan sobre pasando las fronteras europeas y las aguas intercontinentales, impulsados por la propia fuerza de las ideas nuevas y sin organización académica que les sirviera de soporte. Habría que esperar al año de 1889 para que viera la luz una poderosa sociedad científica como la Unión internacional de Derecho Penal. La encabezaron tres distinguidos penalistas del centro y el norte de Europa: Franz von Liszt de Marburgo, Gerhard van Hamel de Amsterdam y Adolphe Prins de Bruselas, a la que se sumaron más tarde Ferri y Garófalo. El incremento de la criminalidad experimentado al cumplirse el primer ciclo de la industrialización apremió la necesidad de entender el delito como fenómeno social, lo que dio lugar al positivismo criminológico, y de afinar las respuestas administrativas y legislativas para la lucha contra el crimen. Y es von Liszt el que mejor y más rotundamente establece el paradigma político de los límites de la innovación en los modos de reacción penal: el Derecho penal es la Magna Carta del delincuente. Lo demás en la obra del maestro que terminó bien asentado en Berlín son matices².

2 Todo el proceso y hasta la primera mitad de los años treinta está estudiado por Ignacio Berdugo en su tesis doctoral *El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa*, Universidad de Salamanca, 1978, consultable on line en www.cienciaspenales.net/biblioteca, y la primera parte publicada con el título *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho penal*,

A la primera Guerra Mundial siguió la proclamación en el Tratado de Versalles de 1919, en sus artículos 227 a 230, del principio de responsabilidad penal de quienes dirigen los gobiernos que llevan a cabo guerras de agresión o cometen crímenes de guerra. La Sociedad de Naciones representa el primer intento de un orden jurídico mundial y de un gobierno del mundo. Su Comité Consultivo de Juristas, presidido por el Barón Descamps propuso un Tribunal permanente de justicia internacional, que comportaba también la creación de una corte penal. El asesinato terrorista del Rey de Yugoslavia en 1934 en Marsella dio lugar a la propuesta de un tratado contra el terrorismo y de otro para establecer un tribunal internacional para juzgar tales hechos. Pero al acervo de realidades de la Sociedad de Naciones en materia penal pertenecen también las convenciones contra la esclavitud (1926) y contra el trabajo forzado (1930), contra el tráfico de estupefacientes (1936), contra la trata de mujeres (1933) así como contra la falsificación de moneda (1929).

A los horrores renovados e incrementados de la II Guerra Mundial siguió la proclamación del carácter universal e imprescriptible de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad y, lo que no es menos importante, se ejerció ese poder de persecución internacional de tales delitos mediante un Tribunal penal internacional como lo fue el Tribunal Penal Militar Internacional de Nuremberg, que juzgó y condenó a los principales dirigentes de la Alemania Nazi y proclamó para siempre el catálogo de principios del Derecho y de la Justicia penal universal, conocidos como principios de Núremberg, que fueron aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1946. Entre los años 1945 y 1951 las Naciones Unidas recuperan, por una parte, convenciones internacionales de la

Univ. Pontificia, Salamanca 1982; Ch. Basiouni, AIDP: *Asociación Internacional de Derecho Penal*: «Más de un siglo de dedicación a la justicia penal y a los Derechos Humanos», en *Nouvelles Etudes Pénales*, n° 18, 1999, Érès, Paris; L. Radzinowicz, *The roots of the International association of criminal law*, Max-Planck Institut, Friburgo de Brisgovia 1991, S. Kesper-Biermann/ P. Overath (Edit), *Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870-1930)*, BWV, Berlin, 2007. Con muy reciente perspectiva v. Tiago Pires Marques, «La reforma penale fascista italiana: un modelo internazionale», en *Studi sulla questione criminale*. Nuova serie di «Dei delitti e delle pene», III, vol. 1, 2008, p.73 y sigs. Una extraordinaria síntesis de «La evolución metodológica desde Von Liszt» ver en Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral*, I, Coimbra Editora 2004, p.16 y ss. y Muñoz Conde, F.; «Das Erbe Franz von Liszts», en *Festschrift für Windfried Hassemer*, Ed. Müller, Heidelberg, 2010, p. 535 y ss. En lo que a Argentina se refiere, los dos grandes cultivadores de la herencia de Von Liszt son Luis Jiménez de Asúa, exiliado en Buenos Aires desde el fin de la Guerra Civil española y, en Córdoba, Ricardo C. Núñez autor de una monumental obra cuya última versión fue el tratado en el que desarrolló el concepto moderno de derecho penal y de su teoría muy pegada a la realidad nacional argentina y a su legislación, especialmente, a su Constitución democrática de 1853. Sobre supersonalidad y su obra puede verse, Marcó Del Pont, L., *Ricardo C. Núñez. El hombre y su obra*. Marcos Lerner, Editora Córdoba, Córdoba, 1997, con numerosas contribuciones. También Lascano, C.J. «Los lineamientos político criminales de la Constitución nacional en la construcción de la teoría de la imputación jurídico-delictiva de Ricardo C. Núñez», disertación pronunciada en el homenaje a la memoria de Ricardo C. Núñez, 2008.

era de la Sociedad de Naciones como las relativas a las relaciones diplomáticas, el tráfico de estupefacientes, la trata de mujeres, el tráfico de publicaciones obscenas y generan otras nuevas, como la relativa al genocidio (1948) y al estatuto del refugiado (1951). Se crean también relevantes organizaciones internacionales como la OMS y se mantiene una anterior de la importancia de la OIT. Las Sociedades científicas se recomponen, como la *Association Internationale de Droit Pénal* a lo largo de las jornadas de Nuremberg, a impulso de Donnedieu de Vabres, y en 1949 se crea la *Société Internationale de Défense Sociale*, por Filippo Gramatica y Marc Ancel³.

Una nueva fase se abrió con el comienzo de la «guerra fría», que se desata al hilo de la guerra de Corea y que sólo concluye, tras la caída del muro de Berlín, con la disolución de los bloques político-militares en 1989. Esta fase se caracteriza porque apenas comenzada la obra diseñada en San Francisco se renuncia a la construcción de un verdadero orden jurídico internacional basado en la Carta y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada en París en 1948. Su expresión más acabada es la no creación de un Tribunal penal internacional permanente y de un sistema internacional de protección de los Derechos Humanos. Todo ello se sustituye por un férreo sistema de división del mundo y de control del mismo por las potencias hegemónicas respectivas. En tal periodo solo se abordan aquellas materias de interés común a los dos bloques que no comportan conflicto ideológico. A su vez, la movilidad internacional terrestre, marítima o aérea está sumamente controlada. Las fronteras terrestres están aseguradas por una «cortina de hierro» y no hay barcos ni, aún menos, aviones fuera de control. Durante las cuatro décadas siguientes a 1950 la construcción del orden jurídico internacional se proyecta sobre el comercio internacional, los transportes marítimos y aéreos, navegación, circulación vial, y el propio Derecho de los Tratados con el Convenio de Viena de 1969 y la Convención de 1986. Lo más relevante de este período es, sin duda, los Pactos Internacionales de Derechos civiles y políticos y de Derechos económicos, sociales y culturales, ambos de 1966, pero escindido unos de otros derechos y sin un instrumento eficaz de protección de los mismos al estilo de las Comisiones y Cortes europea e interamericana, ciertamente posteriores. No obstante, se adoptan en este periodo convenciones relevantes para un orden jurídico internacional de derechos humanos, buena parte de ellos de relevancia para el Derecho penal internacional: contra la discriminación racial, (1966) imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad (1968), apartheid (1973), derechos de la mujer (1979), medio ambiente, (1979) la toma de rehenes, (1979), control de armamento (1980) y contra la tortura (1984).

La fase actual comienza en el propio y significativo año 1989 con la Convención sobre derechos del niño, contra el reclutamiento y utilización de mercenarios y con

3 Arroyo Zapatero, L.; «El espíritu de los tiempos: Sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social (1949-2009)», *Revista Penal*, nº 25, 2010, p. 230 y ss.

el Protocolo para la abolición de la pena de muerte. En 1990 se adopta la Convención para la protección de los derechos de los trabajadores inmigrantes y sus familias –en cumplimiento de los convenios de la OIT– y a ello sigue una década rica en producción normativa internacional que alcanza la más alta expresión en 1998 con la Convención sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional y, en el año 2.000, con la Convención contra la delincuencia organizada transnacional y los protocolos sobre trata de personas y de migrantes, así como sobre armas, para concluir con la Convención contra la corrupción de 2.003. Merece ser destacado que en este periodo cuando es cuando se supera el sistema del GATT y se crea la Organización Mundial del Comercio en 1995, en la que destaca la adopción de un sistema de «solución de diferencias» que representa un vigoroso sistema de aseguramiento de la vigencia del Derecho adoptado por los miembros de la OMC.

Mientras tanto, se han producido dos fenómenos muy relevantes, primero en Europa y después en América Latina. Por una parte, el Tribunal del Derechos Humanos de Estrasburgo ha sometido a los Estados que se han venido incorporando al Derecho Europeo de Derechos Humanos al cumplimiento de los Derechos fundamentales, incluidos los de carácter o dimensión jurídico penal. En Europa, además, la globalización económica regional que comportó el Mercado Común se transformó en un espacio político institucional en el que se exige la protección penal de determinados intereses del mercado único, así como también de los intereses específicos de la Unión Europea que recauda y aplica recursos públicos. A su vez, ese espacio político, a medio camino entre federación y confederación, necesita disponer de elementos comunes de tutela frente a los factores criminales más dañosos, a cuya movilidad sin fronteras no ha seguido una persecución eficaz por parte de una policía y una justicia anclada en los principios de la «moneda nacional». Por una parte, se trata de armonizar incriminaciones, es decir, las conductas penalmente prohibidas, y por otra, de desarrollar todos los mecanismos de cooperación policial y judicial, en especial superando las tradicionales fronteras internas de la extradición, singularmente mediante la «euroorden» de detención y entrega.

En América Latina, desde 1979, se comienza a someter a los Estados al control de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, lo que llega a alcanzar efectos políticos jurídicos relevantísimos, especialmente a partir de la sentencia de 14 de marzo de 2001 en el caso llamado «Barrios Altos», consagrando la nulidad de las autoamnistías y, en definitiva, el fin de la impunidad de los crímenes cometidos por el Estado y desde el Estado, que quedará proclamado para siempre en el eje de opiniones jurídicas y decisiones judiciales de Madrid-Londres-Santiago de Chile sobre el «caso Pinochet». A su vez, es este caso el que

ha dado definitivo vigor al principio de justicia universal, a partir precisamente de un delito tan nacional como el de la tortura.

El escenario posterior a la caída del muro se caracteriza por la radical reducción de controles formales eficaces sobre mares, espacios aéreos y fronteras terrestres, así como sobre los barcos, aviones y demás medios de transportes que los surcan. El tráfico de armas y el de drogas encuentran en la disponibilidad de tales medios el campo abonado para su desenvolvimiento. Las nuevas tecnologías de la comunicación e información, especialmente la telefonía móvil e Internet proporcionan al crimen organizado oportunidades del todo inéditas. El terrorismo internacional de cuño regional o planetario irrumpe hasta los extremos del 11 de septiembre de 2001 y los sucesivos atentados en los «lugares seguros» como Nueva York, París, Madrid y Londres, o en los de riesgo secular como el Oriente Medio, donde la guerra ilegítima ha convertido a Irak en el espacio con más víctimas del terrorismo y en la plataforma de buena parte de la logística del mismo. Aún más, ha emergido como regla lo que siempre había sido una excepción, ya que el terrorista está dispuesto a morir en el intento, frente a lo cual nada está bien preparado en la teoría de la seguridad y de la prevención del crimen.

Los disturbios derivados del levantamiento del control social nacional e internacional que comportaban los viejos bloques político-militares han sido múltiples. Así, en uno de los más asentando países del bloque socialista, como era la antigua Yugoslavia, se quebraron los principios más fundamentales de la civilización moderna y en el regazo de Europa emergió de nuevo el genocidio, que terminó clamando sobre la conciencia internacional y allí donde no hubo consenso antes para la acción se levantó de común acuerdo el primer Tribunal penal internacional después de Núremberg, al que han seguido otros tribunales *ad hoc* en los diferentes apagones de la civilización como ha sucedido en Ruanda, Sierra Leona o el Congo. Cargados los justos de razón se reabrió el paso de modo imparable a la creación de una Corte Penal Internacional permanente, configurada por el Estatuto de Roma de 1998, casi 10 años después de la caída del muro.

A su vez a dos fenómenos se han incorporado al catálogo de problemas materiales y jurídicos de actualidad. Por una parte, las misiones militares internacionales de paz y de guerra, que han exigido la puesta en común de jurisdicciones y principios penales originariamente diversos, a la vez que las circunstancias de aparición de ingentes fuerzas militares privadas al servicio de esos ejércitos internacionales ponen en cuestión la aplicación de las leyes nacionales e internacionales de la guerra. En segundo lugar, y por el efecto combinado de la reducción del control internacional sobre mares y territorios, así como del surgimiento de los llamados «*Estados fallidos*» ha resurgido el más antiguo de los delitos internacionales, la piratería, planteando retos inéditos a las legislaciones nacionales y a la internacional,

tanto relativos a la jurisdicción y al proceso penal aplicable como a la cuestión del sistema penitenciario en el que ingresar a quienes resulten condenados.

Además, cuando sin que sepamos con certeza si se trata del fin de una era o ya del comienzo de una nueva, los dos grandes temas de la actualidad son, por una parte, la reforma del Gobierno y del sistema de Naciones Unidas, reclamado por la ineludible necesidad de un verdadero multilateralismo, que se había hecho posible por el cambio político en la Presidencia de los Estados Unidos y, por otro, la reforma del sistema de gobierno y supervisión del sistema financiero tras la bancarrota del mismo provocada desde el propio sistema de los Estados Unidos, sin perjuicio de la desconsiderada ayuda de otros.

En atención a todas las consideraciones anteriores se pretende con esta contribución identificar la esencia de lo que es la situación actual del Derecho penal y de los derechos humanos y las tareas actuales de Política criminal y del Derecho Comparado, así como los campos, las fuerzas y los caminos para la armonización y la cooperación penal internacional.

1. LOS DERECHOS HUMANOS: DEL MUNDO DE LAS IDEAS AL ORDEN JURÍDICO MUNDIAL

Lo fundamental que creo que deja como poso el periodo de tiempo que podemos identificar entre los finales de la Segunda Guerra Mundial y el momento actual, es que desde 1945, lo que fue un reclamo político, incluso un reclamo cultural: como fue la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente francesa en 1789, se ha convertido en un elemento material de la realidad jurídica de los pueblos y de la consciencia jurídica del conjunto de los pueblos del mundo.

Y este cambio sustancial que ha experimentado la idea de los derechos humanos desde hace sesenta años al momento actual, revela el formidable valor de las ideas, o lo que Mireille Delmas Marty podría llamar «el valor y el poder imaginante o creador que tiene el Derecho»⁴.

¿Cuál ha sido el resultado final de ese proceso que comienza con el ajuste de cuentas con los mayores crímenes contra la humanidad producidos a lo largo de la historia y que representan el mundo del fascismo y del nazismo? En primer lugar creo que el resultado es, particularmente en el espacio cultural de Europa y América del norte y del sur, el que se condensa en la transformación de la vieja declaración

4 Para una aproximación v. Delmas Marty, M., «Estudios comparados e internacionalización del Derecho», en *Revista Penal*, 15, enero 2005, p.46 y ss., también en Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, [www.cienciaspenales.net/áreas temáticas/ fundamentos de las ciencias penales/ política criminal](http://www.cienciaspenales.net/áreas%20temáticas/fundamentos%20de%20las%20ciencias%20penales/política%20criminal). A fondo la misma, I, *Les forces imaginantes du Droit*, 2003, II, *Le Relatif et l'Universel*, 2004, y III, *Le pluralismo ordonné*, Seuil, Paris 2005.

de derechos humanos parisina al ser renovada por Naciones Unidas en la Carta de San Francisco en 1945 y reduplicada en la Carta Europea de Derechos Humanos en 1950 y en la Convención Interamericana en 1969, con la singularidad de que en los dos instrumentos últimos citados ambos tienen la pretensión de vigencia directa.

2. DE LOS DERECHOS HUMANOS AL DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL

Esa idea de los derechos humanos, que naturalmente tiene plasmaciones diferentes en las formulaciones jurídicas en el mundo anglosajón y en el mundo latino en el que nos encontramos, da lugar a lo que podemos llamar un Derecho penal del Estado de derecho, incluso del Estado social, porque esa idea del Derecho penal que se establece a partir de 1945 tiene elementos del Estado de derecho, en el fundamento y límites de la responsabilidad, en el de los principios, pero también de lo moderno, de lo social, de la lucha por la igualdad material, que se plasma de manera fundamental, sobre todo en los fines de la pena y en la resocialización, aunque también en la incorporación de nuevos bienes jurídicos. Naturalmente la vida cotidiana está llena de excepciones a lo que digo, pero todas son claramente excepciones que confirman la regla y cada vez que un pueblo mejora, cada vez que un país avanza, se reconstituye lo que estoy enunciando: un derecho penal garantista, un derecho penal de los bienes jurídicos.

En los países dotados de constituciones, sea por nuevas constituciones en la transición democrática de la Europa mediterránea a fines de los 70, sea por efecto de las transformaciones políticas de la Europa del Este en los 90, sea como en el caso de América Latina por la renovación de las constituciones desde Río Grande a la Patagonia, también en la misma década, puede hablarse propiamente de un Derecho penal constitucional⁵. Son años en los que en las constituciones integran –a veces a golpe de martillo– el valor universal, pero valor jurídico directo, de las declaraciones de derechos humanos. Y digo a golpe de martillo porque en ocasiones han sido los propios constituyentes o legisladores de los países, como por ejemplo Colombia y México, pero a veces tienen que ser los magistrados de las cortes supremas –cuando

5 V. mi texto «Cultura, Constitución y Derecho penal», en García Ramírez, S. coordinador, *Memoria del Congreso Internacional de cultura y sistemas jurídicos comparados, I*, Derecho Penal, Ed. UNAM, México 2005, p. 3 y ss., también *Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución*, RJCM, 1987, p. 97 y ss.; Tiedemann, K. «Constitución y Derecho penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 33, 1991 (Traducc. de Luis Arroyo Zapatero, de *Verfassungsrecht und Strafrecht*, NJW 1993, p. 23 y ss); Ivo Appel, *Verfassung und Strafe*, Dunker & Humblot, Berlin 1998; Donini, M. «Un Derecho penal fundado en la Carta constitucional razones y límites: La experiencia italiana», en *Revista penal*, 8, 2001, p. 24 y ss.

existen— que utilizan el martillo y declaran que los derechos fundamentales están por encima en términos jurídicos de cualquier ley, aunque se llame de punto final⁶.

Esta es la hermosa realidad del presente de lo que fue un reclamo precipitado de los revolucionarios franceses en el atractivo París de la revolución francesa⁷.

3. UN PROCESO CON DERECHOS

También pertenece a lo consolidado en este tiempo la idea de que la justicia penal tiene que realizarse a través de lo que se llama el proceso debido (*due process*)⁸. Pienso que es la gran contribución de los Estados Unidos de América al progreso de los derechos humanos en su elaboración teórica. El debido proceso y una mutación en la idea de la política criminal, que por resumirlo en términos germánicos podríamos decir que, si la política criminal moderna se originó en los textos de von Liszt, se madura en la concepción de derecho penal y política criminal de Roxin, pero que también puede formularse desde lo que a mí me corresponde: en los postulados de la moderna Defensa Social, especialmente tras la *Addenda* de 1983.

A veces se piensa que hemos llegado en algunos países a una cierta orgía garantista cuando se ve cómo y en qué condiciones los tribunales, aplicando la doctrina constitucional de las pruebas prohibidas, optan por la libertad incluso en casos de culpabilidad manifiesta. Pero tiene razón Zaffaroni cuando dice que en realidad el Estado, por bueno que parezca, siempre es Estado y tiende al exceso y que todo esfuerzo por que se encapsule ese poder del Estado es justo y necesario. A mi esta idea en su momento⁹ me pudo parecer excesiva, pero dejó de parecérmele cuando el instrumento de la política criminal más respetado del mundo, que se le llama Scotland Yard, disparó a matar sobre un joven brasileño, que solo quería tomar a tiempo el Metro. Y es que desde el punto de vista de los derechos humanos no se puede uno fiar ni del Scotland Yard.

Tras el 11 de septiembre se ha producido un retroceso impresionante de los derechos de los ciudadanos, especialmente respecto de la persecución penal y policial: Secuestros en traslados ilegales a Guantánamo y otros lugares por conocer, ejecuciones extrajudiciales, entregas o extradiciones ilegales, vulneración del derecho

6 Así la s. de la Corte Suprema de Argentina del 14 de junio de 2005, por la que se declara la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida.

7 Es de celebrar la versión en español de la monumental obra de Robert Margerit, *La révolution*, 4 vols., Phebus, Paris 1989, ed española: *La Revolución*, en cuatro tomos, por Edhasa, Barcelona 2005.

8 Vid. W. Gollwitzer, *Menschenrechte und Strafverfahren*, MRK und IPBPR Kommentar, De Gruyter, Berlin 2005, con referencias en pág. 277 y ss.

9 Era el de su doctorado *honoris causa* en Toledo, que se producía en el antiguo convento de San Pedro Mártir, en su tiempo cuartel general de los Dominicos y sede del *disco duro* de la Inquisición y hoy Paraninfo de la Universidad de Castilla La Mancha en Toledo. Publicado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.

internacional humanitario, consagración de la tortura como método de averiguación de la verdad y como prueba penal, etc. Aunque sin esperar a cambios en los Estados Unidos los Tribunales de distintos países han reaccionado y se han visto obligados a declarar de nuevo que no pueden ser admitidas como prueba en in proceso penal las declaraciones obtenidas bajo tortura en otro país. La Cámara de los Lores tuvo que declarar prohibido el uso en juicio de pruebas obtenidas en otro país mediante la tortura¹⁰, con o sin rapto previo y traslado del secuestrado de uno a otro país. El asunto es bien conocido. En consecuencia, no nos encontramos ante un exceso del garantismo. En verdad, a la vista de lo que ocurre, todo garantismo es poco. Ahora bien, sin perjuicio de los excesos mencionados de la «guerra contra el terror», lo cierto es que el mas fuerte movimiento armonizador se está produciendo en la esfera más sensible para los derechos del acusado en el proceso, como es en el paso agigantado de la sustitución de los restos del proceso inquisitivo por el acusatorio. En verdad en Europa y América Latina el juez de instrucción tan querido por Napoleón está a punto de la plena jubilación¹¹, pero no en Francia.

Lo que sí es bien cierto es que nos encontramos con un incremento de la criminalidad y con una representación social de la misma bien diferente.

4. EL MODERNO INCREMENTO DE LA CRIMINALIDAD

De igual modo pertenece a la esencia del tiempo contemporáneo el incremento de la criminalidad, al menos para la Consejo Científico Criminológico del Consejo de Europa, es un valor entendido¹². Hay un incremento de la criminalidad equi-

10 Resolución de la Cámara de los Lores de Gr. Br. de 8 de diciembre de 2005, *El País* del 9, en UKHL 71 (2005). En el mismo sentido el TS de España, ponente Joaquín Giménez: S. 20/07/2006, F. de D. 6º: toda diligencia o actuación practicada en ese escenario –Guantánamo–, debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente. Sobre la ejecución preventiva de terroristas del IRA en Gibraltar por fuerzas de seguridad británicas v. *Comisión de Derecho Humanos, Naciones Unidas, El/CN.4/1998/68/Add.1, Informe del Relator Especial* Bacre Wali Ndiaye.; Sobre las de Israel v. sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 14 diciembre 2006; Philip Sands, *Lawless World: America and the Making and Breaking of Global Rules*; Penguin Books, London 2005.

11 Una visión sobre la mayoría de países de America Latina vid. en *Jornadas iberoamericanas de oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, Inacipe, Mexico 2ª ed. 2008. En Francia, a la espera de un informe final el informe del Comité de Reflexión *Léger* para la reforma de los Códigos penal y de enjuiciamiento criminal presentado el 9 de marzo de 2009, persigue, en concordancia con los deseos del Presidente de la República, la supresión del juez de instrucción, cfr. Lavric, S.; *Rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal*, Dalloz, 2009, p. 718, Rome, F.; *Disparition programmée du petit pois le plus puissant de France...*, Dalloz, 2009, p. 73; Delmas Marty, M.; «Le parquet, enjeu de la réforme pénale», en *Le Monde*, 25 de mayo 2009.

12 V. Henri Bolle, P.; «Dimensions, formes et évolution de la criminalité en Europe et principaux problèmes de saprévention », en *Melanges en l'honneur de François Knoepfler*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2005, p. 469 y ss.; Shaw/van Dijk/Rhomberg, «Tendencias de la delincuencia y la justicia en el mundo», en *Foro sobre el delito y la sociedad*, 3, dic. Naciones Unidas, 2003, p. 37 ss.

valente al incremento del producto interior bruto en todos los países. Se ve en la experiencia española del paso de la dictadura a la democracia que la criminalidad se multiplicó por tres. Decían los enemigos de la democracia que era el fruto de la misma. Naturalmente que la democracia da libertad a sus enemigos y, por lo tanto también al crimen, pero resultaba que el mismo incremento se había producido en el resto de Europa, que había tenido el privilegio de no pasar ese trance, en esos mismos años¹³. La debilidad o miseria de la estadística criminal de todos los países nos impide hacer un juicio sereno, pero en países del mismo espacio geográfico nos encontramos con esa circunstancia como constante¹⁴.

5. LA APARICIÓN DE UNA CRIMINALIDAD BIEN MODERNA

En verdad, no solamente se ha incrementado la criminalidad, sino que hay una criminalidad de nuevo tipo. La podemos llamar criminalidad «moderna» por distinguirla de la tradicional: del robo, del hurto, de las lesiones, de las violaciones, de los homicidios y de los asesinatos. En lo nuevo está el terrorismo actual, que nada tiene que ver el terrorismo clásico del anarquista casi aislado, con el de la organización terrorista ETA, la banda Baader Meinhof o las Brigadas Rojas o que es postmoderno, incluso en las formas organizativas, la organización terrorista Al Queda, en su forma de red conectada a la de las comunicaciones y deslocalizada a lo ancho del Mundo y con el novísimo elemento del terrorista «suicida» para lo que no hay sistema preventivo que sea suficientemente eficaz, pues todo el sistema policial y penal está programado contra un delincuente que no quiere ser detenido y menos ser llevado al otro mundo.

Está en lo nuevo también el tráfico de drogas, patrocinado hoy por una demanda creciente de consumidores y por la cada vez mayor facilidad para su transporte, así como por la aparición de drogas sintéticas o de diseño, que pueden ser fácilmente producidas en el propio país de destino. No son de menor relevancia los conflictos y jaques a los Estados a que somete el crimen organizado de la droga en algunos países. Colombia es bien conocido y con tradición ya compleja, lo moderno es México, en donde se requiere una política general de intervención directa de la fuerza militar. A su vez se presenta el fenómeno de los «narcoestados», alternativa fácil para los Estados «fallidos», sobre todo de África.

Otro fenómeno nuevo en sus dimensiones cuantitativas es el del tráfico de seres humanos. Naturalmente que no se puede olvidar que existió la esclavitud y el tráfico

¹³ Ver, p. ej., el caso de Alemania en *Zweiterperiodischer Sicherheitsbericht, Kurzfassung*, Berlin 2006, p. 9.

¹⁴ Arroyo Zapatero, L., *Criminality and urban context in Spain*, in Jay Albanese, *Current issues in international crime prevention and criminal justice*, ISPAC, Bangkok U.N. 11th. Congress on Crime Prevention, CNPDS Milan, 2004, p. 193 y ss.

de esclavos, pero es que entonces no eran considerados seres humanos por la comunidad internacional. Curiosamente, el primer reproche penal se dirigió en exclusiva a la trata de «blancas»¹⁵. Al margen de las causas y condiciones de las migraciones internacionales, tanto en Río Grande como en el estrecho de Gibraltar, conocemos bien la presencia de materia criminal en el tráfico de personas, tanto de trabajadores migrantes, como de mujeres para la explotación sexual¹⁶.

Todas estas formas de criminalidad pertenecen al género nuevo del crimen organizado¹⁷. Naturalmente que no se trata de que los delincuentes hayan descubierto ahora que es mejor organizarse para cometer crímenes. En la legislación española se tuvo la circunstancia agravante tradicional de actuar en «cuadrilla», y la de banda armada. Pero el crimen organizado de hoy es el producto de la suma y combinación de diversos elementos, teñidos todos por una aplicación de un exceso de inteligencia y de la extraordinaria capacidad de organización que dan todos los medios contemporáneos, tanto de movilidad y de comunicaciones, como la capacidad de daño que el crimen organizado tiene, tanto se trate de operaciones económicas, como de tráfico de sustancias ilegales o de armas. A su vez la esa capacidad de daño que en la actualidad resulta disponible dota al crimen organizado de posibilidades inéditas hasta hoy. Ejemplo de ello es tanto la operativa del secuestro de aviones para lanzarlos sobre los edificios de Nueva York, como la de que con dos modestos componentes a disposición en todo laboratorio universitario y con unos pocos teléfonos celulares se puede provocar una masacre en la estación de trenes de Madrid. Aunque sin duda en este punto lo más radicalmente novedoso es la aparición de los terroristas suicidas ya que todo el sistema de prevención policial y penal está programado para la lucha contra delincuentes que procuran a toda costa no ser aprehendidos.

Otro elemento de la moderna criminalidad, distinta de la tradicional, que ya el viejo criminólogo Nicéforo había avanzado con el argumento de que la del futuro sería la criminalidad de la astucia, es todo el llamado derecho penal económico en

15 Vid. Capus, N. *La répression de la traite des êtres humains autours du XIX^e siècle: une illustration de la polyphonie des efforts d'harmonisation pénale*, y Arroyo Zapatero, L. «*De la lutte contre l'esclavage et la traite des blanches à la proscription du trafic d'êtres humains*», ambos en DelmasMarty /Mark Pieht / Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008, p. 81 y ss y 105 y ss, respectivamente, aquí en Parte IV.

16 V. mi trabajo «Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos», en *Libro Homenaje a M. Barbero Santos*, II, Edit. Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, Cuenca 2001, p. 25 y ss. V. en Portal iberoamericano de ciencias penales (www.cienciaspenales.net) ruta: áreas temáticas/ problemas actuales/ inmigración y derecho penal, aquí en Parte IV.

17 Vid. Mendoza, E. *Delincuencia global*, con prefacios de R. Zaffaroni y E. Carranza, Mel V, Córdoba (Argentina) 2005. Una información contrastada e impresionante puede verse en Moises Naím, *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, Debate, Barcelona 2006; Glenny, *McMafia*, M. *El crimen sin fronteras*, Destino, Barcelona 2008; Napoleoni, L. *Economía canalla. La nueva realidad del capitalismo*. Paidós, Barcelona 2008.

sentido amplio, desde el núcleo del fraude hasta la corrupción y el delito contra el medio ambiente. Crecimiento económico, globalización, tasas de beneficio, ingeniería financiera, transparencia en el mercado, etc., han producido una nueva criminalidad –que estoy seguro asombraría a Edwin Sutherland– y para luchar contra ella un entero Derecho penal económico¹⁸. Pero cuando apenas comenzaba a asentarse ese Derecho penal económico se impuso la globalización neoconservadora, sin control de los mercados y sin derechos humanos, que ha llevado a una crisis económica y social también global, cuyo estudio hay que dejar para otro día.

6. DERECHO PENAL CLÁSICO V. DERECHO PENAL «MODERNO»

Lo último nos permite advertir sobre la consolidación de un derecho penal moderno, muy debatido entre los penalistas¹⁹, frente a un derecho penal clásico, vinculado a los elementos nucleares o lo que era el núcleo tradicional del derecho penal: los delitos contra la vida, los delitos contra los bienes personales. Frente a eso se ha levantado algo, que a algunos asombra, a otros asusta y a otros nos parece que los bienes jurídicos personales y colectivos requieren hoy ese moderno Derecho que tenemos que ser capaces de estudiar y modular.

Otro ámbito que ha experimentado un incremento más que cuantitativo es de los delitos imprudentes. Para empezar los delitos contra la seguridad en la circulación. Desde que hay automóviles hay accidentes, pero los autos nunca han tenido el peso, ni alcanzado la velocidad ni la fuerza de choque y daño resultante de hoy en día. El problema ha dado lugar a un experimento político criminal que merece ser atendido: frente a la incriminación del mero conducir arriesgado y exasperando las penas por la infracción de los reglamentos cuando se producen muertes o lesiones, se ha introducido el llamado carnet «por puntos», de tal manera que la reiteración en infracciones administrativas por conductas arriesgadas indebidas graves puede concluir con la pérdida del permiso de conducir, a lo que sigue la incriminación del que conduce con la licencia retirada, así como la de las conductas arriesgadas mas

18 Consagrado por Klaus Tiedemann, *Wirtschaftsstrarechts. Allgemeiner y Besonderer Teil*, ed. Carl Heymanns Colonia 2004 y 2005, edición unificada en un vol. De 201.; Tiedemann/ Arroyo/ Nieto, *Eurodelitos*, Inacipe, México 2006. Vid. también, Geneviève Giudicielli-Delage, (Dir.) *Droit pénal des affaires en Europe*, Puf, Paris 2006. J. R. Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio, (Dir.) *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Colex, Madrid 2008.

19 V. con numerosas contribuciones Arroyo Zapatero/U. Neumann/ Nieto, A. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ed. UCLM, Cuenca 2003; AAVV, *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, hay una versión en alemán: Ulfrid Neumann/ Cornelius Prittwitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a.M. 2005. Vid. también, *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Peter Lang, Frankfurt a.M. 1995, con versión en español: *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada 1999.

temerarias, como el exceso descomunal de velocidad y la conducción bajo los efectos de una determinada tasa de alcohol o de drogas. Todo ello constituye un ejemplo de Derecho penal de última ratio, motivador del cumplimiento de las normas básicas y de efectos disuasorios y preventivos, que en España ha comportado la reducción de varios miles de víctimas mortales²⁰. Pues bien, aún cuando desde hace decenios se ha creado la categoría de delitos llamado contra la seguridad *colectiva* del tráfico, todavía no resulta generalmente comprendido que dicha seguridad es un bien jurídico material y formalmente diferente del de la vida y la integridad corporal. Lo mismo acontece en relación a no pocos delitos «modernos» relativos al manejo de riesgos, desde los delitos contra la seguridad en el trabajo a los relativos al medio ambiente. Esta criminalidad realmente moderna requiere un derecho penal también moderno, así como la aceptación de nuevos bienes jurídicos, salvo que se renuncie la tutela de bienes jurídicos fundamentales.

En realidad, todo lo que se llama Derecho penal moderno no es más que la adaptación del derecho penal a las modernas condiciones de vida social del tiempo contemporáneo que requieren nuevas formas y nuevos instrumentos de protección de esas nuevas necesidades sociales. El derecho penal moderno, el derecho penal económico, el derecho penal del riesgo, no es un capricho de los gobiernos que persiguen medidas meramente simbólicas. Creo que es producto de una sólida necesidad material y jurídica que los penalistas debemos de asumir y construir críticamente.

Entre lo moderno emergen hechos y conductas delictivas que han existido siempre, pero el manto de la «adecuación social» impedía verlos y reaccionar institucionalmente como tal. Lo más representativo es la violencia de género, es decir, la violencia de los hombres sobre sus mujeres, bien diferente criminológicamente de la violencia doméstica. Los dos países que mejor han reaccionado con medidas procesales y penales son precisamente dos que, por razones diversas, tenían dificultades normativas añadidas para reaccionar contra el problema, España con la Ley integral contra la violencia de género en 2004 y Brasil con la Ley conocida como María da Penha de 2006²¹. En España el sistema de las infracciones penales menores llamadas *faltas*, tras el Código del 95 sólo con pena de multa y antes con prisión inferior a 30 días y sin posibilidad de medidas cautelares contra las amenazas leves –faltas– de agresión dejaron al descubierto la trágica desprotección y llamaron la atención sobre la dimen-

20 Vicente Martínez, R., *Derecho penal de la circulación*, Bosch, Barcelona 2008.

21 V. Arroyo Zapatero, L., «Legitimidad constitucional y conveniencia político criminal de la ley contra la violencia de género», en *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología, Libro Homenaje a María del Mar Díaz Pita*, Tirant, Valencia 2008, p. 707 y ss. También en www.cienciaspenales.net.

sión epidémica de los hechos de base tan ofensivamente discriminatoria. En Brasil fue el instituto descriminalizador del sistema de los *juizados especiais* para los delitos de reducido valor ofensivo fue lo que llevó el problema hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y del escándalo a la Ley.

Lo moderno es, en no pocas ocasiones, antiguo. En los 15 años en que se discutió la reforma penal española que dio lugar al Código de 1995 todos pensaban que mantener el delito de piratería en el mar era una antigualla, y así nos han sorprendido los piratas en el Golfo de Aden y en otros muchos lugares sin delito y punición autónoma, y además, como a otros países europeos, sin procedimiento penal claramente aplicable²².

7. UNA NUEVA REPRESENTACIÓN SOCIAL DE LA CRIMINALIDAD

Naturalmente que siempre ha habido un sector de la sociedad muy contrario a lo que proclamó la primera gran penalista española Concepción Arenal²³: *odia el delito y compadece al delincuente*, un sector que siempre ha odiado también al delincuente. Pero, a la vez que se produce el rechazo del crimen, siempre ha habido sectores sociales proclives a comprender que buena parte de la criminalidad se origina en la pobreza. Y esto lo dice maravillosamente bien Cervantes en *El Casamiento engañoso*: «la pobreza –dice Cervantes– atropella a la honra, lo que a unos lleva a la horca y a otros al hospital». Y esto es cierto, siempre en el pensamiento crítico del mundo latino –al menos– hemos tenido esa comprensión sobre el origen social de buena parte de la criminalidad.

En la transición española no se explica de otra manera que la primera ley aprobada por unanimidad, después de la Constitución, es la Ley general penitenciaria; que sigue siendo la ley más progresista de Europa y sin que hechos terribles como los de la acción terrorista sistemática durante años y otros graves crímenes hayan llevado a retrocesos en el sistema de beneficios penitenciarios, al menos en el sistema general, y con excepción del terrorismo, como ha ocurrido con países que tuvieron ese mismo régimen, como es el caso de Italia.

Hoy casi nadie piensa como Cervantes en los países avanzados, y se produce en esas sociedades de la abundancia un rechazo radical de la criminalidad y del

22 V. Jiménez Piernas, C.; *Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional*, Informe ARI del Real Instituto Elcano, 23/12/2008, v. en www.elcano.org. Sobre la situación en Francia, ver Poissonner, G.; *Les pirates de la Corne de l'Afrique et le droit français*, Dalloz, 2008, p. 2097; Menarc, C. "Rapport d'information sur la piraterie maritime", en *Assemblée Nationale*, n° 1670, Mayo 2009; Salvatierra, *El próspero negocio de la piratería en África*, Catarata, Madrid, 2010.

23 Arenal, C.; *Estudios penitenciarios*, 2 vols, Suárez, V. Madrid 1895, disponible sus obras completas en www.cervantesvirtual.net. Lo dicho en el texto vale hasta la introducción de la prisión perpetua revisable en 2015.

delincuente. La resocialización aparece como un esfuerzo innecesario para la mayoría de los delincuentes y respecto de un sector no muy numeroso pero muy activo, absolutamente innecesario. En las mismas sociedades que han sido partidarias de reconocer los orígenes sociales de delincuencia revive la idea de la inocuización, si no en general, por lo menos ante los delitos sexuales y ante los delitos violentos en general²⁴. Y el gran reto de los países desde el punto de vista de una política criminal humanista como proclama la *Société Internationale de Défense Sociale*, está precisamente, más en el régimen penitenciario que en el Código penal. En el desarrollo o persistencia de los beneficios penitenciarios y en el establecimiento de condiciones en la privación de libertad que al menos no hagan imposible la resocialización es donde se sitúa el reto.

En el ámbito de las penas se han producido en este más de medio siglo notables avances, aunque a veces los retrocesos aislados nos nublen la vista. El más relevante avance civilizatorio es el retroceso de la pena capital²⁵. En Europa el más determinante instrumento ha sido el Protocolo número 6 a la Convención europea de derechos del hombre del año 1983, con entrada en vigor en 1985, así como el Protocolo 13 de 2002 respecto a la abolición para tiempos de guerra y la *non nata* Constitución europea, que ha producido efectos incluso antes de ser sustituida por el Tratado de Lisboa en debates europeos recientes como los habidos en Polonia, en la que en la anterior legislatura se ha pretendido reinstaurar y en relación a Turquía, que demandaba su ingreso en la Unión sin derogarla, lo que efectuó en 2004. En la esfera propiamente internacional debe mencionarse la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre de 2007 instando una moratoria a la aplicación de la pena capital. La abolición es un factor de civilización. Y así se puede advertir cuando el TS de los Estados Unidos suprime la aplicación de la pena de muerte a menores o cuando se abole en México y la tierra firme del continente latinoamericano se convierte en territorio libre de pena capital, o cuando en el corazón de África se abole en Togo, o cuando China anuncia en 2008 que sustituirá

24 V. Silva Sánchez, J. M.: «El retorno de la inocuización», en *Libro Homenaje a Marino Babero Santos*. I. Publicación de UCLM-USAL, Cuenca 2001, p. 699 y ss.

25 Por efecto de los protocolos de Naciones Unidas y de la Unión Europea sobre la situación mundial por todos ver Schabas, W. *The abolition of the death penalty in International Law*, 3ª ed., Cambridge 2002 y Jon Jorke; *Against Death penalty*, Ashgate, Surrey 2009; G. Cohen-Jonathan/W. Schabas, *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, Ed. Panthéon-Assas, Paris 2003. Sobre el proceso europeo vid. Stefano Manacorda. «L'abolition de la peine capitale en Europe: le cercle vertueux de la politique criminelle et les risques de rupture», en *Revue de Sciences Criminelles et droit pénal comparé*, 2008, p. 563 et ss. Vid. Declaración de la SiDS para la moratoria internacional de su aplicación en *Cahiers de Défense Sociale*, 2007-2008, p. 51. Ha sido abolida en México en 2006. Al respecto, con todas las referencias v. Luis Arroyo Zapatero, Rafael Estrada y Adán Nieto, *Metáfora de la crueldad: La pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, UCLM, Cuenca 2016.

el fusilamiento por la inyección letal. Creo, efectivamente, que la pena capital está de retirada y constituye un gran avance moral de las sociedades contemporáneas.

En esa nueva representación de la criminalidad, con consecuencias para las penas, cuenta la entrada en escena de la víctima, que ha comenzado abriéndose paso fustigando a los liberales por habernos olvidado desde 1789. A partir de ello, se ha desarrollado un argumento en el que corren riesgos principios fundamentales levantados costosamente contra la ley del talión, ejercida directamente por la *sippe* o por interposición del Estado²⁶. Es el renacimiento del punitivismo, que ha cabalgado con éxito en todos los frentes en los Estados Unidos de América desde los años 70, avanza en sectores determinados en todos los países provocando un reverdecimiento de la prisión perpetua inclusive sin *parole*²⁷, o, en España, con la prisión permanente revisable en 2015.

8. VICTIMOLOGÍA. EL REPROCHE A LOS LIBERALES

Pero no es justo el reproche que se hace a los penalistas liberales de haber abandonado a las víctimas. Debemos ser conscientes de que, ante todo, el Derecho penal liberal es precisamente la superación de la venganza privada, que estaba administrada por el rey en nombre de las víctimas y con olvido por completo del delincuente. Esto no fue casual, fue una gran conquista intelectual y política de la humanidad. No hay más que ver las condiciones sociales y culturales de los países en los que la víctima tiene un papel hegemónico. Pero el problema radica en que efectivamente sí ha habido aspectos relativos a la víctima que las legislaciones han olvidado. Y no ha sido sino hasta tiempo reciente cuando se ha instrumentado en algunos países la indemnización de las víctimas de los delitos violentos o de determinadas víctimas, como, por ejemplo, las víctimas del terrorismo. Muy destacable es en este punto la Decisión Marco de la Unión Europea sobre el estatuto de la víctima en el Derecho penal de 2001 y la Directiva de 2004 sobre indemnización a víctimas de delitos violentos²⁸. Las Naciones Unidas adoptaron el

26 V. Sobre todo ello, Rodríguez Manzanera, L. *Victimología*, Porrúa, (8ª), México, 2003; Tamarit Sumalla, J. M. *Estudios de Victimología*, Tirant lo Blanc, Valencia 2005. Un reciente y completo estudio de Derecho comparado y conclusiones puede verse en Giudicielli-Delage, G. y Lazerges, C.; *La victime sur la scène pénale en Europe*, Puf, Paris 2008.

27 V. Arroyo Zapatero, Lascuraín Sánchez y Pérez Manzano (Edit.), *Contra la cadena perpetua*, UCLM, Cuenca 2016, con amplias referencias. Además, Antoinette Chauvenet, *Les longues peines: Le "principe" de la peur, en "Champ Pénal, VI, 2009* (www.champpenal.revues.org). De conjunto v. *Securitarismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*, Arroyo/ Mireille Delmas Marty/ Jean Danet/ Maria Acale (Edit.) UCLM, Cuenca, 2013.

28 El sistema se introdujo en España por la Ley 35 de 1995, de 11 de diciembre, con posteriores adaptaciones y con campo especial de atención para las víctimas del terrorismo por Ley 32 de 1999. Ahora la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

1985 una relevante Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, que marcó el camino pero requiere mayor jerarquía normativa²⁹.

Hay que ajustar a la protección de las víctimas todo el Derecho penal, pero las víctimas no se pueden apoderar del Derecho penal. Vivimos en un «tiempo de las víctimas»³⁰ y no es que esta compulsión social y política en favor de la víctima sea un capricho antiliberal del momento, sino que es fruto de algo que cualquier experto en teoría de la comunicación audiovisual³¹ explicaría bien: La televisión –sobre todo cuando ha perdido los pudores– coloca en la mesa familiar del almuerzo o de la cena las víctimas desgarradas en sus carnes por el efecto de una bomba. Y esa presentación en vivo y en directo del horror ha generado una tensión social de rechazo de la criminalidad, de solidaridad ciega con las víctimas, una exigencia al Estado de tutela total, y, a su vez, una ausencia total de recelo frente al Estado. Esos efectos de los medios y modos de comunicación modernos son elementos de la realidad que los penalistas debemos tener en cuenta para hacer frente a los reclamos de la inocuización, para hacer frente a políticas criminales de telediarismo, de derecho penal puramente simbólico, y también para evitar el recurso atolondrado a medios taumatúrgicos modernos. Así, por ejemplo, con el «descubrimiento» de las nuevas tecnologías, y la pretensión de disponer el uso de brazaletes electrónicos³² a miles de personas condenadas, cuando todos los pocos especialistas en el asunto saben hoy ya que esos medios de control solamente se pueden aplicar con éxito sobre aquellos que están dispuestos a someterse voluntariamente al control³³.

Todo expuesto forma parte de nuestro mundo moderno. El Estado tiene que garantizar a la sociedad, sacudida por el impacto de los medios, que hace algo. Lo que hay que procurar es que haga las menores barbaridades posibles y los

29 En ello está sobre todo la Sociedad Internacional de Victimología, que cuenta con el apoyo de las otras cuatro grandes Asociaciones científicas.

30 V. Caroline Eliacheff y Daniel Soulez Larivière, *Le temps des victimes*, Ed. Albin Michel, Paris 2007.

31 García Arán, M. y Botella, J. *Malas noticias. Medios de comunicación, políticacriminal y garantías penales en España*, Tirant, Valencia 2008; Marino Barbero y Rosario Diego, (coord.) *Medios de comunicación y proceso penal*, Société Internationale de Defense Sociale y Univ. de Salamanca, 2000; Jacques Francillon, «Medias et Droit pénal. Bilan et perspectives», en *Rev.sc.cim* (1) 2000, p. 59.

32 Sobre la historia y los límites múltiples de la pasión del legislador francés por esta medida ver Christine Lazerges, *L'électronique au service de la politique criminelle: du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM)*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, p. 183.

33 V. un informe con referencias René Levi, «Le placement sous surveillance: Bilan de la phase de expérimentation», en *Question pénales*, 2003, junio, ruta en www.cesdip.org/publication/questions_penales; Japiassú, C. E. A. «A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica» en *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 2007.

penalistas hemos de comunicar a la sociedad que el Estado lo hace y lo hace con los costos sociales menos elevados. Pero en todo caso, lo que no nos podemos permitir los penalistas ni tampoco la Sociedad es que haya en las normas penales espacios en los que la víctima no esté protegida, debiendo estarlo.

9. UNA OPINIÓN PÚBLICA MUNDIAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL

En realidad, todo lo que se enuncia como novedades del Derecho penal no es más que una parte del cambio del paisaje global de nuestro mundo cultural que tiene aspectos jurídicos, como los que se han mencionado, así como políticos y económicos. Los económicos son los más determinantes, pero los criminales también. Hay algo que se debe destacar en esta aproximación a los elementos más sobresalientes de lo nuevo pero consolidado de este cambio de paisaje. Lo primero es que se puede afirmar que hoy existe claramente una opinión pública mundial; que existe una cierta sensación de ciudadanía de mundo y que esa idea de las cosas del mundo estaba limitada, hasta hace muy poco tiempo, a los dirigentes de los países.

Así lo hemos podido percibir en varios casos penales por excelencia: el caso del genocidio en Yugoslavia, el caso Pinochet³⁴, y, especialmente, el caso de la guerra de Irak o, mejor, el caso de las tres consecuencias básicas que aquí interesan de la guerra de Irak: concepto de guerra de agresión³⁵, Guantánamo³⁶, cárceles secretas y tortura. Hay una opinión pública mundial fundada en los medios de comunicación tradicionales, que hacen incluso páginas completas en ambos lados del océano el mismo día y en el mismo momento, las televisiones que emiten en directo desde cualquier punto del mundo y hacia cualquier lugar, a lo que se une y reduplica la comunicación ya visual de comunicación de Internet. Esto es lo que ha hecho posible la generación de una opinión pública mundial. A la opinión pública mundial pertenece la idea de que se ha acabado la impunidad para los dictadores. Lo proclamó con claridad y con alcance, que sin duda superaría la visión de sus jueces, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso «Barrios Altos» v. Perú, el 14 de 2001.³⁷ Lo ha consagrado la condena del ex Presidente Fujimori por la Corte Suprema del Perú el 7 de abril de 2009.

34 Roht-Arriaza, N. *The Pinochet effect*, Univ. Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004.

35 Al respecto v. Remiro Brotons, A. *Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo*, Documentos 10, Friede.org, Madrid 2005, también on line en inglés, y Lambert-Abdelgawad, E. «La répression du crime international d'agression: la révision programmée du Statut de Rome va-t-elle permettre l'impensable?» en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008 (1), p. 184-199.

36 Aman, D. M. *Abu Ghraib*, U. Pa. Law Review, Bd.153, 2004-2005, S. 2085 ff.

37 *La Corte interamericana de Derechos Humanos – Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, especialmente: Saavedra, P. *La*

Pertenece pues a la idea de la opinión pública contemporánea, por lo tanto, además de esa exclusión general de la impunidad, la invalidez de las leyes de «punto final», las autoamnistías. Incluso asuntos tan complejos como internos, como puede ser el caso alemán de los soldados que disparaban a los que huían saltando el muro y de sus gobernantes. Ni esos pueden estar seguros –mucho menos los que los mandan– de que tengan garantizada la impunidad³⁸. No dejará de tener consecuencias en este orden el debate sobre el tratamiento jurídico de la «guerra contra el terrorismo» después de Bush, ni de algunas formas criminales de realización de la guerra en Oriente Medio, como los hechos de Gaza de finales de 2008. Resulta muy significativo que el primer Decreto del Presidente Obama haya sido el destinado al cierre de Guantánamo y a la supresión de la tortura³⁹.

La presente crisis financiera internacional se encuentra todavía en una fase crítica, pero cuando se avance en sus soluciones es muy probable que lo que eran ideas y políticas criminales de vigencia territorial y cultural limitadas casi al mundo anglosajón se conviertan en postulados universales, como, por ejemplo, el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo cierto es ya que buena parte de lo que llamamos Derecho penal económico europeo es producto de la americanización de las instituciones y normativas de gobierno de la economía europea⁴⁰, normativa propia de la economía norteamericana de antes del ascenso –y caída– de los *neocons* y del sistema financiero internacional⁴¹.

respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias, p. 385 ss.; Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. *Las decisiones básicas de la CIDH, Estudio y jurisprudencia*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

38 Cherif Bassiouni ha dirigido en los últimos años un profundo trabajo teórico y político-jurídico sobre los principios derivados de la idea de *impunidad*; *The Chicago Principles on post-conflict Justice*, 2008 y un extraordinario estudio mundial por regiones de los procesos de responsabilidad por crímenes de guerra y contra la humanidad después de Nuremberg: *The pursuit of International criminal justice*, Intersentia, Cambridge 2010.

39 Ver, con referencia, Danner, M. «The Red Cross Torture Report: what it means», en *The new York Review of Books*, 56, n° 7, abril, 2009.

40 Sobre el fenómeno de la americanización del Derecho penal v. Nieto Martín, A. «¿Americanización o europeización del derecho penal económico?», en *Revista penal*, N° 19, 2007, págs. 120-136 (también en el portal www.ciencias penales.net) y el monográfico de *Archives de philosophie du droit*, 2001, n° 45.

41 Vid. Nieto Martín, A. «Americanisation or europeisation of corporate crime?», en DelmasMarty, M. / Pieht, M. / Sieber, U. *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008.

10. ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO PENAL Y NUEVAS FORMAS DE DERECHO COMPARADO

En definitiva, estamos ante una gran oportunidad para la consolidación de la conciencia internacional de la antijuridicidad respecto de los crímenes más graves. Y además se debe destacar que nos encontramos en un impresionante proceso de armonización internacional de las conductas punibles, de los protocolos de investigación judicial y penal así como del desarrollo de la cooperación judicial y muy especialmente de la extradición⁴².

Está pues justificada la atención cada vez más intensa a los problemas de la jurisdicción penal universal y a la Corte penal internacional, así como a los Tribunales *ad hoc*. Son, en efecto, a pesar de las dificultades técnicas y políticas las grandes instituciones políticas de este principio de siglo y la más relevante manifestación de una globalización económica⁴³ con derechos humanos.

Pero además de la armonización de reglas e instituciones penales que comportan el principio de la justicia universal y de la Corte Penal Internacional la globalización económica comporta factores de armonización de gran potencia. Es muy significativo lo que acontece en la Unión Europea, en donde se terminará más pronto que tarde constituyendo un verdadero espacio penal común, con normas penales materiales y procesales comunes y con un control judicial europeo común⁴⁴. Resulta muy conveniente atender a la evolución reciente de la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo⁴⁵ y de Luxemburgo y sus efectos para el refinamiento y europeización del Derecho penal de una Europa que más allá de la propia UE alcanza hoy de Lisboa a Vladivostok. El principio de confianza mutua es sin duda el más relevante para la construcción de ese espacio de Libertad y Seguridad en la Unión Europea y

42 Ver Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. *La orden de detención y entrega europea*, ed. UCLM, Cuenca 2006.

43 Henzelin, M./Roth, R. *Le droit pénal a l'épreuve de l'internationalisation*, Bruylant, Bruselas, 2002; Perdo David, *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penales*, Giuffrè, Milan, 2001; Otfried Höffe, *Demokratie im zeitalter der Globalisierung*, Beck, Munich, 2ª ed., 2002 (1ª de 1999).

44 Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A. *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Colección Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007; Arroyo Zapatero L./Nieto Martín, A. *La orden de detención y entrega europea*, Colección Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007; Arroyo Zapatero, L./Moreno Catena, V. *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad Seguridad y Justicia Penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006; Giudicelli-Delage, G. *Droit pénal des affaires en Europe*, Themis, Paris 2006.

45 George Antoniu, *Implications de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur la loi pénale roumaine*, Revue Roumaine des sciences juridiques no.2/19, p. 11. Idem en SCJ no.1/1992, p.9 y en los vols. 1/1993, p. 8; 2/1993, p. 17 y 3/1993, p. 13.

su fruto más importante es el de la euroorden. Solo gracias a ésta se ha logrado, por ejemplo, acabar con la impunidad de centenares de mafiosos condenados en Italia y refugiados en la Costa del Sol de España.

En el espacio de América Latina ya se ha aludido a algunos de los efectos armonizadores y de progreso, a los que habrá de atenderse con solicitud. También tendrá consecuencias en algún momento el proceso del MERCOSUR y bueno sería que nos hallara preparados, para lo cual la experiencia de la construcción del Derecho penal y procesal europeo podría servir como laboratorio

Por otra parte, otros organismos internacionales proporcionan reclamos de armonización que se cumplen de modo inexorable y con novedosa agilidad. Se trata en primer lugar de los Tratados que produce Naciones Unidas, muy especialmente los más recientes, como los convenios contra el crimen organizado transnacional, contra la corrupción, el tráfico de personas, el lavado de dinero, etc., pero también otras organizaciones internacionales como la Organización para el desarrollo y la cooperación económica (OCDE), la Organización Mundial del Comercio (OMC) con sus convenios contra la corrupción o contra la Cibercriminalidad⁴⁶. Tales movimientos de armonización resultan en no pocos casos sorprendentes a los países sobre los que se proyectan y se reciben con críticas y defensas de la legislación de estilo nacional. A su estudio y sistematización han dedicado recientemente muy cualificados trabajos un numeroso grupo de profesores dirigidos por Mireille Delmas-Marty, Ulrich Sieber y Mark Pieth, bajo el título de *Les Chemins de l'Harmonisation*.⁴⁷ Universalización de la Justicia penal, globalización de la criminalidad y armonización de las normas penales reclaman una nueva forma de hacer Derecho comparado.⁴⁸ A tal fin debe prepararse la armonización de las normas penales, lo que debe hacerse mas a través de la hibridación de normas y de instituciones que a través de instancias verticales que imponen normas e instituciones.

46 Vid. Sieber, U. *Mastering complexity in the global Cyberspace: The harmonization of computer-related Criminal law*, en Delmas Marty, M. /Pieth, M./Sieber, U. *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008. Version en español: Los caminos de la armonización, Presentación de Luis Arroyo Zapatero y coord. de esta edición por Marta Muñoz de Morales, Tirant, Valencia 2009, disponible en abierto en www.cienciaspenales.net.

47 Delmas Marty, M./Pieth, M./Sieber, U. *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008 y versión española citada.

48 A tal fin está orientado el plan de trabajo para los próximos años del Instituto Max Planck por Ulrich Sieber: *Grenzen des Strafrechts. Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht*, ZStW 119 (2007) p. 1 y sigs.

Los tres fenómenos mencionados no solo ponen en cuestión el paradigma de la territorialidad de la ley penal, sino también el de la verdadera Ciencia del Derecho penal. Algunos ven el espacio germánico y mediterráneo –que también alcanza ese territorio fantástico entre Río Grande y la Patagonia– como una fortaleza de la dogmática penal, rodeada de pueblos primitivos que ni entienden ni quieren entender la estructura lógico-objetiva de las cosas.

Pero más allá de la discusión sobre la universalidad de la Ciencia del Derecho penal⁴⁹, la experiencia internacional, sobre todo desde la puesta en marcha del Estatuto de Roma, muestra que no solamente se ha establecido entre los penalistas la lengua inglesa como instrumento de comunicación, sino que por la puerta trasera también se ha colado la dogmática anglosajona, que no solamente tiene un nivel de elaboración intelectual propio del siglo XVIII, sino algunos elementos de Derecho penal material prebecarianos.

De todo ese panorama se deriva para nosotros la necesidad de proceder a la elaboración de lo que Fletcher formuló hace unos años: una gramática universal de la Ciencia penal⁵⁰. Los penalistas que nos reconocemos en Beccaría y en von Liszt tenemos la necesidad de adoptar una actitud de innovación. Innovación no es algo exclusivo de las ciencias experimentales y de las ingenierías. Podría constituir también innovación el acercar a los juristas anglosajones a la comprensión de nuestras reglas sobre el error de tipo y el error de prohibición para el tratamiento de las consecuencias para la determinación de la pena a partir de un principio común a ambos mundos como el principio de proporcionalidad, un argumento con el que sí está familiarizado el mundo anglosajón⁵¹.

49 Hans Joachim Hirsch, *Internationalisierung des Strafrechts und der Strafrechtswissenschaft*, ZStW 116, 2004, n. 4, S. 835-854.

50 V. Georg Fletcher. *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant, Valencia 1997, S. 19 y más elaborado *The Grammar of Criminal Law*, Oxford University Press, 2007.

51 Carbonell, Miguel, (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, 2008.

LA ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO PENAL. HECHOS ACTORES Y PROCESOS EN LOS CAMINOS DE LA ARMONIZACIÓN¹

Sumario: I. La construcción de una teoría general de la armonización. II. Los factores desencadenantes de los procesos de armonización. III. Los actores de los procesos de armonización.

Como expuso magistralmente Joachim Vogel² en su contribución de 2005 en la Universidad Autónoma de Madrid, en el debate político y jurídico interno de los países sigue siendo objeto de polémica la incorporación de figuras o reglas penales derivadas de normas internacionales, ya sea, con carácter general, de los convenios internacionales celebrados en el marco de las Naciones Unidas, ya en espacios regionales, como el de la Unión Europea, con la transposición de Directivas y, hasta hace poco, Decisiones Marco. Se mantiene todavía una línea de resistencia a la incorporación de normas penales generadas en el exterior, como si todavía fuese siendo cierto que el Derecho penal es junto a la moneda lo más propiamente y exclusivamente nacional de un país. Sin embargo, un examen cuidadoso de lo que son hoy los códigos y sistemas penales nacionales obliga a advertir que la

1 Publicado en *La armonización penal en Europa*, Jose Luis de la Cuesta (ed.) European Inklings, (EUi), nº 2, Euskadi, 2013, pp. 14-21.

2 Vogel, J. *Derecho penal y globalización*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2005, p. 113 y ss. Y recientemente *Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum*, Juristen Zeitung, 2012, pp. 25-31. También, Arroyo Zapatero, L.; «La armonización internacional del derecho penal», en *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional* (dir. Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A.), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2010. Vid. en capítulo anterior.

presencia de instituciones derivadas de compromisos internacionales no es ya algo excepcional. Sin duda, es la parte especial un campo en el que se ha producido ya un importante grado de armonización: tortura; trata de seres humanos; explotación sexual de menores; inmigración ilegal; esclavitud; explotación laboral y empleo ilegal; racismo; xenofobia y discriminación; criminalidad organizada; terrorismo; delitos contra el medio ambiente; corrupción; tráfico de drogas y dopaje; tráfico, producción y almacenamiento ilegal de armas; blanqueo de capitales; delitos contra el sistema financiero; falsificación de moneda; cibercrímenes; piratería; crímenes internacionales de guerra; contra la humanidad; genocidio; crímenes de guerra y aprensión. Como puede verse comporta todo ello un amplio catálogo de delitos que están ya armonizados en la mayor parte del mundo³. No sólo se trata de figuras delictivas, sino también de principios de jurisdicción, como la vigencia del principio de persecución universal de determinados delitos, la vigencia de la jurisdicción única de la Corte penal internacional y, además, de determinadas materias propias de la Parte general, como es la responsabilidad de las personas jurídicas, las normas que afectan a los principios de incriminación de los actos preparatorios y que se atreven por la injerencia de otros principios de otras culturas jurídicas, como el de la incriminación general de la conspiracy, pero igualmente también en materia procesal, como ocurre con buena parte de la cooperación judicial internacional, que en el caso de los países de la Unión Europea tiene un alcance tan amplio como el que supone la orden europea de detención y entrega. Quiere decirse con lo expuesto que la armonización penal desde instancias superiores al Estado nacional no es hoy la excepción, sino una regla más de la generación de tipos e instituciones penales. Sin embargo, seguramente como consecuencia de la velocidad del fenómeno desde aproximadamente el año 2000, no ha sido objeto de una reflexión cuidadosa ni de un estudio que vaya más allá de la metodología tradicional del Derecho comparado; los enfoques tradicionales no ayudan, pues están orientados al conocimiento de instituciones extranjeras que sirven a la interpretación de las nacionales o para construir nuevas instituciones en el sistema nacional. El problema hoy es bien otro: el fenómeno de la internacionalización y globalización de procesos e instituciones es de tanta intensidad como falta de concepción teórica y de preparación técnica. Mientras que hasta entrados en el actual milenio desde el nacimiento de la idea de una acción armonizadora hasta su plasmación en una norma o convenio internacional podían pasar varios decenios, durante los cuales se producirían estudios y congresos de largo alcance, en la actualidad se ha llegado a producir una norma internacional tan compleja como la relativa a la corrupción en apenas 6 años desde el planteamiento de la cuestión

3 Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A. *Código de Derecho penal europeo e internacional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.

en las Naciones Unidas⁴. La ausencia de una teoría general de la armonización internacional fundamentada en el análisis crítico y sistemático de la materia lleva consigo hoy frecuentemente el que la legislación y el sistema de un solo país arrastre el proceso internacional y se incorpora a los Derecho nacionales, lo que plantea además de problemas políticos, problemas técnicos que afectan a la eficacia del sistema. Así se manifiesta el fenómeno, por ejemplo, con la «americanización» del Derecho penal económico, lo que no es sólo un problema de imposición «imperial», sino de afectación grave del funcionamiento eficaz, transparente y seguro de las instituciones penales nacionales⁵.

I. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA GENERAL DE LA ARMONIZACIÓN

Para abordar este fenómeno de la internacionalización y de la armonización e intentar construir una teoría general sobre ello para comprender y gestionar los problemas, Mireille Delmas Marty diseñó un grupo de investigación, codirigido por Marc Pieth y Ulrick Sieber, al que asoció algún otro investigador senior y sobre todo un brillante grupo de jóvenes investigadores. En base a investigaciones por otros grupos de problemas de armonización que se llevaron a cabo sobre orientaciones comunes, se ha podido formular un esquema teórico para la comprensión de los fenómenos de armonización para la adopción de categorías analíticas y con postulados teóricos que, bajo el nombre de «*Les chemins de l'harmonization*», se publicó en Francia en 2008, en España en 2009 y en lengua inglesa próximamente por el Instituto Max Planck de Derecho penal de Friburgo de Brisgovia⁶. Con remisión *in toto* al mencionado libro, se pueden formular unos apuntes elementales sobre ese ensayo teórico para comprender el conjunto y los singulares procesos de armonización. En un mundo globalizado en el que no sólo viajen empresas, mercancías y personas, se trasplantan también instituciones y reglas que ordenan esas normas de unos países a otros. Estos procesos se producen por lo general de modo discontinuo y por efectos de factores que desencadenan movimientos y reclaman por el establecimiento de una regla común o de armonización. En la gestación de un proceso, además de los hechos o factores desencadenantes, intervienen actores

4 Joutsen, M.; «The impact of United Nations crime conventions on international cooperation», en *Routledge Handbook of International Criminology*, Edit. Cindy J. Smith, Sheldon X. Zhang, Rosemary Barberet, Londres, 2010, p. 112 y ss.

5 Nieto Martín, A.; «¿Americanización o europeización del derecho penal económico?» en *Revista penal*, n.º 19, 2007, pp. 120-136.

6 Delmas Marty, M./Pieth, M./Sieber, U.; *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Harmonising criminal law, Société de Législation Comparée, París, 2008. Versión española con presentación de Arroyo Zapatero, L.; *Los caminos de la armonización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

de muy diversa naturaleza, públicos y privados, gubernamentales e intergubernamentales, países y grupos de países y muy singularmente la propia comunidad internacional en la forma adoptada desde 1945 de la Organización de las Naciones Unidas. Todos esos procesos, sus actores, operan en la búsqueda e imposición de soluciones de regulación que permiten hablar de una armonización de tipo jerárquico o «imperial», o bien soluciones integradoras entre culturas y ordenamientos jurídicos diferentes que denominamos armonización por hibridación. Los grandes procesos de armonización se han producido en muy diferentes campos jurídicos. Así, en primer lugar, en el Derecho Internacional público, regulador de la vida internacional de la relación de los países entre sí y del principio de la gobernanza global, cuyos protagonistas son la Asamblea y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Con ello se ha producido la armonización de todo el campo del llamado Derecho internacional de los derechos humanos, el de la responsabilidad de los Estados y de sus dirigentes por los crímenes más graves y contra la humanidad. Naturalmente también se han armonizado en diversos grados los campos que pertenecen al sistema de Naciones Unidas, por ejemplo, el Derecho de la guerra y de las intervenciones militares humanitarias, de paz, de guerra o de defensa frente a agresiones militares; el Derecho del trabajo a partir de instancias que, creadas tras la Primera Guerra Mundial por la liga de la Sociedad de Naciones, han sobrevivido y han sido reasumidas por las Naciones Unidas con la Organización Internacional del Trabajo, con procesos originales de armonización lentos pero eficaces⁷.

II. LOS FACTORES DESENCADENANTES DE LOS PROCESOS DE ARMONIZACIÓN

De singular interés resulta una aproximación a los factores que desencadenan cada proceso de armonización y a su catalogación.

1. Las guerras han sido por desgracia el factor desencadenante más importante de procesos de armonización. Las dos primeras organizaciones internacionales globales surgen tras la 1.^a y 2.^a Guerra Mundial. La primera gobernanza mundial encomendada a la Sociedad de Naciones fue el fruto principal en la siembra de raíces de la paz entre las Naciones, y el establecimiento de sistemas de evitación de la guerra, comprendido dentro de ellos el primogénito sistema de justicia penal internacional, que no llegó a fructificar hasta la aún más terrible experiencia de la 2.^a Guerra Mundial, con nuevas dimensiones de los crímenes de guerra, dio paso a la necesidad de armonizar las reacciones contra las masacres que se vinieron a denominar

7 Sobre el amplio campo de la armonización en el marco de las Naciones Unidas puede verse Arroyo Zapatero, L. en *Los caminos de la armonización*, [última versión en Cahiers 2012]. Ver nota 1.

crímenes contra la humanidad. Tras unos convenios internacionales se adoptaron los de mayor relevancia para la armonización de las materias que más nos interesan, la Convención de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y en el año anterior la Convención internacional contra el genocidio, el mal supremo de los procesos políticos que se encontraban en la génesis de la gran catástrofe.

2. A las guerras las acompañan como factor desencadenante de procesos de armonización las llamadas crisis de criminalidad, la primera de ellas precisamente creada por la destrucción material y espiritual de la guerra y que dio lugar en el seno de las Naciones Unidas a la creación del más eficaz órgano de armonización penal, que hoy conocemos como Comisión para la lucha contra el delito y las drogas (UNODC), y en sus orígenes la «rama de defensa social» de las Naciones Unidas, cuyo comienzo y desarrollo se verá más adelante. Crisis de criminalidad son también procesos de incremento de la criminalidad consecuencia de fenómenos modernos como las migraciones del campo a la ciudad y de los países menos desarrollados hacia los países de promisión, generadores de un cambio en la distribución de la criminalidad hasta el punto de hablar de la criminalidad urbana, con procesos y sistemas de gestión específicos. Crisis de criminalidad es también lo que, por obra de la globalización y de los modernos medios de transporte y comunicación, ha dado lugar a una criminalidad organizada transnacional. Crisis de criminalidad ha sido también la generada por el fenómeno del 11 de septiembre y toda la movilización jurídica y logística de la «guerra contra el terror», con todas sus perversiones añadidas. Pero también se puede considerar crisis de criminalidad la aparición, sorprendente para la opinión pública, de una inusitada concentración de criminales de menor gravedad, como lo del alojamiento de centenares, si no miles, de miembros de la mafia italiana asentados en la Costa del Sol española que, condenados en procesos penales *in absentia* en Italia, fueron considerados no extraditables en España por considerar el Tribunal Constitucional que la institución de tales juicios en la vieja Democracia italiana resultaba inconstitucional en la española. De este modo la vieja institución de la extradición fue superada por la orden europea de detención y entrega por razón de las exigencias de la lucha contra el terrorismo y con el entusiasmo añadido de los gobiernos de España e Italia a quienes el Tribunal Constitucional abocaba a una crisis muy grave, y afectándose gravemente la lucha contra la más agravada forma de criminalidad, la criminalidad mafiosa, constituyéndose en España un «paraíso penal» para esa mafia que en Italia solo podría ser juzgada y eventualmente condenada *in absentia*, precisamente por encontrarse en los refugios de la costa mediterránea española. Crisis de criminalidad fue también la que produjo el repentino acto de presencia de numerosos delincuentes por delitos graves –contra la vida y contra la libertad sexual– originarios de la Gran Bretaña, ajenos a cualquier

sistema de detección y persecución por parte de la policía de ambos países. A las crisis de criminalidad como factores desencadenantes de la armonización se añaden los conflictos de interés económico y las crisis económicas como tales, de carácter nacional, pero sobre todo cuando adquieren carácter transnacional por efecto de la globalización del sistema. La crisis de la economía norteamericana –pero no solo– de 1929 generó tal crisis que desencadenó una profunda reforma de la regulación del sistema financiero y empresarial, con un notable aparato penal sobre el que reflexionó paradigmáticamente Erwin Sutherland, dando lugar uno y otro al Derecho penal económico y a su criminología. Toda esa regulación reactiva a la crisis de 1929 ha venido imponiéndose en todo el mundo como exigencia de las empresas matrices norteamericanas para garantizar condiciones homogéneas de competencia a las impuestas por sus regulaciones –y de coherencia normativa también– en todos los países y muy especialmente en los países de la Unión Europea, en la que buena parte del Derecho económico, de sociedades, del sistema financiero, de la competencia, etc., es proyección del derecho del país del capitalismo maduro, y que precisamente se vino al traste cuando un ideológico y concupiscente proceso de desregulación, una auténtica conspiración de los poderosos, dio lugar a la crisis de 2007 en su propia sede y en la de todo el mundo de su directa influencia, especialmente en Europa. Los delitos contra la competencia, el *insider trading*, la responsabilidad de las personas jurídicas, etc., tienen su origen en este mismo proceso de lo que Adán Nieto ha denominado –sin prejuicios– la «americanización del Derecho económico y su Derecho penal». También es una crisis y un conflicto económico el factor desencadenante del proceso de armonización de la lucha contra la corrupción internacional. Fue sin duda la crisis económica del sudeste asiático la primera crisis económica en la que la corrupción se advirtió como un factor determinante de la misma, a partir de lo cual se puso en marcha en las Naciones Unidas el proceso que llevaría a la elaboración de la Convención Internacional contra la corrupción y su aprobación en 2003⁸.

3. Las innovaciones tecnológicas son también factores que desencadenan procesos de criminalidad, en unos casos porque la innovación como tal da medios fabulosos a los delincuentes y a las organizaciones criminales, como son la telefonía móvil y todos los modernos sistemas de telecomunicación. Pero también la innovación como tal es capaz de generar espacios nuevos de criminalidad. Así la ciberdelincuencia, con sus riesgos y desafíos, ha sido producto de un proceso de armonización con caracteres muy singulares: los actores han sido en el primer momento agentes privados, amparados después en el ámbito económico intergubernamental de la OCDE, para asumir después el resto de fórmulas en un

8 Pieht, M.; «La armonización del Derecho penal: La prevención de la corrupción como caso de estudio», en “Los caminos de la armonización”, cit. supra 6 nota, p. 293 y ss.

convenio internacional del Consejo de Europa y discutirse ahora la elaboración de un convenio internacional en la esfera de las Naciones Unidas. En ocasiones los problemas de criminalidad no son determinantes de un solo efecto o campo de efectos. La cibernética no ha dado solo alas a la criminalidad tradicional y a la específica del sector, sino que ha sido factor de facilitación de recursos fabulosos para la delincuencia financiera y, no digamos, para el lavado de dinero⁹.

III. LOS ACTORES DE LOS PROCESOS DE ARMONIZACIÓN

A los anteriores factores materiales desencadenantes de procesos de armonización se une un elemento intelectual: las grandes ideas de la armonización jurídica y política internacional y regional elaboradas por personalidades y organizaciones del orden político, como el Presidente Wilson en la gestación de la Sociedad de Naciones o Eleanor Roosevelt en la Declaración Universal de Derechos Humanos, o Jean Monet y Robert Schumann en la creación de lo que hoy es la Unión Europea¹⁰.

Pero también han operado como relevantes actores personalidades y organizaciones académicas, como son los grandes maestros a los que se atribuye la formulación de ideas sobre la armonización penal internacional y las organizaciones que, creadas o impulsadas por ellos, han servido como guía a los posteriores procesos de armonización¹¹. En su primera fase, en lo que va del último tercio del siglo XIX hasta la 2.^a Guerra Mundial, encontramos las poderosas personalidades de los juristas del centro y norte de la Europa continental de Franz Von Listz, Adolf Prins y Van Hammel, a los que se unieron los grandes diseñadores del enfoque del crimen desde las ciencias sociales, Lombroso, Enrico Ferri y Garofalo –todo ello con el precedente trabajo de la Sociedad internacional de prisiones y de la obra informativa y comparativista de Carl Joseph Mittermaier–, que constituyeron la Unión Internacional de Derecho penal, en la que se plasmó y difundió no solo el arsenal del moderno Derecho penal sino que sirvió de cauce a la pretensión de una primera aproximación armonizadora del Derecho penal¹². La obra de Von Listz, de cuyos efectos todavía vivimos hoy, es obra titánica y ejemplo admirable de hasta qué punto una personalidad, sus circunstancias y sus

9 Sieber; «El control de la complejidad en el ciberespacio global: la armonización de los delitos informáticos», en “Los caminos de la armonización”, cit., p. 155 y ss.

10 Gledon, M. A., *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.

11 Zorgibe, C., *Historia de las relaciones internacionales. I. De la Europa de Bismark hasta el final de la Segunda Guerra Mundial*, Alianza Universidad, Madrid, 1997.

12 Kesper-Biermann, S./Overath, P., Petra (Edit.), *Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870-1930)*, BWV, Berlín, 2007

ideas pueden encarnar un proceso de innovación y de armonización internacional del Derecho penal. Salvo la pena de muerte, a la que no se opuso radicalmente, bien es cierto que seguramente porque se aceptaba por él y por todos la pena de prisión más o menos perpetua para los delincuentes graves no susceptibles de mejora en colonias fuera del mundo, “*transportation*”, todo lo demás es en esencia lo que pudo darse por conseguido en la reforma de los 70 en Europa, con la proscripción de las penas cortas, con el sistema penitenciario progresivo, el sistema de libertad condicional, substitutivos penales, etc. En 1926 se recrearía la organización que, sin participación inicialmente de los condenados por la derrota en la primera guerra mundial, pasó a llamarse Asociación Internacional de Derecho Penal. Es más, desde la propia AIDP y para ampliar su acción también a todas las demás organizaciones académicas o intergubernamentales, como las heredadas de las sociedades de los congresos penitenciarios, y bajo el amparo de la Sociedad de Naciones, se promueve la creación primero de la Comisión Internacional penal y penitenciaria, y después se dio lugar a la creación, también bajo el amparo de la Sociedad de Naciones, del Buró Internacional para la unificación del Derecho penal. La guerra mundial convirtió todo en cenizas¹³.

No debe desconocerse ahora que en pleno proceso de Núremberg, todavía tibias las cenizas de los crematorios, en expresión trágica de Robert Badinter, se produjo la creación de la AIDP, a instancias de su Vicepresidente y Juez del Tribunal penal militar internacional, profesor Donnedieu de Vabres, y su principal objetivo fue, en aras a la prevención de las guerras del futuro, el establecimiento de una Corte Penal Internacional, aunque tardará más de 50 años en verse constituida¹⁴. En los meses posteriores y en aquella Europa en la que no se leían más periódicos que los de la propia ciudad y su entorno, bien alejados de la actual «aldea global» en la que al minuto lo habríamos seguido, se creaba, sin conocimiento alguno de lo que se había puesto en marcha en Núremberg, el Instituto de Prevención y Defensa Social en Génova por parte de quienes habían atravesado sin mácula el tiempo trágico del destino de Italia, como Filippo Gramatica, quien en alianza con Marc Ancel, secretario general ya en los primeros meses de la postguerra de la Sociedad francesa de Legislación Comparada, constituyeron en Lieja en 1947 la *Société Internationale de Défense Sociale*. Por supuesto, los países vencidos no tenían representación alguna, ni de colaboracionismo de los países ocupados; sin embargo, se admitió a los españoles. La Sociedad Internacional de Criminología que había celebrado en 1937 su último congreso internacional en Roma no tardó

13 Radzinowic, L., *The roots of the International association of criminal law*, Max-Planck Institut, Friburgo de Brisgovia, 1991.

14 Arroyo Zapatero, L., «El espíritu de los tiempos: Sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social. 1949-2009», en *Revista Penal*, enero 2010, p. 230 y ss.

en despertar también tras la guerra. A los académicos y sus organizaciones les acompañaron desde los años 70 en la labor de agitación en pro del progreso y armonización de instituciones penales las llamadas organizaciones no gubernamentales, de acción social y basadas en el voluntariado. Por todos puede citarse Amnistía Internacional, con un gran papel en la lucha contra los crímenes de los poderosos, ante el Derecho penal vulnerador de Derechos humanos o contra la pena de muerte.

CESARE BECCARIA Y LA MODERNA POLÍTICA CRIMINAL EN ESPAÑA EN LOS PRIMEROS AÑOS DE LA DEMOCRACIA¹

I. Beccaria y España. II. Beccaria y la moderna política criminal española. 1. Legalidad y derecho penal. 2. La justicia penal debe ser pública, el proceso penal acusativo, las pruebas serán claras y racionales, proscribiéndose la tortura judicial y todo proceso inquisitivo. 3. Igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley penal. 4. El criterio para medir la gravedad de los delitos debe ser el daño social producido por el mismo; la inmoralidad de un acto no es fundamento de su criminalización.

I. BECCARIA Y ESPAÑA

Beccaria y su obra han estado presentes en la formación de la conciencia jurídica española desde la publicación de su «*Dei delitti e delle pene*». Ya fuera en sus ediciones italianas o francesas aparece citado en obras de ilustrados españoles como Alonso María de Acevedo, autor de «*De Reorum*», obra renovadora y alegato contra la tortura judicial, apoyado en testimonios de numerosos autores y, entre

1 Texto original en; «La Moderna Política Criminal en España y el pensamiento de Cesare Beccaria», en *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, 1990, Giuffré Editore, Milan, páginas 188-194 y Cesare Beccaria y la moderna política criminal en España, en *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, n° 10, 1990, págs. 7-16

ellos, Beccaria². Otro ilustrado y relevante político, Melchor de Jovellanos, era también conocedor de la obra de Beccaria con anterioridad a su versión castellana³.

La publicación de la traducción castellana, obra del abate Juan Antonio de las Casas, en 1774⁴, sufrió los avatares propios de una España que desde las entrañas del Antiguo Régimen y del poder inquisitorial se abría a las luces de nuestro primer Borbón ilustrado, Carlos III, Rey que, antes de serlo de España, lo fuera durante 25 años de Nápoles y Sicilia y cuya obra capital en la Historia de España conmemoramos precisamente este año 1988 con el bicentenario de su muerte⁵.

La publicación de la traducción de De las Casas constituyó uno de los más importantes enfrentamientos entre el Poder real y la Inquisición, muestra de ello es la nota con la que el Consejo de Castilla hizo acompañar al texto para su autorización: «*El Consejo, conformándose con el parecer del Sr. Fiscal (Campomanes), ha permitido la impresión y publicación de esta obra solo para instrucción pública, sin perjuicio de las Leyes del Reino, y su puntual observancia; mandando para inteligencia de todos, poner en el principio esta Nota*». El traductor, no menos prudente con la Inquisición que el Consejo de Castilla, manifestaba que «si en todo, o alguna parte de la doctrina contenida en el tratado presente, que hemos traducido, no fuese conforme al sentir de nuestra Santa Madre la Iglesia y a las supremas Regalías de S.M. desde luego, con toda sumisión y respeto, como debemos, lo detestamos; creyendo solo lo que nos enseñaron y sometiendo nuestro juicio al de nuestros Maestros y Superiores».

2 De Acevedo, A. M.; *De reorum absolute objecta crimina negantium apud equuleum, ac de hujus usu eliminando, praesertim ab ecclesiasticis tribunalibus, Exercitatio, Matriti, 1770, Ap. Joachinum Ibarra*. Traducción castellana en 1817: *Ensayo acerca de la tortura o cuestión de tormento; de la absolución de los reos que niegan en el potro los delitos que se les imputan y de la abolición del uso de la tortura principalmente en los tribunales eclesiásticos*, Madrid, Imprenta Collado, 1817. Sobre el Derecho penal español de la época, Vid. Tomas y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta, (siglos XVI-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969.

3 Cfr. Del Val, J.A. p. 169 en ob. cit. en nota siguiente.

4 *Tratado de los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de Las Casas, Madrid, Imprenta Ibarra, 1774, reproducida en la edición de Juan Antonio del Val, Madrid, Alianza Editorial, 1968, con introducción y un apéndice sobre «Beccaria en España», más el conocido comentario de Voltaire. También la edición de Francisco Tomás y Valiente, con introducción, notas y traducción propia, Ed. Aguilar, Madrid 1969.

5 Domínguez Ortiz, A.; *Carlos III y la España de la Ilustración*, Alianza Editorial, Madrid 1988. Carlos III era hijo de Felipe V de Borbón, y Rey de Nápoles y Sicilia desde 1734, hasta que en 1759 asumió la corona de España, recayendo la de Nápoles y Sicilia en su tercer hijo Fernando, confiando la regencia a Bernardo Tanucci.

La Inquisición, perdida la batalla de la publicación, y no conformándose con ello, prohibió su lectura por edicto de 20 de junio de 1777 y se incautó de cuantos ejemplares pudo, pero la obra continuó circulando y su influencia ejerciéndose, si bien no volvió a publicarse hasta 1820⁶. La anécdota revela así la timidez y los límites políticos de la Ilustración española.

Con todo, el debate estaba servido, y los temas y propuestas de Beccaria fueron objeto de viva polémica⁷ cuyo principal fruto fue el encargo por el Consejo de Castilla a Don Manuel de Lardizábal para que se ocupare de estudiar la legislación vigente a la luz de las nuevas ideas sobre la pena de muerte, el tormento, etc., y formare un extracto de las leyes penales. Su trabajo, que dio paso a la formación de una comisión para elaborar un código penal, vería la luz seis años más tarde: «Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma»⁸. Los lentos trabajos fueron abandonados con la reacción conservadora que seguirá en España a la Revolución de 1789 en Francia. El primer Código penal español no se alumbraría hasta 1822⁹.

La historia de la reforma penal española y los avatares de los grandes principios político-criminales que enunciara Beccaria en 1764 pueden seguirse en la obra de Barbero Santos, *Política y Derecho Penal en España*, impresa en 1975, pero que no viera la luz hasta 1977¹⁰, por efectos de una censura más eficaz que la que la Inquisición ejerció en 1776.

Esta circunstancia invita a recordar una fase posterior de poderosa influencia de Dei *Delitti e delle Pene*, tan fuera de su tiempo como lo estaba el propio Régimen político español en el tiempo europeo hasta el año 1977.

Al amparo de una efímera fase de apertura política se publicaron en 1968 y 1969 dos versiones de la obra de Beccaria, la primera de la mano de Juan Antonio del Val y la segunda de Francisco Tomás y Valiente¹¹. Beccaria se convirtió así en libro de texto de varias generaciones de estudiantes de las Facultades de Derecho españolas, quienes, como quien esto escribe, leyeron y anotaron con avidez por afrontar el

6 Cfr. Del Val, J. A. ob. cit. en nota 3, p. 168-169

7 Vid. Tomás y Valiente, ob. cit. en nota 3, p. 41 a 44 y. Del Val, J.A. eodem loc. cit.

8 Madrid, imprenta Ibarra, 1782. La obra de Lardizabal, así como un estudio preliminar a la misma por Antón Oneca; «El Derecho Penal de la Ilustración y don Manuel de Lardizabal», puede verse en *Revista de Estudios Penitenciario*, n° 174, 1966.

9 Cuyos autores estuvieron influidos por Beccaria, Bentham y Filangieri, Antón Oneca; «*Historia del Código Penal de 1822*», en *Anuario de Derecho Penal*, 1965, p. 263 y ss., esp. 267 y 270-271.

10 Barbero Santos, M.; *Política y Derecho Penal en España*, editorial Tucur, Madrid 1977. Para los años posteriores v. el mismo autor, «*La reforma penal de la Monarquía Constitucional Española*», en Clemente Auger y otros; *Reforma Política y Derecho*, Madrid, 1985, p. 285-329.

11 Vid. supra nota 4.

Derecho penal del último periodo del Franquismo, pues, como advirtiera entonces (1969) en su Introducción Francisco Tomás y Valiente, –Presidente del Tribunal Constitucional en la democracia– el libro de Beccaria era «muy valioso y actual en casi todos sus puntos»¹².

II. BECCARIA Y LA MODERNA POLÍTICA CRIMINAL ESPAÑOLA

A diez años de la aprobación de la Constitución española de 1978 el ordenamiento jurídico penal español ha sido objeto de una profunda reforma. Aún sin haberse llegado a establecer un Código de nueva planta, resulta difícil reconocer en la legislación vigente que sus orígenes se remontan al lejano Código penal de 1848.

La transición democrática (1977-1978) primero, la Constitución (diciembre de 1978)¹³ después, y, por último, las reformas penales en ejecución de la misma han supuesto una transformación del ordenamiento, tanto en lo que se refiere a los principios de la responsabilidad criminal –instauración del principio de culpabilidad– como al catálogo de las penas –abolición de la pena capital en la legislación común y en la militar en tiempos de paz– y en el de bienes jurídicos –supresión de los delitos de adulterio y de escándalo público e introducción de los delitos contra la Hacienda Pública, por ejemplo–.

Estas reformas pueden expresarse en una sistemática que parta de los principios político-criminales que en su día enunciará Beccaria y que pueden sintetizarse así:

1. Legalidad del Derecho penal

El artículo 25.1 de la Constitución ha consagrado el principio de legalidad como un derecho público fundamental y somete a reserva absoluta de Ley toda la materia penal. Más aún, toda previsión legal de penas privativas de libertad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional objeto de reserva de Ley orgánica, lo que supone materialmente la exigencia de mayoría absoluta del Congreso de los Diputados para la válida aprobación de una ley penal de estas características.¹⁴

¹² ob. cit. p. 53.

¹³ Una buena información sobre la relación entre Constitución y Derecho penal, también con referencia a España, puede verse en Palazzo; «Valori costituzionali e Diritto penale», en Pizzorusso-Varano; *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Giuffrè, Milano, 1985, p. 531 y ss.

¹⁴ Vid. Arroyo Zapatero, L.; «Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal» en *Revista. Española de Derecho Constitucional*, nº 8, 1983, p. 9 y ss.

La tradicional consagración del principio de legalidad de los delitos y de las penas en los Códigos penales españoles –arts. 1, 23, 80 y 81 C.P.– se ve así reforzada y garantizada por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (S.TC. 140 y 160 /1986).

Por su parte, el propio Tribunal Constitucional ha declarado implícito en el principio de legalidad del art. 25.1 el *ne bis in idem*, tanto en el orden sancionador material (S.TC. 2 /1981) como en el procesal (S.TC 77/1983).

2. La justicia penal debe ser pública, el proceso penal acusativo, las pruebas serán claras y racionales, proscribiéndose la tortura judicial y todo el proceso inquisitivo

a) El artículo 120 de la Constitución proclama que las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento –excepciones que han de interpretarse restrictivamente (S.TC. 96/1987).

b) El artículo 24 de la Constitución garantiza como derecho público subjetivo el derecho a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. Es en este punto donde mayor ha sido la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la legislación vigente, incorporando al contenido de la Ley la doctrina de la exigencia de una actividad probatoria mínima en el juicio oral, la proscripción de las pruebas indebidamente obtenidas y negando todo valor probatorio autónomo a los atestados policiales¹⁵.

La definitiva proscripción de todo resto del procedimiento inquisitivo ha venido determinada por la S.TC. de 12 de julio de 1988 por la que se declararon contrarios a la Constitución los supuestos en los que se permitía que la instrucción y el enjuiciamiento de un delito correspondiera a un mismo juez, sistema ajeno a los principios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pero que por efecto de criterios de «economía procesal» se había convertido en sistema ordinario salvo para los delitos muy graves.

c) Nada restaba en la legislación española de tortura judicial. Sin embargo, el alegato de Beccaria seguía vigente frente a las manifestaciones fácticas de las prácticas de tortura. Frente a ellas cabe señalar tres reacciones legislativas de singular importancia. En primer lugar la incriminación de la tortura como delito por Ley de 17 de julio de 1978 (art. 204 bis C.P.); en segundo lugar la declaración constitucional –art 15– de que «en ningún caso puedan (las personas) ser sometidas ni a torturas, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»; en tercer lugar la ampliación del derecho a la asistencia

15 Vázquez Sotelo; *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984; Vives Antón; «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal» en *Poder Judicial* nº esp. II, 1987, p. 93 y ss. y contribuciones en el mismo lugar de Ruiz Vadillo, Romero Catena y Morenilla Rodríguez.

de abogado desde el momento de la detención por Ley de 4 de diciembre de 1978 en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, derecho capital que se exceptúa en las detenciones por delitos de terrorismo, lo que merece grave crítica¹⁶.

3. Igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley penal

En el ordenamiento español ninguna persona queda por encima de la Ley penal, ni ésta gradúa su intervención en atención a circunstancias relativas a la condición de las personas. No obsta a lo anterior la inviolabilidad del Rey, de cuyos actos son responsables el Presidente del Gobierno o los Ministros que necesariamente han de refrendarlos (arts. 56, 3º y 64 de la Constitución Española).

En el mismo sentido, son inviolables 1º) los Diputados y Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones (art. 71.1 de la Constitución Española) –y los correlativos para los Diputados de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas–, 2º) los Magistrados del Tribunal Constitucional por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones y 3º) El Defensor del Pueblo y sus Adjuntos, por los actos que realicen en el ejercicio de sus cargos.

El régimen de inmunidad afecta exclusivamente a los Diputados y Senadores (71.2 CE.) durante el periodo de su mandato.

Distinto de lo anterior son los fueros especiales a efectos de procesamiento y enjuiciamiento de que gozan determinados cargos públicos.¹⁷ En este punto solamente resulta discutible y discutido el fuero especial para los miembros de los Cuerpos de Seguridad establecido por el art. 5.3 de la Ley de la Policía de 4 de diciembre de 1978¹⁸. Pero recientemente se discute todo.

4. El criterio para medir la gravedad de los delitos debe ser el daño social producido por el mismo; la inmoralidad de un acto no es fundamento de su criminalización

En esta idea Beccariana se diseñaba lo que poco más tarde habría de formularse como *nullum crimen sine iniuria*, principio que implica tanto que la intervención penal debe estar limitada a la protección de bienes jurídicos, como que debe ser también *última ratio* del ordenamiento jurídico. Aunque estos principios político-

16 Última regulación de la materia en leyes orgánicas 3 y 4 de 1988, de 25 de mayo. Vid sobre ellas Terradillos Basoco; *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988 y en este libro, parte IV.

17 Con la Constitución desapareció la necesidad de autorización administrativa para el procesamiento de funcionarios públicos por delitos relativos al ejercicio de sus funciones y con los Acuerdos entre España y la Santa Sede de 1976 la autorización eclesiástica para procesamiento de clérigos y religiosos.

18 Vid. Arroyo Zapatero, L.; «Terrorismo y Sistema penal», en Auger, C., *Reforma política y Derecho*, Madrid 1985 p. 209.

criminales no han encontrado acogida expresa en la Constitución, ofrece ésta dos grandes apoyos para su fundamentación: los principios de pluralismo, como valor superior del ordenamiento, en el artículo 1º, y de proporcionalidad, en los artículos 9.3 y 14. Por su parte, la doctrina española es unánime en torno a estos postulados que han llegado a plasmarse en los dos Proyectos de reforma del Código, de 1980 y de 1983, tanto en sus exposiciones de motivos como en el articulado, bajo los términos de principio de «intervención mínima».

Expresión de la idea de separación de la órbita penal de la de la moral fueron la despenalización de los delitos de adulterio y amancebamiento, del uso y propaganda de medios anticonceptivos y la reducción de la edad de protección de la mujer en delitos sexuales no violentos de los 25 a los 18 años, todo ello en 1978. Último ejemplo de este mismo postulado es el de la supresión del viejo delito de escándalo público y la reducción de lo punible al exhibicionismo y las provocaciones sexuales (Ley Orgánica 5/1988).

Como manifestación del principio de intervención mínima en espacios ajenos a las disputas de moralidad, respecto de las conductas carentes de efectos socialmente dañosos o de daño social leve, puede citarse la conversión en infracción administrativa del delito de mera conducción sin permiso (1983) y la despenalización de las faltas que se tramita en estos momentos en el Parlamento, si bien es este un fenómeno de menor dimensión que el experimentado en Italia y Alemania, como consecuencia de la tradicional hipertrofia del poder sancionador de la Administración española.

También puede situarse en este ámbito la adecuación de la intervención penal a la gravedad del daño social la reducción de las penas de los delitos contra la propiedad, que, históricamente se mantenían con rigor cercano a las de la tutela de la salud y de la integridad corporal (1983).

Quizá debe mencionarse también en este apartado la reforma de los delitos relativos a las drogas, por la que en 1983, manteniendo el rigor frente al tráfico, se reconoció legalmente la impunidad del consumo, tradicionalmente declarada por la jurisprudencia, y se contempló con menor rigor las conductas de pequeño tráfico destinado a facilitar el propio consumo, todo lo cual fue objeto de ajuste por Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, orientado, sobre todo, a una más enérgica represión del tráfico organizado.

Si lo anteriormente expuesto son las luces de las reformas en este punto, deben citarse igualmente las sombras.

La reforma de los delitos de aborto –objeto de discusión tanto en el ámbito de las disputas de moralidad como en el de la relevancia de los bienes jurídicos objeto de protección penal– ha sido sumamente tímida, limitándose a reconocer (1985) las indicaciones médica, ética y eugenésica, y sin que el legislador se atreviere a abordar el problema

que se manifiesta bajo la etiqueta de la indicación social, razón por la cual en España se producen todavía los «procesos de masas» por aborto, propios de los años sesenta y setenta en otros países europeos. Solo se normalizó el asunto con la L.O. 2/2010.

También como sombra de las reformas puede mencionarse la renuncia del legislador a incorporar al Código penal un cuerpo ordenado y completo de los delitos contra el orden socio-económico. A su previsión en el Proyecto de Código de 1980 se atribuye su fracaso legislativo, que determinó el que estos delitos se hayan abordado tan sólo de modo parcial y asistemático. Así, los delitos de control de cambios en 1979 y 1983, y los delitos fiscales en 1979 y 1985. En buena medida resuelto con el Código de 1995.

5. Proporcionalidad y humanidad de las penas

Es el sistema de penas el sector del ordenamiento penal que quizá haya experimentado una transformación cualitativa más relevante respecto de la realidad de la época del Antiguo Régimen y de las mismas ideas que proclamara Beccaria. Difícilmente podría Beccaria haber atisbado lo que hoy conocemos como *principio de la resocialización* desde un sistema caracterizado por la omnipresencia de la pena capital, las corporales y las de trabajos forzados en el catálogo de los delitos.

Beccaria limita sus propuestas a la excepcionalidad de la pena de muerte, a la supresión de la crueldad en la ejecución de las penas, a la proporción entre pena y delito en la previsión legal, en la determinación judicial y en el modo de ejecutarla, «sin que puedan en ningún caso pasar más allá de aquella última fuerza a que está limitada la organización y sensibilidad humana».

Con todo, Beccaria dejaba sus propuestas abiertas a la mejora, de la mano de la evolución de la sociedad: «*La gravedad de las penas debe ser relativa al estado de la nación misma, en la medida que los ánimos se suavizan en el estado de sociedad, crece la sensibilidad y, creciendo ésta, debe disminuirse la fuerza de las penas si quiere mantenerse constante la relación entre el objeto y la sensación*». Lo expuesto permitiría, sin violencia, atribuir a un Beccaria situado en nuestro actual «*estado de sociedad*» el participar también del moderno postulado de la resocialización.

En este orden de cosas y en lo que a España se refiere deben mencionarse los siguientes extremos:

1º) El artículo 15 de la Constitución de 1978 proclama que «*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos 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*».

España se incorporó así al elenco de países abolicionistas. El legislador, sin embargo, hizo uso extremado de la excepción prevista en el citado artículo para la legislación militar aplicable en tiempos de guerra¹⁹, hasta L.O. 11/1995.

2º) El artículo 25.2 de la Constitución consagró como derecho fundamental el principio de la resocialización: «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. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad Social, así como acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

La Ley General Penitenciaria de 25 de octubre de 1979 desarrolló ampliamente este principio constitucional, y en igual sentido progresivo, el Reglamento penitenciario de 1981. A pesar del programa de construcciones desarrollado desde aquellas fechas, la realidad de los centros penitenciarios no es identificable con la nueva legalidad. La masificación sigue caracterizando a los grandes centros de Madrid y Barcelona.

3º) Elemento esencial de la humanización del sistema penal es el *principio de culpabilidad* en el derecho penal material, con el correlativo destierro de las manifestaciones de responsabilidad objetiva. Su consagración ha tenido lugar con la reforma de 1983, estableciéndose en el artículo 1º del Código «*que no hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa*». Con el Código de 1995 desaparecieron todos los delitos cualificados por el resultado.

Concluye Beccaria su obra con una síntesis de sus propuestas político criminales: «*Para que cada pena no constituya una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser ésta esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes*». Proyectada esta síntesis sobre la legislación vigente en España hoy puede concluirse esta comunicación afirmando que el programa político criminal de Beccaria tiene tan sólo una cuenta pendiente y no poco importante: que la justicia penal sea una justicia pronta y rápida.

19 Vid. «*Raport*» de Barbero Santos, en este mismo Congreso.

ENTRE EL ESTADO Y LA FEDERACIÓN: EL DERECHO PENAL EN LA ESPAÑA DE LA UNIÓN EUROPEA¹

Introducción. I. El Derecho penal en la España de las comunidades autónomas II. Los efectos en el Derecho penal de la integración de España en la Unión Europea II.1. Los efectos «negativos» en el Derecho penal español II.2 Los efectos «positivos» del Derecho comunitario en el Derecho penal español II.2.1 La protección de los intereses financieros de la Comunidad II.2.2 La protección del espacio económico común

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal se ha visto expuesto a dos fuentes de tensión en su carácter estatal. En primer lugar, tras la Constitución de 1978, por el valor normativo de las leyes de las comunidades autónomas que integran hoy el Estado. En segundo lugar, y desde 1985, como consecuencia de la integración de España en la Unión Europea y su sometimiento al orden jurídico comunitario, así como de los fenómenos criminológicos que genera la libre circulación sin fronteras interiores de personas y bienes en el territorio de la Unión.

I. EL DERECHO PENAL EN LA ESPAÑA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La Constitución española de 1978 convirtió al Estado fuertemente unitario y centralizado, en un Estado *cuasi* federal, integrado por comunidades autónomas, que

1 Publicado en Ulrich Sieber y Jan Michael Simon (Eds.); *Hacia la unificación del derecho penal*. México, Max-Planck Institut/Inacipe, primera edición 2004 y 2ª en 2011, pp. 137-148.

veinticinco años después llegan a disfrutar de un régimen de competencias similar, por ejemplo, al de los *Länder* integrantes de la República federal alemana.

La materia penal sigue siendo competencia exclusiva del Estado y no hay más código penal y de enjuiciamiento criminal que el estatal. Sin embargo, las leyes autonómicas ofrecen contenidos en toda la antijuricidad material de los delitos con elementos jurídicos normativos y, en especial, en los configurados al modo de las leyes penales en blanco, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente, en los delitos contra la salud pública y, en general, en todos cuantos remiten a normas reglamentarias.

Las variaciones normativas reglamentarias en comunidades autónomas llegaron a plantear un problema de constitucionalidad desde el principio de igualdad, en la medida en que las mismas conductas, desde el punto de vista material, podrían resultar en unas comunidades delito y en otras no. Así aconteció con el caso de la sangre contaminada por VIH, utilizada en hospitales de Cataluña en donde existía una temprana orden de la *Generalitat* que obligaba a realizar un control de la misma antes de cualquier transfusión, inexistente entonces en el resto del territorio, cuyo incumplimiento dio lugar a una condena penal de los responsables sanitarios por la violación al artículo 360, que no hubiera tenido lugar en otra comunidad autónoma². Tras años de cierta tensión en este limitado asunto, la cuestión resulta hoy del todo pacífica, sin que nadie haya planteado federalización alguna de la materia penal sustantiva o procesal.

II. LOS EFECTOS EN EL DERECHO PENAL DE LA INTEGRACIÓN DE ESPAÑA EN LA UNIÓN EUROPEA

Las consecuencias de la integración de España a la Unión Europea han sido y serán muy relevantes. En primer lugar, por la fuerza vinculante del Derecho comunitario sobre el Derecho propio y su eficacia en el ámbito de la antijuricidad material de los delitos, con efectos descriminalizadores como consecuencia del principio de legalidad. En segundo lugar, por la vocación europeísta española previa a la adhesión, que comportó la incorporación al código penal de los delitos de fraude de subvenciones públicas, de capital interés para la tutela de los intereses financieros de la Comunidad Europea. En tercer lugar, como consecuencia de la incorporación a la legislación penal de figuras delictivas reclamadas por las *directivas* comunitarias, como fue el caso de los delitos de *insider trading*.

2 Vid Silva Sánchez, J., *¿Competencia «indirecta» de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?*, en La Ley Revista Jurídica Española, 1993, p. 6 y ss. Y, Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación*, Civitas, Madrid, 1996, p. 214 y ss., con referencias, con un sugerente epígrafe titulado *¿Existe un Derecho penal autonómico?*

II.1. Los efectos «negativos» en el Derecho penal español

La desaplicación de normas de derecho sancionador nacional, como consecuencia de normas comunitarias, representa, por el orden de los tiempos, el primer tipo de influencia que el Derecho comunitario originó en el Derecho penal español. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, este modo de influencia no presenta especialidad alguna con lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento: se trata de aplicar los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario, cuando se constata que la norma penal interna o su sanción resulta contraria al ordenamiento europeo. Contrariedad que resulta de la mera contradicción entre ambas o de la aplicación, entre otros, del principio de proporcionalidad que hace el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.³

En el mes de febrero del año 1995, el legislador español se quedó estupefacto al contemplar cómo el sistema de delitos monetarios y evasión de capitales se derrumbaba precipitadamente, como consecuencia de una sentencia del Tribunal de Justicia comunitario.⁴ El asunto fue el siguiente: la Directiva 88/361/CEE del Consejo llevó a cabo una liberalización completa de los movimientos capitales y, con este fin, impuso a los estados miembros la obligación de suprimir las restricciones a sus movimientos. No obstante, como señala el artículo 4 de la Directiva y la propia sentencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros podían establecer las medidas indispensables para impedir las infracciones a sus Leyes o reglamentos y en particular para evitar delitos como el de fraude fiscal, el blanqueo de dinero, el tráfico de estupefacientes o el terrorismo. Para lograr este objetivo la Directiva hace referencia a que los estados miembros podrán establecer procedimientos de declaración de los movimientos de capitales u otra serie de medidas que resulten indispensables.

Con este fin, el legislador español dispuso la necesidad de obtener una autorización previa, cuando se exportare una cantidad superior a cinco millones de pesetas por persona, viaje y día. Dicha autorización supeditaba la exportación de divisas en cada caso, a la aprobación discrecional de la Administración y debía solicitarse mediante declaración *ad hoc*.⁵ La exportación de capitales sin haber obtenido dicha

3 Para más detalles Grasso, Giovanni, *Comunidades europeas y Derecho penal*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1993 (trad. García Rivas). p.275 y ss.; Nieto, Martín, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*. Barcelona, 1996, p. 243 y ss.

4 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23-2-1995, asunto C-358/93 y 416/93 (no publicada).

5 Vid Art. 4 del Real Decreto 1.816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones económicas con el exterior, modificado por el Real Decreto 42/1993, de 15 de enero. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23-2-1995 (Actualidad Penal n. 39, 1995, marg. 150 y ss), pese a hacerse eco de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, empleando una argumentación bastante discutible, considera posible seguir aplicando el tipo penal del Art. 6.1 A) de la Ley de Control de Cambios. Para más detalles Nieto, Martín, *Fraudes comunitarios*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 268 y ss.

autorización era constitutiva de delito a tenor del artículo 6.1 A) de la *Ley sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios*, la cual, por constituir una ley penal en blanco, no fue necesario modificar.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló que la medida adoptada por el legislador español resultaba desproporcionada y que bastaría con exigir una declaración previa, como indica la Directiva a título de ejemplo, para impedir los actos delictivos que hacen legítima la introducción de restricciones a la libertad comunitaria.

Hasta aquí el primer caso práctico, que servirá para comprobar algunos de los principios de política criminal que está imponiendo el Tribunal de Justicia mediante los efectos negativos en el Derecho penal.

En primer lugar, salta a la vista que la idea rectora de la política criminal comunitaria es el principio de proporcionalidad, que si bien rara vez es utilizado por los tribunales constitucionales internos, es manejado de un modo incisivo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.⁶ Su doctrina puede resumirse del siguiente modo: las libertades comunitarias pueden ser restringidas por normas penales internas destinadas a tutelar otros intereses jurídicos, sin embargo, el tipo delictivo no sólo ha de ser idóneo en aras a tutelar el bien jurídico, sino que además ha de ser el que provoque las menores limitaciones posibles a la libertad comunitaria.

Pero la norma de conducta impuesta por el tipo penal no es la única que puede resultar contraria al principio de proporcionalidad, también puede serlo la norma secundaria, la que señala el juez la sanción a imponer, puede considerarse contraria a dicho principio y constituir un atentado intolerable contra la libertad comunitaria. Esto ocurre cuando el bien jurídico «interno» no reviste la importancia suficiente para justificar la severidad de la sanción. Tal como puede apreciarse, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, mediante este conjunto de decisiones, está asentando de manera contundente el principio de *ultima ratio* y la proporcionalidad de las penas.

Además de directrices político criminales, los efectos negativos suponen un importante límite para el legislador nacional en el momento de elegir los bienes jurídicos pertenecientes al Derecho penal económico que pueden ser objeto de tutela penal. Este segundo aspecto de los efectos negativos hunde sus raíces en la influencia que ejerce el modelo económico comunitario sobre las constituciones económicas internas. En efecto, la Constitución española establece un modelo eco-

6 Sobre el principio y su posible rendimiento penal, *vid* Arroyo Zapatero, Luis, *El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea*, en *Revista Penal*, enero 1999, p. 5 y ss; en general, *vid*. Diana-Urania Galetta, *El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario*, en *Cuadernos de Derecho público*, INAP, Madrid, n° 5, 1998, pág. 75 y ss.

nómico neutral, circunstancia que permite al legislador otorgar protección penal a bienes jurídicos que no necesariamente se acomodan al modelo liberal, propugnado por los tratados comunitarios. Se trata de bienes jurídicos que tienen su origen en un sistema económico mercantilista, por ejemplo, los delitos de contrabando que protegen monopolios estatales a la importación o exportación, o aquellos delitos que tutelan un sistema de precios fijados por la administración o la adopción de un sistema de control de cambios. De este modo, cuando un país ingresa en la Comunidad, el modelo económico establecido por los Tratados o bien impide tutelar bienes jurídicos que obstruyen el desarrollo de los fines de la Comunidad o, en el mejor de los casos, reduce en un modo notable su valor. Esto último es lo que ha ocurrido con los delitos monetarios españoles, pues la libre circulación de capitales ha reducido su papel al de delitos obstáculos y delitos de peligro abstracto, como el blanqueo de dinero o el delito fiscal.

Otro buen ejemplo demostrativo de estas influencias «negativas» del derecho europeo sobre los tipos penales es el siguiente: la mayoría de los miembros del Consejo regulador de la denominación de origen del vino Valdepeñas, que es entidad de Derecho público y cuyos vocales tienen la condición de funcionarios, ante la escasez de uva propia del territorio de la denominación en una determinada vendimia, acordaron acoger una tinta cencibel procedente de regiones limítrofes, lo que constituía una ilegalidad manifiesta y así lo sabían los miembros del Consejo, como muy bien lo advirtió su presidente. La sentencia de primera instancia condenó a los vocales mayoritarios como autores de un delito de prevaricación. El Tribunal Supremo absolvió a los acusados como consecuencia de que, frente a la estricta prohibición de la norma estatal, el reglamento 823/1987 del Consejo de la comunidad europea liberaliza la materia y permite a los Estados autorizar a los Consejos de denominación de origen adoptar medidas como la de caso. El Tribunal Supremo estimó que esta posibilidad, abierta por la legislación comunitaria, mantenía la ilegalidad del acuerdo adoptado, pero sin la adversidad social suficiente como para constituir delito de prevaricación.⁷

En suma, este primer tipo de influencia o efecto negativo del derecho de la UE sobre el derecho nacional provoca una limitación sobre la tutela penal del conjunto de bienes jurídicos que pueden ser tutelados por el Derecho interno o, en otros casos, una redefinición de su contenido y esferas de protección en el marco de un nuevo modelo económico como es el de la Unión Europea.

7 Sentencia del Tribunal Supremo 16-3-1994 *vid* Nieto Martín, A.; *Algunas formas de influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal en Actualidad Penal*, en *Actualidad Penal*, núm. 11, 1995.

II.2. Los efectos «positivos» del Derecho comunitario en el Derecho penal español

II.2.1 La protección de los intereses financieros de la Comunidad

Si las directrices político criminales comunitarias, como ocurrió durante mucho tiempo, fuesen sólo negativas, las posibilidades de contar con un Derecho penal uniforme serían con certeza escasas. Sin embargo, desde finales de los ochenta, las cosas han cambiado y hoy la Comunidad tiene un creciente interés en dirigir positivamente el Derecho penal económico interno, indicando los bienes jurídicos a proteger, las conductas punibles e, incluso, las sanciones.

La protección de los intereses financieros de la Comunidad es, hasta la fecha, el ámbito en que estos efectos positivos se han desarrollado con más intensidad. La idea central sobre la que gira la protección de los intereses financieros de la Comunidad fue la sentencia del maíz griego (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21-9-1989), por la que se condenó al estado griego y se declaró que los Estados miembros han de titular los intereses comunitarios de modo similar a los correspondientes bienes nacionales, cuidando en todo caso que las sanciones sean eficaces, disuasivas y proporcionadas. Esta jurisprudencia encontró una pronta plasmación positiva en el artículo 209 A) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, introducido por el Tratado de la Unión, hoy artículo 280 Tratado de la Unión Europea.⁸

La importancia de esta doctrina va además más allá de la protección de los intereses financieros, pues se refiere a cualquier bien jurídico en cuya correcta tutela esté interesada la Comunidad y en especial exige que los Estados miembros sancionen correctamente las infracciones a la normativa comunitaria, que se ocupa de ámbitos tan significativos como la protección del accionista, el consumidor, el medio ambiente y, en general, puede decirse, abarca casi la totalidad de los bienes jurídicos pertenecientes al Derecho penal económico.

⁸ Art. 280: «1. La Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte los intereses financieros. 3. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Tribunal de cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente entre los estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de justicia. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo.»

El artículo 280 del Tratado de la Comunidad Europea es la base del Derecho penal europeo, pues otorga a la Comisión europea el papel del gendarme que garantiza la eficacia del, a veces adormecido, Derecho penal económico nacional, en cuanto que no tutelar de manera correcta y efectiva esta serie de bienes jurídicos, supone un incumplimiento de los Tratados por parte del Estado miembro, que puede ser denunciado por la Comisión europea ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y dar lugar a sanciones.⁹

Como puede apreciarse, la dirección de la Comunidad sobre la política de bienes jurídicos del Derecho penal económico es ya muy completa. Pues, si mediante lo que he denominado efectos negativos, la Comunidad indica a los Estados miembros lo que no pueden proteger, a raíz de la sentencia del maíz griego, la Comunidad puede señalar a los Estados miembros aquellos bienes jurídicos que deben tutelar. Veamos a continuación dónde radican los obstáculos y los instrumentos que han de ser utilizados para sortearlos.

El interés prioritario de la Comunidad ha sido la lucha contra el fraude de sus propios intereses financieros. Para combatirlo ha abordado tres cuestiones:

El ejercicio de un poder normativo y sancionador administrativo propio, en la esfera en que es competente por sí misma, tras no pocos debates y dificultades,¹⁰ contenido en el Reglamento 2988/1995, relativo a la protección de los intereses financieros, que supera criterios procedimientos y sanciones nacionales que ni siquiera eran homogéneas y para cuya imposición la Comisión dependía a todos los efectos de las autoridades nacionales. A su vez, como la Comisión no podía satisfacer la lucha contra el fraude con la mera coordinación de autoridades nacionales, ya que en ocasiones era poco el interés en dejarse coordinar adopto el Reglamento 2185/96 por el cual establece los diversos controles y verificaciones que por sí misma puede realizar directamente sobre todos los operadores económicos.

Pero poco se alcanza si tras controles y verificaciones se detectaban grandes fraudes constitutivos de verdaderos delitos. Al estar la persecución penal conferida a los Estados miembros no se podía actuar desde la Comisión en ocasiones carecía de poderes y legitimación para instar las investigaciones y persecuciones penales e, incluso, por no estar configurada total o parcialmente la conducta fraudulenta como delito en el país en cuestión, agravándose en los casos en los que los fraudes son extrafronterizos e implican a más de un Estado y a sus respectivas autoridades judiciales.

9 Así Arroyo Zapatero, L.; *Actualidad político criminal del Derecho penal económico en España*, en Arroyo/Tiedemann (ed.), *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994, p. 18; y Nieto Martín, A.; *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Barcelona, 1996, p. 272 y ss.

10 vid Nieto Martín, A.; *El derecho sancionador administrativo comunitario*, «Justicia Administrativa». 2001, p. 259 y ss.

Para superar estos problemas se optó por suscribir un Convenio Internacional de Protección a los Intereses Financieros de 1995, de contenido netamente penal por el que se perseguía, a través de los procedimientos propios del «tercer pilar», que los Estados miembros se dotasen de un catálogo homogéneo de delitos de fraude, principalmente de fraude fiscal y de subvenciones, con sanciones penales relevantes a efectos de extradición, con responsabilidad de las personas jurídicas. Todo ello regido por el principio de que, en los casos de criminalidad transfronteriza, el Estado requerido o entrega al sujeto reclamado o se ve obligado a enjuiciarlo. Al Convenio se añadían dos protocolos para armonizar la responsabilidad de funcionarios de la Unión con los nacionales y cláusulas contra el blanqueo del producto del fraude. Lo anterior debería complementarse con una autoridad comunitaria propia, superior a los Estados miembros, que fuera capaz y competente para iniciar y coordinar investigaciones penales y procesos en los Estados miembros, autoridad que se denominó Fiscal General Europeo, cuya definitiva consagración ha tenido que esperar a la reciente Constitución Europea, que se encuentra en proceso de ratificación.

A su vez, en 1988 se creó un órgano de investigación del fraude, la Unidad de coordinación de la lucha contra el fraude (UCLAF), que tras la crisis de la Comisión vinculada a denuncias de corrupción se sustituyó por un órgano de mayor rango y competencias, denominado OLAF.¹¹

Pero el Convenio PIF ha fracasado, pues la mayoría de los Estados no lo han ratificado o incorporado a sus respectivos ordenamientos penales, ni el asunto tiene visos de mejorar si el mismo queda relegado a la voluntariedad de los respectivos gobiernos. Tras la comunitarización de la protección de los intereses financieros que establece la Constitución europea, el camino será la realización de la voluntad de la Comisión, plasmada en una Propuesta de Directiva al respecto.¹² Y es que, en palabras de la propia Oficina Europea de Lucha contra el Fraude: ante 15 (ahora 25) derechos penales diferentes es difícil o imposible hacer respetar el principio de una protección de los intereses financieros comunitarios de forma eficaz. Esta

11 Una completa información, en relación a este asunto y otros aspectos de la OLF, puede encontrarse en los Informes de actividades del Comité de Vigilancia de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, pertenecientes al periodo julio de 1999 a julio 2000 (a) y de julio del 2000 a septiembre 2001 (b), asimismo en los dos informes que hasta ahora ha realizado la propia «oficina», el 1 de junio de 1991 a 31 de mayo de 2000 (a) y 1 de junio de 2000 a 31 de mayo de 2000 (b). *Id.* Vervaele, J.A.E., *Towards an independent European agency to fight fraud and corruption in the US?*, en *European journal of crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1999, n 3, p. 331 ss.

12 Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, presentada por la Comisión, Bruselas, 23-5.2001, COM (2001). Para la fundamentación de estas medidas, a partir del Art. 280.4 *vid* Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Heymanns, Köln, 2001, p. 138 ss.

constatación ha llevado a la Comisión a optar por intentar superar las limitaciones de un Convenio internacional de cumplimiento facultativo a través de una Directiva comunitaria, que obliga a los Estados miembros a incorporar su contenido a la legislación nacional, pero el debate sobre la legitimación suficiente de la Comisión para legislar en esta materia no ha permitido que pase de mero proyecto¹³.

En el ordenamiento español el convenio ha producido, no obstante, frutos tempranos. Antes de su ratificación por el Parlamento, el legislador ha introducido en el nuevo Código penal de 1995 (Art. 305.3, 306, 309 y 627) y en la reciente Ley de contrabando (Art. 2.1.d), varios delitos que tienen como bien jurídico protegido la hacienda pública comunitaria¹⁴.

II.2.2. La protección del espacio económico común

No sólo han sido los propios intereses financieros de la comunidad, los objetos de preocupación de la Unión Europea con relevancia penal, sino también aquellos que tienen que ver con el buen funcionamiento del mercado interior y las instituciones, así como las reglas que lo rigen y que resultan esenciales. Así, la unidad del mercado de valores en el territorio de la Unión requería normas comunes funcionales y, entre ellas, las que proscriben el abuso de información privilegiada. De este modo surgieron las Directivas contra el *insider trading* y contra el blanqueo de capitales.¹⁵ Baste decir que las consecuencias en el Derecho penal de los Estados miembros fueron inmediatas, ya que de la noche a la mañana se introdujeron los pertinentes tipos delictivos en los respectivos ordenamientos, aún cuando, salvo en Francia, eran institutos del todo desconocidos.

Así se ha abordado, también, de manera sucesiva los instrumentos para la armonización de la protección del euro, para el abuso de mercado y de protección del medio ambiente. Pero todo ello a falta de una reflexión profunda y compartida, acerca de lo imprescindible que resulta una teoría general de las infracciones y de

13 Ver Arroyo Zapatero y Nieto Martín, El fraude de subvenciones en el UE en el Código penal, en «Derecho penal económico», Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001, p.276 – 280.

13 Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, presentada por la Comisión, Bruselas, 23-5-2001, COM (2001). Para la fundamentación de estas medidas, a partir del Art. 280.4 *vid* Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Heymanns, Köln, 2001, p. 138 ss.

14 Sobre estas figuras Nieto Martín, *Fraudes comunitarios*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 381 y ss, y recientemente, *El fraude de subvenciones en la UE y en el Código penal*, en Cuadernos de poder judicial, Delitos económicos, Madrid 2002.

15 Directiva del Consejo 89/592 CEE de 13-11-89, *Sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada*, DOCE no. L334, de 18-11-89, p. 30; Directiva del Consejo 91/308 CEE del 10-6-91, *Relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*, DOCE no. L166, de 18-6-91, p.77.

las sanciones, tal y como se intentó con los trabajos sobre el denominado *Corpus Iuris*, liderados por Mireille Delmas-Marty y Klaus Tiedemann, aunque limitado a la protección de los intereses financieros.

Pero, con independencia de lo limitado de la intervención penal programada hasta el momento, no cabe la menor duda de que más pronto o más temprano nos resultará evidente que no cabe un mercado único común sin una criminalización homogénea de las infracciones más graves contra las normas más básicas para el buen funcionamiento de dicho mercado, y que no puede haber ni territorios penalmente privilegiados ni espacios de refugio.

Por esta razón Klaus Tiedemann impulsó, tras la publicación del texto definitivo del *Corpus Iuris*, en el año 2000, a un amplio grupo de colegas a pensar en lo que debería ser un catálogo de «eurodelitos», es decir, un catálogo de figuras delictivas destinadas a tutelar los bienes jurídicos comunitarios fundamentales, que, como resulta evidente, para ser comunes y aplicables por igual requiere una suerte de mini parte general. En definitiva, un modelo de Código Penal Económico Europeo, cuya fundamentación y redacción se presentó en Alemania, en el 2002, y la versión española en 2003,¹⁶ estando prevista la italiana para el año en curso. La cuestión encontró un renovado impulso, más allá de lo económico, con la adopción de la Decisión Marco sobre la euroorden o mandato de detención y entrega, en tanto que la misma se proyecta contra un catálogo de delitos, que incluye los económicos y muchos otros más, a los que la decisión se limita a mencionar por su nombre genérico y que requieren, al menos, una definición armónica, una armonización cuando menos conceptual, tarea a la cual nos dedicamos un grupo de penalistas europeos en este momento, una vez más bajo la dirección e impulso de Klaus Tiedemann.

16 Tiedemann, K. y Nieto, A., con presentación de Luis Arroyo Zapatero, *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*, editorial de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

EL ESPÍRITU DE LOS TIEMPOS: SESENTA AÑOS DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DEFENSA SOCIAL¹ 1949-2009

Sumario; I. 1949 y el espíritu de la época. II. El presente de la Société. III. El futuro de la Société.

Ante todo, resulta muy de agradecer al Presidente de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, los organizadores de este coloquio sobre «la influencia de las ONG científicas sobre las políticas criminales nacionales e internacionales» y a la Universidad de Lieja por la espléndida ocasión que nos han ofrecido para celebrar juntos el aniversario de la fundación de la Sociedad Internacional de Defensa Social, creada hace 60 años en este mismo lugar. Simone Rozés y Luigi Foffani nos han expuesto de modo espléndido la historia y la memoria de nuestra Sociedad. A mí me corresponde hablar del presente (II) y del futuro (III) de esta aventura iniciada en 1949. Pero, para ello, resulta muy conveniente también hacer una breve incursión por el pasado y recordar el espíritu de aquella época insólita (I) que asistió al nacimiento de la Sociedad Internacional de Defensa Social.

1 Publicado en *Soixantième anniversaire de la Société Internationale de défense Sociale, 1949-2009: L'esprit des temps en Cahiers de Défense Sociale, 2009-2010*. pp. 11-16 y en «El espíritu de los tiempos: Sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social. 1949-2009», *Revista Penal*, enero 2010, n° 25, p. 230 y ss.

I. 1949 Y EL ESPÍRITU DE LA ÉPOCA

En 1947, se celebraba en San Remo el I Congreso de Defensa Social, a iniciativa de Filippo Granatuca, al tiempo que éste creaba en el seno de la Universidad de Génova el Centro de Estudios de Defensa Social. El 3 de octubre de 1949, con el apoyo logístico de Théo Golignon, decano del Colegio de Abogados de Bélgica, y el apoyo científico de Paul Cornil, de Bruselas, y de René Clemens, de Lieja, un gran número de amigos de la defensa social se reunieron en el *Théâtre de l'Émulation* de esta última ciudad, bajo la presidencia del ministro de Justicia belga, Albert Lilar². Se debe mencionar algunos de los asistentes más ilustres: Filippo Gramatica y Marc Ancel; Pierre Piprot D'Alleaume, Jean Chazal, de París; Armand Mergen, de Luxemburgo; Jean Constant, de San Marino; Jean Graven, de Suiza; Humberto Bernardi, de Argentina; Stumpf, de Austria; Julio Morales, de La Habana. De Italia: Ernesto Battaglini, Domenico Medugno, Alfredo Poggi y un joven profesor genovés, Giuliano Vassalli.

Destaquemos como dato curioso la presencia de los primeros penalistas de la España de Franco que participaban en un congreso internacional desde la guerra civil y desde la exclusión de España en febrero de 1946 de la Organización de las Naciones Unidas, Federico Castejón y Pascual Meneu³. Digo bien que la presencia resulta curiosa pues, además, como decía el diplomático y escritor falangista Agustín de Foxá: «*para nosotros todos los congresos internacionales son eucarísticos, porque en todos nos dan de h...*»⁴. Es más, dentro de muy poco los trabajos internacionales en materia penal de Naciones Unidas iban a estar protagonizados por españoles del exilio, particularmente Manuel López Rey, fundador de la rama de defensa social de la ONU, a cuya vera llamaría enseguida a Victoria Kent.

No es tarea fácil evocar, desde el presente, el espíritu de aquellos tiempos. Era una época sin Internet, ni televisión, ni una prensa internacional con las noticias del día. Cuesta captar el instante, pero se pueden ofrecer unas referencias significativas.

En 1946 finaliza el Juicio de Nuremberg. A finales de aquel año, la Asamblea General de la ONU aprueba los principios que llevan el nombre de esa ciudad. Henri Donnedieu de Vabres, fundador de la AIDP y magistrado del Tribunal Militar Internacional, decide en el transcurso del juicio recrear la AIDP. En la misma ciudad, y en el marco de las sesiones de dicho tribunal, convoca una reunión del consejo de dirección, ampliada a otros juristas que coinciden en la ciudad o que

2 Véase una crónica detallada en *Atti dell'Istituto, Rivista di Difesa Sociale* 1949, p.29 ss. Y también del propio Vassalli, G. «Limiti di Diritto in un sistema de Difesa Sociale», en *Rivista di Difesa Sociale*, Ed. Inf. Med., Génova, 1949, pag. 24 ss. Y en *Opere*, IV, Giuffré, Milán, 2005, p.183 y ss.

3 Meneu, P. *El II congreso internacional de defensa social*, RGLJ, Reus, Madrid 1950.

4 Vid en Gregorio Morán, *El maestro en el erial. Ortega y Gasset y la cultura del franquismo*, Tusquets, Barcelona 1998, p. 223.

invita expresamente para la reunión. El acta está redactada con la precisión propia de los servicios de un tribunal de tales características, asistido por el entonces revolucionario sistema de traducción simultánea, que entusiasmaba a los asistentes al comprobar que, por vez primera, ya no era necesario dominar el francés para trabajar en común. Al leerla, podemos representarnos a la perfección aquel día soleado de una primavera alemana, cuyos rayos hacían refulgir el estremecedor paisaje de ruinas de la ciudad de Nuremberg, y al grupo de personalidades de la ciencia penal europea de entreguerras combinando atuendos civiles y militares. Además de Donnedieu de Vabres, el rumano Vespasiano Pella, secretario general del Buró Internacional para la Unificación del Derecho Penal, creado por la Sociedad de Naciones; Jean Graven, el patriarca del derecho penal suizo; el profesor Rapoport, ya entonces presidente del Tribunal Supremo de Polonia, recién liberado de su largo cautiverio; el entonces joven secretario general de la Asociación, Pierre Bouzat, que todavía no era *le Doyen*. Estaban acompañados de penalistas de países ajenos a la vida tradicional de la Asociación, pero a quienes la guerra había unido: el juez norteamericano Francis Biddel, el magistrado inglés David Maxwell-Fyfe, el «Lord Justice» Lawrence, presidente del Tribunal Militar Internacional; el general y juez soviético Nikitchenko, acompañado del profesor Tranine, discípulo del terrible Vichinsky, entre otros de menor nombradía. Allí nace la idea de reanudar y ampliar las tareas de la AIDP, prolongar la colaboración entre los penalistas reunidos en Nuremberg, más allá de la vida del Tribunal, e impulsar los trabajos conducentes a la unificación del derecho penal internacional y a la creación de una corte penal internacional, que en 1937 había sido objeto de un primer convenio, pero que había quedado limitado al trámite de abrirse a la firma. Significativamente, uno de los presentes, el francés Dubost, adjunto al delegado francés ante el Tribunal, pregunta cómo se habrá de contar para las nuevas tareas con los juristas italianos e, incluso, indica que la misma pregunta valdría para los alemanes. El acta no nos dice nada al respecto, pero llama la atención una observación realizada poco antes sobre los juristas patriotas franceses, de la que se deduce un rechazo a los no vinculados a la Resistencia.

Y resulta a este respecto significativo que el joven catedrático italiano que asiste al Juicio de Nuremberg, e informa del mismo a la opinión y a los juristas italianos, sea precisamente Giuliano Vassalli, quien se encontraría muy a gusto en Nuremberg, aunque preocupado por la opinión pública alemana y su comprensión del juicio y de las condenas⁵.

En el seno de las Naciones Unidas se crea la Comisión de Derechos Humanos y la sección de Defensa Social; se aprobará el Convenio contra el Genocidio, mientras

5 “*Bilancio di Norimberga*”, en *Scritti Giuridici* Vol. II. Giuffrè Editore., Milano, 1997, p.679 y ss.

se lanza el Plan Marshall. A principios de 1949 nace el Consejo de Europa. En abril de ese mismo año, se creará la OTAN. Sólo pasará un año para que Robert Schuman anuncie la creación de la Comunidad Europea.

Pero en octubre de 1949, lo que destaca aún es la destrucción material de las ciudades europeas, desde Londres y Rotterdam a Berlín y Moscú, la pervivencia de una división brutal y el enfrentamiento mutuo, propio de una Europa que se había convertido toda ella, al menos en dos ocasiones durante el siglo XX, en una Yugoslavia.

Para entender ese momento histórico tan particular en el que se creó la Sociedad, bastaría una cita. Está extraída del discurso del presidente de la Sociedad de Legislación Comparada, el profesor Niboyet, pronunciado ante el presidente de la República de entonces, Vincent Auriol. La ocasión es el 17 de febrero de 1949 en que la institución cumple 80 años, y tiene entonces de secretario general a Marc Ancel que ocupa el cargo desde 1944. Al evocar las enormes dificultades a las que se enfrentaron con la creación del Centro de Derecho Comparado en París, el discurso del Presidente deja traslucir la violencia que aún persistía de esa guerra recién acabada: «Berlín nos hacía una abierta competencia; existían dos instituciones dirigidas por unos hombres extraordinariamente competentes que publicaban textos de enorme valor y que contaban con dos magníficas bibliotecas: un instituto de derecho público comparado y un instituto de derecho privado comparado. Han sido expulsados (*chassés*) de Berlín. Ahora nos corresponde a nosotros lograr que París se convierta en el principal centro de derecho comparado de Europa». La reconciliación de Europa está aún lejos de aquellas palabras y, sobre todo, la del famoso y principalísimo eje franco-alemán. Los años que precedieron a la fundación de la Sociedad estuvieron, pues, marcados, a la vez por la violencia persistente del pasado inmediato y por la enorme incertidumbre del futuro.

En este contexto, un italiano y un francés van a ser los artífices de un movimiento al que se incorporarán más tarde los alemanes, y ya se sabe —o, más bien, poco se sabe— cuánto ha aportado al derecho penal alemán el Programa de Defensa, dotándolo de un marco de expresión altamente privilegiado, como gustaba de recordar, con toda razón, Hans Heinrich Jeschek. De entre los alemanes, fue el profesor de Friburgo, recién liberado como prisionero de guerra en Francia, quien más se esforzó por la incorporación de la ciencia penal alemana al espacio europeo. Ya lo hacía desde su época de Privat Dozent en Colonia, cuando se ocupaba de la dimensión penal de lo que se presentaba entonces como la primera fase de un derecho penal europeo: un derecho penal militar⁶.

6 Vid *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 65, 1953.

El pasado mes de septiembre en Estambul, la ciudad que con Toledo representa la cultura y la tolerancia, la AIDP hizo entrega del recién creado Premio Hans Heinrich Jescheck a una vida dedicada al derecho penal comparado e internacional. La galardonada fue Mireille Delmas-Marty, una francesa que además es discípula de quien como secretario general de la Sociedad Francesa de Derecho Comparado tomaba nota de las palabras del presidente de la misma en la ceremonia a que se ha aludido antes. El premio lo entrega José Luis de la Cuesta, un español que hoy la preside y la *laudatio* la pronunció quien estas líneas suscribe. Esta ceremonia no solo fue un relevante acto académico, sino también un relevante acto de ética como ciudadanos del mundo, que, firmemente asentados en la comprensión de un doloroso pasado, solo miramos, y con pasión, al futuro al que aspiramos.

Importa hoy recordar muy brevemente la singularidad y especificidad del espíritu de la Sociedad que tan decisivamente contribuyeron a crear el Conde Gramatica y Marc Ancel. Para ello, nada mejor que evocar que también este año se celebra el centenario de la muerte de Lombroso, y rememorar que lo más valioso de su legado, del legado del positivismo, más allá de cualquier otro de sus aspectos, fue el liberar el problema del fundamento y función de la responsabilidad penal del dogma de la libertad individual y de la libre elección moral y a la pena de su exclusiva función retributiva. Debemos esforzarnos en recordar que, para los clásicos, para el gran Carrara, la condena condicional y el periodo de puesta a prueba eran una herejía. Lombroso secularizó el Derecho penal, su fundamento y su función, y sobre esa herencia positivista se pudo construir un derecho penal de la resocialización. Es lo que Gramatica y Ancel proclamaban, aunque no pudieran dar con la idea de llamarlo así. En la tradición alemana lo había construido casi al completo Franz von Liszt y lo había más que europeizado a través del movimiento asociativo por él fuertemente impulsado, junto con Prins y Van Hammel, mediante la Unión Internacional de Derecho Penal⁷. Los avatares de la primera guerra civil europea separaron a Von Liszt y a los alemanes de sus colegas del occidente europeo; aún fue mayor la separación en los primeros años tras la segunda guerra, pero al final se logrará la comunidad de ideas entre el grupo de los que se reúnen en Lieja y los demás representantes de la ciencia penal alemana, que rápidamente se recupera. Es lo que encarna el Proyecto Alternativo Alemán de 1966 y los siguientes, lo que Klug llamó la *Abschied von Kant und Hegel*, la

7 Cfr. Berdugo, I. *El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa*, Universidad de Salamanca, 1978, consultable *on line* en www.cienciaspenales.net/biblioteca, y la primera parte publicada con el título *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho penal*, Univ. Pontificia, Salamanca 1982.

despedida de los retribucionistas y el triunfo de la fundamentación secularizada de la pena en tan solo la idea de la «amarga necesidad» social del castigo penal⁸.

II. EL PRESENTE DE LA SOCIÉTÉ

En lo que respecta al presente, podemos hacernos una idea precisa a través de la recopilación de una selección de las Actas del XV Congreso de la SIDS que tuvo lugar en Toledo, en 2007, dedicado al difícil tema del «Derecho penal entre la guerra y la paz»⁹. De esta problemática tan compleja y actual emerge la cuestión de la protección penal de los derechos humanos en el marco de las misiones militares en el extranjero. En efecto, con el desarrollo de las distintas técnicas jurídicas nuevas –en torno a los acuerdos denominados SOFAS (Status of Forces Agreement) y ROE (Rules of engagement - Reglas de enfrentamiento)– observamos un riesgo de un procedimiento penal en desventaja, confrontado a la diversidad y la fragmentación de los órdenes y reglas jurídicas.

Se descubren entonces las virtudes de un derecho penal militar internacional, convertido en un auténtico sistema de protección penal de los derechos humanos frente al «no derecho» de la intervención de empresas privadas en los conflictos armados. El ejemplo de Irak basta para demostrar la ausencia de responsabilidad jurídica y el peligro de la intervención de empresas privadas «sin fe ni ley» que actúan en un limbo jurídico. Nuestra Sociedad se propone mantenerse vigilante ante esas problemáticas modernas que, en Europa, deberían crecer en intensidad con la creación en el seno de la UE de la fuerza europea de defensa. Eso es, pues, hablar del futuro, ya que la tecnología jurídica que se crea en el ámbito de las misiones militares y policiales internacionales puede demostrar su utilidad en otros contextos, de expresión igualmente reciente, aunque conocidos en un pasado remoto: la piratería marítima, uno de los crímenes internacionales más antiguos, que requieren hoy toda nuestra atención.

III. EL FUTURO DE LA SOCIÉTÉ

El futuro exige efectivamente la regulación jurídica del ejercicio de las competencias ante los crímenes cometidos en el mar y la organización de las diversas responsabilidades que se puedan contraer. Pero el futuro de la SIDS es también lo que, parafraseando al Conde Gramatica, podríamos denominar «*la lucha contra el*

8 Así lo explicaba Jescheck hasta la tercera edición de su *Lehrbuch* al referirse a la Defensa Social. Una versión en francés de dicho texto puede verse en <http://www.defensesociale.org/jescheck.pdf>, a cargo de Juliette Tricott. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Duncker&Humblot, Berlin 1978, p. 605 y ss. Un detenido estudio es el de Michael Melzer, *Die Neue Sozial Verteidigung und die Deutsche Strafrechtsreformdiskussion*., Tesis, Tübinga 1970.

9 Manacorda, S. y Nieto, A. *Criminal Law between war and peace*, Universidad de Castilla-la Mancha-SIDS, Cuenca, 2009.

punitivismo» o contra el securitarismo. El Conde Gramatica, en 1947, recién creado el Centro de Defensa Social en Génova, indicaba su objetivo fundamental en un artículo de gran impacto que llevaba como título, comentado por Marc Ancel en el prólogo a la traducción francesa de los Principios de Defensa Social, ni más ni menos que «*la lucha contra la pena*». Pues ése es en efecto uno de los retos fundamentales de hoy y de mañana, que constituye la nueva representación social de la criminalidad y de la pena. Reto al que todos debemos intentar responder.

No hay duda de que en el seno de la sociedad siempre ha existido una corriente opuesta a la máxima que proclamó en las puertas de las prisiones la primera gran penalista española Concepción Arenal: «Odia el delito y compadece al delincuente»¹⁰. Esa corriente siempre ha odiado no solo el delito sino también al delincuente. Pero, a la vez que se desarrolla el rechazo del crimen, siempre ha habido grupos sociales inclinados a comprender que la criminalidad, en gran parte, se origina en la pobreza. Cervantes lo dice maravillosamente bien en *El casamiento engañoso*: «*cómo la pobreza atropella a la honra, y a unos lleva a la horca y a otros al hospital*». No hay duda de que el pensamiento crítico del mundo latino –al menos– siempre ha integrado esa comprensión del origen social de una parte importante de la criminalidad. Durante la transición española no se explica de otro modo el hecho de que la primera ley adoptada por unanimidad tras la Constitución fuera la Ley penitenciaria general.

Hoy ya son pocos los que en el seno de los países desarrollados piensan como Cervantes, y se observa en esas sociedades de la abundancia un rechazo radical de la criminalidad y del delincuente. La resocialización se considera como un esfuerzo innecesario para la mayoría de los delincuentes y, para una parte de la sociedad, poco numerosa pero muy activa, absolutamente inútil¹¹. En esas mismas sociedades que fueron partidarias de reconocer los orígenes sociales de la delincuencia, revive la idea de la neutralización, si no de manera general, al menos ante las infracciones sexuales y crímenes violentos en general.

Por ello, el gran reto para los Estados, desde el punto de vista de una política criminal humanista como la que proclama la Sociedad Internacional de Defensa Social, se halla, precisamente, en el régimen penitenciario más que en el código penal; en el desarrollo o el mantenimiento de ventajas penitenciarias y en el establecimiento de condiciones de privación de libertad que, al menos, no hagan imposible la resocialización.

10 Arenal, C. *Estudios penitenciarios*, 2 v., Suárez, V. Madrid 1895. Sus obras completas están disponibles en www.cervantesvirtual.net.

11 Silva Sánchez, J.M. «El retorno de la inocuización», en *Libro Homenaje a Marino Babero Santos*. I. Publicación de UCLM-USAL, Cuenca 2001, p. 699 y ss.

En el marco de esta nueva representación de la criminalidad, que produce consecuencias sobre el ámbito de las penas, hay que contar con la entrada en escena de la víctima, que ha ido haciéndose camino, fustigando a los liberales, reprochándoles el haber olvidado a las víctimas desde 1789. Desde entonces, se ha desarrollado toda una serie de argumentos que ponen en riesgo los principios fundamentales edificados con dificultad en contra de la ley del talión, ya se ejerza directamente a través del clan o por la interposición del Estado.

En el ámbito de las penas, durante la segunda mitad del siglo pasado, se produjeron notables avances, aunque a veces surgieran regresiones aisladas que ensombrecen la perspectiva. En este ámbito, quisiera concluir mis palabras insistiendo en el progreso civilizatorio que constituye el retroceso de la pena de muerte. Terminaré, pues, con ese enorme reto de nuestra época con el que la Sociedad de Defensa Social está comprometida.

En el otoño de 2007, al margen de su congreso internacional, la Société adoptaba una resolución de una moratoria sobre la pena de muerte. Dos meses después, la Asamblea General de la ONU; sin duda inspirada también por otros, votaba a favor de dicha moratoria. Otros indicios apuntan a que la pena capital está batiéndose en retirada a escala internacional, algo que representa para nuestras sociedades contemporáneas un progreso moral considerable y para la actividad de nuestras asociaciones una suerte que hay que aprovechar, un movimiento que hay que apoyar. En efecto, en Europa, el Tratado de Lisboa está acabando el recorrido abolicionista de los treinta últimos años. Tanto en Estados Unidos como en China, se observan progresos, aunque aún sean muy tímidos. En el mes de junio, en África, la Asamblea Nacional de Togo abolía la pena de muerte en presencia del Presidente de Gobierno español, que se ha comprometido a hacer que progrese la moratoria y el proceso de abolición, sobre todo durante la próxima Presidencia española de la UE, en el primer semestre de 2010. También se pronunció a favor del compromiso de todos los países en el horizonte 2015, con motivo de la revisión de los objetivos de la Declaración del Milenio, adoptada en 2000, bajo la Presidencia del Secretario General de la ONU, Kofi Annan. El año 2015 se convierte pues en una fecha clave y crucial para todos nosotros: fundaciones, asociaciones y sociedades que deberemos cumplir un papel de primer orden, ofreciendo un apoyo académico a la altura de esta ambición política tan importante para una política penal humanista. Es un gran reto, una apuesta que debemos asumir para el futuro.

SOBRE LA UTILIDAD DE NARRAR EL MAL PARA MEJOR PREVENIRLO. UNA CONTRIBUCIÓN A LA REFLEXIÓN SOBRE DERECHO Y LITERATURA¹

Advierte William Schabas en las primeras líneas de su *Unimaginable atrocities: Justice, Politics and Rights at the war crimes Tribunals*², que la historia humana viene señalada por *turning points*, por momentos de cambio y que el Juicio de Núremberg y lo allí juzgado fue uno de ellos. Así fue, y seguro que pocos pudieron advertir las causas y condiciones que hicieron posible la mayor atrocidad del siglo XX. La Ciencia política acierta tan poco como la económica, pero hoy sí ofrece conocimientos sólidos para la identificación de los procesos que generan el riesgo de que el mal se apodere de los países. El Derecho y sus transformaciones desde Núremberg advierten a los que aspiran al dominio autoritario que el Derecho internacional hoy vigente ajustará las cuentas –no necesariamente *cum grano salis*– a los que lo vulneren. El Derecho pretende motivar como norma de cultura – como bien acuñó Max Ernst Mayer y como lo hizo Santiago Mir Puig entre nosotros– comportamientos correctos en los ciudadanos³, pero no resulta sencillo advertir los procesos graves de desviación. Para ello sirve mejor que el Derecho la propia literatura, la narrativa y la autobiográfica, ya sea, como siempre, en los libros o, como se produce

1 Publicado en *Sin Literatura no hay Derecho*, coord. Gerardo Laveaga, Tirant lo Blanch, México 2017, p. 36-58. Una versión menos amplia: «Sobre la utilidad de narrar el mal para mejor prevenirlo», en *Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo y Buenos Aires, 2017, p. 15 a 28.

2 *Unimaginable atrocities: Justice, Politics and Rights at the war crimes Tribunals*, Oxford University Press 2012.

3 Ya desde su *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1976.

hoy también, en el cine y en la televisión. La literatura fija la cultura y al amparo de esta cumple mejor el Derecho su función normativa y motivadora. La memoria es un remedio contra el mal⁴. La literatura es un medio idóneo para transmitirlo. Los términos Derecho y Literatura diseñados en los 70 en los EE.UU.⁵ han tenido éxito en todo el mundo y nos ocurría como dicen de los niños franceses que hablan francés sin esfuerzo. En Europa se hacía *Derecho y Literatura* desde Esquilo y su orestíada, pasando por Dostoievski con su *Crimen y Castigo*, y Kafka y su *Proceso*.

I. ESTO NO PUEDE PASAR AQUÍ

En algunos países sabemos por experiencia que como sociedad nos pueden pasar cosas terribles, pero hay otros con una elevada conciencia de sí mismos, que piensan que no puede pasar allí el que de la noche a la mañana se convierta en Presidente un personaje de características políticas y morales como el que ha llegado a serlo en los Estados Unidos. Y es que, como se ha visto, sus primeros hechos no son ni éticos ni legales, como es el caso de su orden ejecutiva de prohibir la emigración de nacionales de varios países, aunque tuvieran su residencia legal en América, para cuya elaboración que se saltó todos los controles que tiene la emisión de una orden ejecutiva en el sistema de gobierno americano. Es como si en España el Gobierno ignorara totalmente el dictamen previo del Consejo de Estado para un Decreto-Ley y, cuando un juez anulara la norma, el Presidente injuriara a los vocales del Consejo o a los jueces competentes. Lo peor es que ni uno solo de los miembros del gabinete de Trump es mejor que su Presidente. Todos deberíamos disponer de una nota biográfica de estos personajes en nuestro escritorio, para saber qué es lo que pueden llegar a hacer. Por cierto, solo hay una mujer en el gabinete, dedicada a la educación y que no sabe lo que es una escuela pública.

No pocos pensaban, como evocaba el título de la novela *«Esto no puede pasar aquí»*⁶ del primer norteamericano premio Nobel Sinclair Lewis, escrita en 1935 y publicada en español recientemente, que el complejo y delicado sistema de controles y contrapesos que caracteriza la administración americana suavizaría los despropósitos de Trump. También es de muy oportuna lectura *«Complot contra América»*, novela igualmente distópica y anticipatoria de un candidato filo nazi en 1940, que gana las elecciones a Roosevelt, comienza suavemente el cerco a los judíos y sigue con todo lo demás, y que con el lema de *no a la guerra* dobla el presupuesto de

4 Cfr. Tzvetan Todorov, *La experiencia totalitaria*, Galaxia Gutemberg, Barcelona 2010, p. 275 y sigs.

5 Por todos Richard Posner, *Law and Literature*, Harvard University Press, 1998, la primera edición es de 1988.

6 Sinclair Lewis, *Eso no puede pasar aquí* (1935), Ed. Antonio Machado, Madrid 2013; Philip Roth, *La conjura contra América*, Mondadori, Barcelona 2005.

defensa y así hasta concluir con un atractivo desenlace que no se debe desvelar. Philip Roth ha compuesto en 2004 una gran novela en la estela de su trilogía americana, lejos del momento político del «*America first*», que es precisamente el lema de campaña del Lindbergh de la novela y fijado por Roth 15 años antes de la adopción de dicho lema por el candidato ahora triunfador.

Para los que también gustan del audiovisual es muy recomendable la serie de *The man in the high Castel*,⁷ otra pieza de historia alternativa: la guerra mundial la han perdido los aliados, los alemanes ocupan todo la Costa Oeste y los japoneses California. El centro, esa América tradicional que se dice ha votado mayoritariamente a Trump, se deja curiosamente en sus propias manos, como zona neutral. El guion procede de una novela de 1962 de Philip K Dick. Un texto ucrónico o de historia alternativa que, como los anteriores, nos induce a cuidarnos de los acontecimientos políticamente extremados y de los excesos del populismo.

II. LAS ATROCIDADES INIMAGINABLES. LA DESTRUCCIÓN DE LOS ENEMIGOS POLÍTICOS Y DE LOS JUDÍOS. EL PROCESO Y LOS TESTIMONIOS

El preámbulo del Estatuto de Roma proclama que en el Siglo XX «millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la Humanidad: las «*unimaginable atrocities*» del libro de William Schabas. La pura verdad es mucho más trágica y espantosa como se enuncia en el texto de Zalmen Lewental, enterrado en el crematorio en noviembre de 1944 y encontrado en 1962, reproducido en la portadilla interior del libro de Shlomo Venezia, *Sonderkommando. En el infierno de las cámaras de gas*⁸.

Se trata en estos libros y películas de literatura para anticipar y prevenir los desastres políticos, es decir, los originados por el comportamiento político de una sociedad. Sirve también la memoria de los hechos, pero los hechos más notables no son fáciles de interpretar y captar en su plenitud. Ni teniendo los hechos delante se procede fácilmente a su comprensión; «desafían a la imaginación», como se ha citado.

El catálogo de horrores del siglo XX es estremecedor, pero entre todos prevalece el del nazismo: el exterminio por el trabajo y las cámaras de gas de los judíos europeos⁹ y las masacres de prisioneros políticos y de guerra en los campos de

⁷ *El hombre en el castillo* (1962), Minotauro, Madrid 2011 y en TV serie producida por Amazon 2015.

⁸ RBA Editores, Barcelona 2010.

⁹ Por todos, Raúl Hilberg, *La destrucción de los judíos europeos* (2002), Akal, Madrid 2005. Sobre el antisemitismo v. Enrique Moradiellos, *La semilla de la barbarie. Antisemitismo y Holocausto*, Península, Barcelona 2009.

concentración con un sistema industrial fordiano, en cadena. Nada hay en la historia humana que alcance ni los números del exterminio ni las cualidades criminales de la acción exterminadora. En mi opinión todo el fenómeno está representado en un barranco, Babi Yar, Ucrania, y en dos campos, Buchenwald y Auschwitz. Nunca en la historia de la humanidad hubo crimen igual, organizado masiva e industrialmente y decidida su comisión por una sesión formal del gobierno en las personas de sus subsecretarios, de la que se conserva el acta oficial¹⁰. El horror y la atrocidad no es sencillo de transmitir, de narrar, ni por la memorialística de las propias víctimas ni por la literatura de creación.

La mayor parte de los testigos supervivientes de los campos no fueron capaces de narrar su experiencia personal hasta muchos años después. Además de requerir capacidades literarias, las propias víctimas encontraban su terapia personal solo en el olvido. La dureza de la experiencia vivida puede explicar quizá el que sus mejores narradores buscaran al cabo del tiempo la muerte por su propia mano.

Una extraordinaria excepción es la de Eugen Kogon, demócrata-cristiano antinazi, doctorado en Viena con una tesis sobre el fascismo y el Estado corporativo, directivo de la Unión de Sindicatos Católicos, preso desde 1936 y encerrado en Buchenwald desde 1939, con el nº 9093, donde participó en el comité internacional de resistencia del Campo desde su posición como ayudante del médico jefe del mismo, lo que niega la tilde del monopolio comunista de dicha organización. Desde su liberación trabajó para el ejército americano, por el que fue encargado de escribir un libro sobre el funcionamiento del campo de concentración que en 1946 se publica con el nombre de *El Estado SS. El sistema de los campos de concentración alemanes*¹¹, con excelente traducción al español de Enrique Gimbernat, que hasta entrados los 80 fue el libro de referencia general sobre los campos, ya que se ocupó también de Auschwitz. Es también un tratado psicológico y sociológico del terror y de la atrocidad.

De entre los testimonios directos de los campos son de destacar especialmente los de Primo Levi (judío italiano superviviente de Auschwitz)¹², Elie Wiesel, Jean

10 V. Mark Rosseman, *La villa, el lago, la reunión*, RBA, Barcelona 2002; Peter Longerich, *Wannseekonferenz. Der Weg zur Endlösung*, Pantheon-Verlag München 2016. Valioso material es accesible en la página web de Museo del sitio: <http://www.ghwk.de/wannsee-konferenz/die-wannsee-konferenz.html>; una versión en español del protocolo <http://www.elholocausto.net/parte01/0117.htm>

11 *El Estado SS. El sistema de los campos de concentración alemanes* En 1965 edición española y ahora Alba Editorial, Barcelona 2005. Traducción de Enrique Gimbernat. El último gran estudio sobre los campos es de Nikolaus Wachsmann, *K L. Historia de los campos de concentración nazis*, Crítica, Barcelona 2015.

12 *Si esto es un hombre*, Ed. El Aleph, 1947, 6ª ed. 2003, el primero de una *Trilogía de Auschwitz*; Elie Wiesel, *Trilogía de la noche* (1958), El Aleph, Barcelona 2008; Jean Amery, *Más allá de la culpa y la expiación* (1966) Pre-textos, Valencia 2004; Viktor Frankl, *El hombre en busca de sentido* (1946)

Amery, Victor Frankl y Herman Langbein (antiguo Brigadista en España). De los campos no destinados al exterminio fue particularmente atroz el de Buchenwald, de donde tenemos un superviviente español, el excepcional Jorge Semprún Maura, hijo de un demócrata cristiano partidario de la República, de la que fue embajador en La Haya durante la guerra civil, que se exilia en París. Allí culmina su bachillerato y comienza los estudios de filosofía en la Sorbona, y se incorpora a la resistencia tras la ocupación alemana. Es detenido y deportado a Buchenwald, donde sobrevive gracias a que era el único preso que hablaba francés, español y alemán. Miembro del grupo internacional organizado de resistencia en el campo dispuso de una completa visión del mismo desde su trabajo en la oficina de estadística. En los años 50 fue durante una década el delegado de la dirección del Partido Comunista de España y entre otras labores estimuló la actividad antifranquista en el mundo universitario y de la cultura. En 1964 fue expulsado sonoramente del Partido Comunista y se dedica en Francia en exclusiva a la creación literaria y cinematográfica, dando comienzo a la narración de su deportación al campo, desde *El largo viaje* (1963) hasta *Viviré con su nombre, morirá con el mío* (2001), pasando por una docena de libros más entre los que destacan *La escritura o la vida* (1995) en el que desarrolla la angustia de la memoria de los campos y el póstumo *Ejercicios de supervivencia* (2016). La narración de Semprún se asienta sólidamente en la razón y en la pasión de un combatiente. Él nunca se ha reconocido como víctima, porque ha luchado y es por eso por lo que está preso. Sus triunfos literarios y cinematográficos, especialmente en su colaboración con Costa Gavras (*La confesión*) y Alain Resnais (*Gravisky*), se interrumpen con una aparición estelar como Ministro de Cultura de Felipe González. Su narrativa describe fielmente y con credibilidad el horror de Buchenwald¹³. Los españoles contamos también con otra memoria, con más numerosos protagonistas, pues es la de los supervivientes del campo de Mathausen, en el que fueron concentrados más de 10.000 «rojos españoles», por haber declarado el gobierno de Franco que los españoles «si eran rojos no eran españoles», lo que los alemanes se tomaron

Herder, Barcelona 1991; Hermann Langbein, *Hommes et femmes à Auschwitz* (1995), Tallandier, Paris 2011; David Rousset, *El universo concentracionario* (1965) Antrophos, Barcelona 2004.

13 Sobre el personaje v. Francisca Augstein, *Lealtad y traición, Jorge Semprun y su siglo*, Tusquets, Barcelona 2010. Sus obras en español todas en Editorial Tusquets. También Ofelia Ferrán y Gina Herrmann, *A critical companion to Jorge Semprun. Buchenwald, before and after*, Palgrave, Nueva York 2024; Mirham Leuzinger, *Jorge Semprun. Memoria cultural y escritura. Vida virtual y texto vital*, Verbum, Madrid 2016. Una recolección de escritos y discursos de Semprun sobre Europa y los campos v. en *Pensar en Europa*, con prólogo de Josep Ramoneda, Tusquets, Barcelona 2006. También Jorge Semprun y Eli Wiesel, *Schweigen ist unmöglich*, Suhrkamp, Frankfurt 2012, La edición primera en Francia es de 1997, originaria de un coloquio en ARTE tv en 1995.

al pie de la letra y los confinaron en el campo de los apátridas, adjudicándoles el triángulo identificativo en azul con la letra S de *spaniard*, miles de los cuales murieron asesinados¹⁴.

Pero el horror y atrocidad de Auschwitz no se transmitió más que por quienes tenían la capacidad literaria de Premio Nobel como Primo Levi y Eli Wiesel. La diferencia radica en que aquí no hay racionalidad ni combate: Auschwitz es el «*anus mundi*»¹⁵ por el que se expulsa en humo toda la judería europea. Los judíos no pudieron nunca creer que fueran a ser víctimas de un exterminio gratuito. Quién podía imaginar que siendo tan acuciantes las necesidades de mano de obra (esclava) de los nazis, fueran a asesinar a quienes podían ser utilizados impunemente para el trabajo. Es más, ni se entiende la cámara de gas, ni el exterminio por hambre y enfermedad de los que eran empleados en el trabajo hasta la extenuación. El propio Albert Speer no logró convencer a Himmler de alimentar y respetar la vida de los judíos capaces de trabajar, especialmente los técnicamente capacitados, por lo menos hasta fin de 1944. La psicopatía antisemita fue superior a cualquier sentido de utilidad.

Pero al poco, lo incomprensible se transmutó además en increíble. ¿Cómo podía haber supervivientes en un genocidio tal?, ¿quién pudo ser testigo de las cámaras de gas y salir vivo de ello? Primo Levi recuerda en su prefacio a «*Los hundidos y los salvados*» que se lo advirtieron los propios SS: «De cualquier manera que termine esta guerra, la guerra contra vosotros la hemos ganado, ninguno de vosotros quedará para contarlo, pero incluso si alguno lograra escapar el mundo no lo creerán.... aunque alguna prueba llegue a subsistir y aunque alguno de vosotros llegara a sobrevivir, la gente dirá que los hechos que contáis son demasiados monstruosos para ser creídos». Y nos dice Levi que a las pesadillas de los prisioneros pertenecía el darse cuenta que ante la enormidad de los hechos sería imposible dar credibilidad a las narraciones futuras. Lo cierto es que al captar los nazis que la marcha de la guerra era dudosa procedieron a borrar las huellas de los crímenes, arrasando de raíz los campos más orientales Majdanek, Treblinka y Sobibor, exhumando los cientos de miles de cadáveres para incinerarlos en gigantescos y dantescos braseros y machacando los huesos reduciéndolos a polvo, empleando de nuevo para ello a trabajadores judíos, que fueron trasladados a la frontera occidental de Polonia primero y luego desde Auschwitz, Ravensbrück y otros campos en lo que llamaron

14 Desde la de Mariano Constanze, *Los años rojos. Españoles en los campos nazis*, Martínez Roca, Barcelona 1974, hasta el reciente de Carlos Hernández de Miguel, *Los últimos españoles de Mauthausen*, Ediciones B, Barcelona 2015, en el que se pueden ver todas las referencias a los testimonios anteriores, p. 563 y sigs. De entre los testimonios de mujeres destaca el de Mercedes Núñez Targa, *Destinada al crematorio. De Argelès a Ravensbrück: las vivencias de una resistente republicana española*, Renacimiento, Biblioteca de la memoria, Sevilla 2011.

15 Vid en Wachsmann, K L. *Historia de los campos de concentración nazis*, p. 381 y sigs.

las «marchas de la muerte» hasta los campos del Reich: Buchenwald, Mauthausen, Bergen, Belsen y Schwerin. Pero fue con el precipitado abandono de Auschwitz como se arruinó la posibilidad del silencio absoluto, porque no solo sobrevivieron miles de testigos del mal, sino algunos del último anillo del infierno: los miembros de los *Sonderkommando*, es decir, de los judíos jóvenes y fuertes a los que reclutaban y separaban del resto para administrar el orden de las columnas que al bajar de los transportes se seleccionaban para las cámaras de gas, los tranquilizaban y convencían para entrar despreocupados en las duchas de la muerte, consolaban incluso a algún pariente ante quien como fantasmas se hacían reconocer y después recogían y clasificaban provisionalmente la ropa y transportaban los cadáveres a los hornos crematorios, que ellos mismos se encargaban de administrar. Por lo común esos miembros de los *sonderkommandos* eran asesinados y sustituidos cada tres o cuatro meses a fin de eliminar los testigos, lo que no ocurrió con los de la última «promoción». En el último bombardeo y en la víspera de la organización de la marcha de la muerte se extraviaron y mezclaron con otros unos doscientos supervivientes y testigos de los comandos especiales, por los que preguntaban los SS insistentemente en el trayecto a Mauthausen entre la nieve y el hambre y el tiro en la nuca por los SS a quien se tropezara.

Uno de los más extraordinarios hechos de resistencia de los prisioneros de Auschwitz fueron las cuatro fotografías que con mil cuidados robaron las escenas del horror de la conducción a las cámaras de gas y, después, del proceso de cremación al aire libre. Kaltenbrunner y Albert Speer, que habían negado conocer el campo de Mauthausen, fueron perfectamente identificados en unas fotografías tomadas por el fotógrafo oficial del campo y de cuya veracidad fue testigo uno de los 7.000 deportados españoles, un joven fotógrafo comunista de Barcelona, Francisco Boix, que era responsable del revelado de los carretes e identificó a unos y otros. Solo aquella mediación entre los personajes de la fotografía y los sentados en el banquillo de Núremberg fue aceptada por los jueces anglosajones como prueba de cargo lícita, una buena lección sobre el «nuevo» proceso acusatorio¹⁶. Pero qué hacer con aquellas fotografías que ni se sabía quién las había hecho ni quiénes eran los retratados. Se hicieron subrepticamente, como indican los encuadres originales, obra de un grupo dirigido por un griego –otro sefardita– al que se conocía como Alberto –Alex– Herrera¹⁷. Pero éste no pudo comparecer en ningún juicio, pues

16 Sobre el personaje v. Benito Bermejo, *Francisco Boix, el fotógrafo de Mauthausen*, RBA, Barcelona 2002. Sobre el valor como prueba de la fotografía v. Christian Delage, «Histoire et justice: le statut de l'image comme preuve et comme vecteur de mémoire, de Nuremberg au procès Papon», en *Annuaire de l'EHESS*, 2004, p.728 y sigs.

17 Da testimonio de ello Shlomo Venezia, *Sonderkommando: El testimonio de un judío obligado a trabajar en las cámaras de gas* (2007), en colaboración con Beatrice Prasquier y con prólogo de Simone Veil. Traducción de Manuel Serrat Crespo. RBA, Barcelona 2010, p. 113. Sobre los libros de

en la última rebelión de los *Sonderkommando* fue muerto cruzando el río en su huida. Los críticos y los negacionistas, los que niegan que hubiera pruebas del genocidio, de las cámaras de gas, etc., negaron todo valor a las fotos en cuestión. Son, sin embargo, la *memoria visual del holocausto*, como subtítulo de su libro *Imágenes pese a todo* el historiador de la fotografía Georges Didi-Hubermann¹⁸. La red de la resistencia polaca había transmitido desde el interior del campo información sobre lo que allí acontecía, que en buena parte llegaría a los servicios de inteligencia aliados. Se reclamaba incluso el bombardeo de Auschwitz. Cuando los bombardeos alcanzaron el campo y sus fábricas, los hornos crematorios se apagaban al sonar la alarma para evitar las grandes luminarias que hubieran orientado a los aviones. La exigencia moral de las víctimas de testimoniar el horror llevó a Alberto Herrera y los suyos a realizar las fotografías y enviarlas al exterior, del mismo modo que otros encubrieron testimonios manuscritos que escondieron en lugares inverosímiles, alguno de los cuales fue encontrado tras la guerra enterrado en el suelo como el de Zalaman Gradosky¹⁹.

Ya desde el primer momento uno de los no más de 200 supervivientes de los *sondekommandos* se puso a la obra de describir la fábrica de la muerte. El judío checo Fillip Müller testimonió en Núremberg y en 1963 en el proceso celebrado en Frankfurt contra los dirigentes del campo, con cuyo motivo compuso una ordenada narración que se ha traducido a varios idiomas, solo recientemente al español (*Tres años en la cámara de gas*) con una valiosa introducción de Fernando Palmero²⁰. También han surgido testimonios tardíos muy bien verificados como el del sefardita de Tesalónica Shlomo Venezia, quien reclamado por los historiadores franceses ofreció una terrible y apasionante entrevista que se publicó en forma de libro: *Sonderkommando. El testimonio de un judío obligado a trabajar en las cámaras de gas*, con prólogo de Simone Veil, Ministra de Sanidad de Francia y primera mujer presidenta del Parlamento Europeo, que mostraba con coraje el tatuaje de su número de prisionera en Auschwitz. Todos estos testimonios nos presentan la industria de la muerte, los métodos y los modos, incluido el trato cruel, despiadado, inhumano, algo que resulta incomprensible, inimaginable, increíble, indescriptible.

Venezia y otros v. Salomé Guadalupe Ingelmo, «La literatura testimonial: justificación personal o voluntad de utilidad histórica», en *revistadestiempos.com*, nº 42, diciembre 2014, p. 50 y sigs.

18 Didi-Hubermann, *Imágenes pese a todo. Memoria visual del holocausto*, Paidós, Barcelona 2004. Las fotos pueden verse también en <http://fotosiconicas.blogspot.com.es/2015/01/auschwitz-hace-exactamente-70-anos-un.html> https://en.wikipedia.org/wiki/Sonderkommando_photographs.

19 *El corazón de infierno*, Antrophos, Barcelona 2008.

20 *Tres años en la cámara de gas*, Confluencias, Salamanca 2016. Introducción de Fernando Palmero.

Hanna Arendt indicaba que los nazis estaban convencidos de que una de las posibilidades de éxito de su empresa residía en el hecho de que nadie en el exterior podría creérselo²¹. Filip Müller describe todo cuanto ocurre con la ambición de la memoria. En la narración cobran pleno valor aquellas cuatro fotos «robadas» a los exterminadores en los días de verano de 1944 en que comenzó el arribo de los cientos de miles de judío húngaros a Auschwitz–Birkenau, la máquina de matar con gas, en grupos sucesivos continuados de 900 personas, y el fuego incinerador de los hornos crematorios que se completó con una suerte de piscinas de cremación y técnicamente bien preparados para reducir a cenizas 1.500 cuerpos a la vez. En un sola noche, 10.000²². Antes de incinerar se extraían los dientes de oro, de los que se llegaban a fundir entre 5 y 10 kilos diarios. El primer informe redactado por Filip Müller lo entregó a dos presos que consiguieron fugarse en abril de 1944 y se publicó en varios lugares en noviembre del mismo año, conociéndose como *Protocolo de Auschwitz*²³.

Hermann Langbein²⁴, austriaco, antiguo integrante de las Brigadas Internacionales en la guerra de España e interno primero en Dachau y luego en Auschwitz, preso político, con triángulo rojo e integrante del comité de resistencia del campo, es un testigo «privilegiado» en el sentido expuesto por Levi, ya que además de haber llegado al fondo de la experiencia, con la información que le dio el ser secretario del médico jefe del campo, era, además, un «político» y tuvo la «habilidad» y la suerte de llegar a un lugar de observación privilegiado sin someterse y con la capacidad de contar lo que ha visto, sufrido y hecho, con la humildad de un buen cronista, es decir, teniendo en cuenta la complejidad de fenómeno *Lager*. Era lógico que esos historiadores hayan sido casi todos prisioneros políticos: porque los *Lager* eran un

21 Auschwitz et Jerusalén, Agora, Paris 1998, p. 207. También Didi-Huberman, *Imágenes peso a todo*, cit. p. 38.

22 Vid. Müller, *Tres años en las cámaras de gas*, cit. sobre capacidades de cremación y circunstancias del proceso, 159– 265 a 273; p. 278 sobre los 10.000 ejecutados en una sola noche y en la 172 sobre el oro extraído de las dentaduras.

23 V. Fernando Palmero en Müller, cit., p. 59. Y *The Buchenwald Report*, Trad. al inglés de David Hacket, del original alemán que preparó el servicio de inteligencia el ejército aliado en 1945, compilado por Albert Rosenberg, Westview Press, Oxford 1995. Semprun cuenta que el informe no se publicó en Estados Unidos hasta esa fecha como efecto de la guerra fría, y el oficial americano y autor era ni más ni menos el oficial que primero se acercó en su jeep al campo recién autoliberado y se encontró con Semprun, quien llevaba un *Panzerfaust* en una formación fantasmal de esqueletos en pijama a rayas y que armados marchaban en formación a tomar Weimar. Rosenberg y sus padres emigraron a tiempo a EE. UU. pero perdieron a 28 miembros de su familia, v. *Pensar en Europa*, Tusquets, Barcelona 2006, p. 297.

24 Escribió sus primeras memorias inmediatamente a su huida de la marcha de la muerte en bicicleta hasta Viena, que publicó en 1947: *Die Stärkeren. Ein Bericht aus Auschwitz und anderen Konzentrationslager*, Viena, 1949, 6ª ed. Bonn 2014 y más tarde *Hommes et femmes à Auschwitz*, Tallandier, Paris 2011, por la que se cita.

fenómeno político, porque podían recurrir a un fondo cultural para interpretar lo observado, porque daban cuenta de su testimonio era un acto de resistencia y de guerra²⁵.

A los testimonios de las víctimas tan tempranos como los de Kogon, Müller, Primo Levi, Langbein, y Semprún o tan tardías como el de Shlomo Venezia, han seguido la narraciones y ensayos sobre los campos²⁶ y luego las creaciones cinematográficas, de las que baste citar las dos últimas, las más difíciles, sobre la vida y la muerte de los miembros de los *Sonderkommandos*: *La zona gris*, de Tim Blake Nelson, 2001 y *El hijo de Saúl*, de Laszlo Nemes, 2015. Dos grandes muestras de literatura y del no-Derecho de los crímenes contra la humanidad. Son imprescindibles para advertir a las sucesivas generaciones de la capacidad de mal y de daño de los seres humanos cuando se rompen las bases de la convivencia democrática, de la civilización, que resulta tan frágil como el celuloide de las viejas películas. En los días en que esto se escribe se estrena la película «Negación» dirigida por Mick Jackson (Gran Bretaña, 2016), sobre el enfrentamiento y proceso penal entre la historiadora judía estadounidense Deborah Lipstadt y el historiador negacionista británico David Irving, quien afirmaba la falsedad de las ordenes de genocidio de Hitler y la inexistencia de las cámaras de gas. Todo lo cual advierte sobre la necesidad de la Memoria y del combate a los que denigran tanto a la verdad como la dignidad de las víctimas.

III. EN LA CABEZA DE LOS PORTADORES DEL MAL

La atrocidad es un proceso. En nuestro caso hemos de distinguir tres fases: la primera es toda la legislación y acción represiva que se produjo de inmediato a la toma del poder de Hitler, acelerada con la coartada del incendio del Reichstag en abril de 1933, primero, y que dio paso al estado de excepción y después a la Ley de habilitación de plenos poderes del mismo año 1933, conforme a la que se produce el encarcelamiento masivo de políticos de izquierda y sindicalistas. Su punto álgido es la «Noche de los cuchillos largos», el 30 de junio de 1934, en la que Hitler y sus fieles asesinan a más de 200 de sus propios acólitos, más autónomos y críticos con la alianza con los capitalistas, al mismo tiempo en el que el *Kronjurist* Carl Schmidt proclama que la voluntad del *Führer* es la Ley²⁷, hechos que desencadenarían la

25 Primo Levi, *Los hundidos y los salvados*, de la Trilogía cit., El Aleph, Barcelona, 4ª ed., 2008, p. 16-17.

26 Un buen ejemplo por españoles son Reyes Mate, *Por los campos de exterminio*, Anthropos, Barcelona 2003; el monográfico de la *Revista Anthropos*, nº 203, *Vigencia y singularidad de Auschwitz*, 2004; Paz Moreno Feliú, *En el corazón de la zona gris. Una lectura sobre los campos de Auschwitz*, Trotta, Madrid 2010.

27 Carl Schmidt, *Der Führer schützt das Recht*, en *Deutsche Juristen Zeitung*, 1 de agosto de 1934, p. 15. Vid. Filippo Rusch, «En el vientre de la ballena: Carl Schmidt y el Nacionalsocialismo», en *Nazismo, Derecho, Estado*, Javier Blazquez (Ed.) con prólogo de Francisco Muñoz Conde, Dykinson,

barbarie que alcanza su cenit antes de la guerra, cuando con ocasión del atentado contra un diplomático alemán en París desataron a las SA contra los judíos en la «noche de los cristales rotos», *Kristalnacht*, en 1938. La guerra no esperó más de un año para comenzar arteramente. Pero al injusto de la guerra de agresión se sumó la política de exterminio primero de las élites polacas y luego, tras la invasión de la Unión Soviética, de comunistas y judíos, a cuyos efectos se procedió con un sistema de embolsamiento de población en las retaguardias del ejército de ocupación mediante regimientos de las SS y de la policía militarizada, que operaban tras los avances de la *Wehrmacht*, que se llamaron *Einsatzgruppen*.

Disponemos hoy de una amplia colección de trabajos científicos, académicos y sistemáticos de estas masacres²⁸. Especialmente representativo de los trabajos académicos y sistemáticos es el de Helmut Krausick, *Hitlers Einsatzgruppen. Die Truppen des Weltanschauungskrieges 1938-1942*, así como Wolfgang Benz, *Einsatz im Reichskommissariat Ostland*, con los principales documentos e información sobre sus estructuras. Una narrativa basada en datos y testimonios la ofrece el Premio Pulitzer, Richard Rhodes, *Los amos de la muerte* y bien reciente son las publicaciones de Christian Ingrao sobre las SS y su conformación ideológica, cultural y moral, especialmente sobre los intelectuales del servicio de información de las SS, que es el título de su tesis doctoral de 2001²⁹. Además, se dispone de la declaración en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg del General Jefe del *Einsatzgruppe D*, Otto Ohlendorf, quien compareció como testigo e informó de todo. Más adelante fue procesado por el Tribunal Militar americano en el caso que se conoció por ese nombre, *Einsatzgruppen*, con sentencia de 9 de abril de 1948. A este proceso, además de los que tuvieron lugar en Alemania Oriental, siguieron el muy relevante de Ulm en 1958, por la masacre de 5.500 judíos de Tilsit, y otros cincuenta juicios con 150 procesados. Se reconoció expresamente por los acusados que las instrucciones recibidas eran «liquidar» a todos los judíos y comisarios políticos soviéticos. Todo ello, protocolos y sentencias, resultan de extraordinario valor para el ítem Derecho y Literatura.

Madrid 2014, p. 235 y sigs. De entre las biografías de perpetradores me remito a la más adecuada por la pertinencia a nuestro tema del personaje y por la calidad de la documentación: Robert Gerwarth, *Heidrich*, Esfera de los Libros, Madrid 2013.

28 V. Krausick, Helmut, *Hitlers Einsatzgruppen. Die Truppen des Weltanschauungskrieges 1938-1942*, Fischer, Frankfurt 1989, con una versión más completa de 1981. Benz, Wolfgang. et. al, *Einsatz im Reichskommissariat Ostland*, Metropol, Berlin 1998, ambos con numerosas referencias; Richard Rhodes, *Los amos de la muerte. Los Einsatzgruppen y el origen del Holocausto*, Seix Barral, Barcelona 2003.

29 Christian Ingrao, *Croire et détruire*, Fayard, Paris 2010, en español *Créer y détruire*, Acantilado Barcelona 2017 ; *La promesse de l'est, espérance nazie et génocide, 1939-1943*, Du Seuil, Paris 2010 y *Les chasseurs noirs. La brigade Dirlewanger*, Perrin 2006. También Michaël Prazan, *Einsatzgruppen, Les commandos de la mort nazis*, Du Seuil, Paris 2010.

La manipulación del lenguaje por los nacionalsocialistas es fenómeno bien conocido desde la obra de Viktor Klemperer, *LTI (Lengua Terti Imperi)*³⁰, publicada ya en 1946, en ocasiones para ocultar las acciones que traían entre manos, como estas sobre los comandos y grupos de exterminio o, singularmente, las órdenes de *sonderbehandlung*, equivalente a tratamiento especial, pero en realidad asesinato inmediato; la *endlösung*, o solución final, es bien conocida.

Este genocidio racial y político fue conocido ya en el primero de los juicios de Núremberg y allí Ohlendorf y otros hicieron una abierta y detallada declaración que confirmaba las noticias del modo y manera en que se habían organizado y sucedido las masacres. Los jueces apenas podían dar crédito a lo que narraba aquel elegante catedrático de economía política. En ocasiones creían que la barbaridad que escuchaban se trataba de problemas de traducción. La transcripción del interrogatorio es de tal desnudez y austeridad que impacta en cualquiera de las lenguas a que se ha traducido. Así, expone que entre junio de 1941 y junio de 1942 su grupo, compuesto por 500 SS y policías militarizados, había *liquidado* a 90.000 personas entre judíos y comisarios soviéticos, categoría que, como precisó a preguntas de los jueces y fiscales soviéticos, alcanzaba a cualquier responsabilidad en el ejército o en el partido comunista³¹.

A la pregunta del Fiscal Amen sobre si había asistido y presenciado personalmente alguna de las ejecuciones masivas, responde que, aunque de ello encargaba siempre a un oficial, él llegó a asistir personalmente a dos, a fin de inspeccionar su ejecución –*inspektionweise*–, y expuso como se realizaban: bajo la apariencia de proceder a un traslado o reasentamiento concentraban a todos los judíos de un territorio y los llevaban al lugar de ejecución, que solía ser una trinchera antitanque, donde se les ejecutaban militarmente, es decir, mediante pelotones de fusilamiento y tiro de gracia, y se les secuestraban todas las ropas y bienes. Al ser preguntado por qué otras unidades no recurrían al pelotón de fusilamiento y disparaban directo a la nuca o los ametrallaban, respondió que él era contrario a esos procedimientos porque ese modo de proceder producía «sufrimiento inconmensurable a las víctimas y a los propios ejecutores» (*Unendlidh seelish belastete*). Expone también que a las mujeres y a los niños no los ejecutaban separadamente de los hombres y que a pesar de que para ellos Himmler les enviaba camiones para el gaseamiento móvil, a fin de evitar que los soldados alemanes, en muchos casos casados y con hijos, tuvieran

30 *LTI (Lengua Terti Imperi)*, cito por la edición de Reclam, Stuttgart 2010.

31 V. en las publicaciones oficiales de las actas del juicio correspondientes al 3 de enero de 1946. Por la edición alemana, volumen IV, 17 diciembre al 8 de enero de 1946, Núremberg, p 341 u ss. Especial mente págs. 353-355, 370. El *Einsatzgruppe D* fue una unidad de reserva, las demás tenían de doble a triple dotación y sus víctimas se multiplicaron de modo exponencial. Los 500 efectivos no incluyen las numerosas tropas locales aliadas.

que disparar sobre ellos, a su gente no les gustaba emplearlos, pues aunque él creía que la muerte sobrevenía en 15 a 30 minutos, la descarga de los cuerpos de los camiones de gaseamiento por las circunstancias en que se encontraban tras la muerte por el gas sometía a los miembros a una gran carga emocional (*eine starke Belastung*), que luego califica además como «innecesaria» (*unötige*). El coronel soviético Pokrowsky le preguntó por qué razón preferían los soldados el fusilamiento a los camiones de gaseamiento y qué entendía Ohlendorf por una «innecesaria carga emocional». Este no pudo eludir la respuesta y lo explicó en toda su brutalidad: el estado de los cuerpos, el ensuciamiento fisiológico del camión y demás, todo eso impresionaba grave e innecesariamente a sus hombres. Al coronel Pokrowsky le llamó también la atención la explicación del Ohlendorf de que siempre enviaba a las ejecuciones a uno de sus oficiales para inspeccionar la ejecución y que el mismo lo hizo también «*inspektionweise*» personalmente dos veces. Respondió el testigo que pretendía asegurarse de que se cumplían sus instrucciones, es decir, las condiciones que había determinado en las que tenían que llevarse a cabo las ejecuciones. De nuevo el coronel soviético inquirió qué condiciones eran aquellas y el testigo declaró: primero, exclusión de público presente; segundo, ejecuciones mediante pelotón; tercero, que tanto el transporte hasta el lugar como la práctica de la liquidación se hiciera evitando toda inquietud y reacción innecesaria de las víctimas; cuarto, velar por que los bienes arrebatados a las víctimas no fueran saqueados irregularmente; y, por último, que en todo caso debían evitarse todo maltrato corporal o moral a las víctimas de la masacre. Ante semejante expresión el Coronel no puede por menos que preguntarse sorprendido qué entiende el testigo por no incurrir en malos tratos en las ejecuciones, a lo que este último responde que se trataba de mantener el orden mediante la fuerza para evitar la inquietud y el nerviosismo y, en su caso, el levantamiento de las víctimas. Pero el coronel soviético se resigna, no puede entender cómo se conjuga el asesinato en masa con la evitación de los malos tratos.

El orden y la exclusión del maltrato del testimonio de Ohlendorf se eclipsan en el mar de crueldad que revelan los supervivientes de las masacres de los *Einsatzkommandos* (unidades en que se dividían aquellos) en todos los territorios ocupados. Un catálogo de atrocidades de cada uno de los cuatro *Einsatzgruppen* puede verse en el libro citado de Hetmut Kansnick³². Los testimonios de los supervivientes a esas matanzas colectivas, generalmente por caer antes de recibir disparos y los demás sobre ellos, son estremecedores. La masacre más intensa y masiva es la de Kiev, donde a lo largo de dos únicos días, 29 y 30 de noviembre de 1941, se ejecutó a 33.770 judíos, aprovechando el inmenso barranco de *Babi Yar*. En medio de una marabunta de golpes, perros y gritos se obligaba a tumbarse boca abajo a las vícti-

32 *Hitler Einsatzgruppen*, cit., p. 151 a 178.

mas y se las ejecutaba de un tiro en la nuca y sobre ellos los siguientes, hasta la suma total, en un sistema de apilamiento que llamaban de «lata de sardinas». Las paredes del barranco se volaron para cubrir los miles de cadáveres. En la misma zona un equipo de 10 médicos SS y otros tantos auxiliares acabaron con la vida de miles de discapacitados de toda condición³³. En Vinitza, en abril de 1942, donde se habían asesinado ya a 10.000, lo siguieron haciendo, pero separaron a las madres de los niños para no alterar el sistema de «lata de sardinas» de los adultos y ametrallaron separadamente a los pequeños. El 1 de noviembre de 1942 se destruyó el gueto de Pinsk, en el que fueron asesinados 26.200 seres humanos.

El General Johannes Blaskowitz, comandante de los territorios orientales ocupados, remitió al Comandante en Jefe del ejército alemán, von Brauchitsch, un memorándum denunciando la «tremenda brutalidad y depravación moral» de las masacres de los *Einsatzgruppen* desde el primer momento de la ocupación de la URSS³⁴. Especial valor tiene el informe completo del Coronel de la SS Jäger, Comandante del *Einsatzkommando* 3 del Grupo A, sobre el proceso, lugares y números del exterminio de judíos en Lituania, eliminando en apenas 6 meses a 130.000 judíos, y que también precisaba el número de los judíos varones a los que dejaba con vida porque se necesitaran para trabajos imprescindibles, a los que esterilizaba, y si alguna judía de entre ellos quedara embarazada era de inmediato liquidada³⁵.

Zanjas y *Lager* operan como espacio del genocidio y de la persecución política sucesivamente, y más tarde simultáneamente a partir del atentando contra Heidrich y hasta el final de la guerra. A los *Einsatzgruppen* se les dedicó el noveno de los procesos de Núremberg, con Ohlendorf y otros acusados principales, que fueron condenados a muerte y ejecutados. Durante el juicio ante el Tribunal Militar Internacional, el general SS y profesor de economía política había participado solo como testigo y, además, todavía no habían topado los investigadores norteamericanos, casi todos judíos de origen alemán, con las carpetas casi completas de los informes de los 4 *Einsatzgruppen*, que se encontraban en la cuarta planta de la sede de la Gestapo, sobre los que compuso y dirigió la acusación el Fiscal militar Benjamin B. Ferenc, quien todavía hoy goza de la vida y da atractivas conferencias³⁶. Por cierto, tuvo que salir al paso de un dictamen de un penalista bien conocido colaborador de la defensa

33 Cfr. Rhodes, cit., p. 282, 386 y 395 para las sucesivas referencias.

34 V. en Rhodes, cit., p. 29 y 30)

35 Ver el facsímil en internet buscando *Jägerbericht*; v. Wette, Wolfran: *Karl Jäger, morder der litauisen Juden*, Fischer, Frankfurt 2011.

36 Vid. Rhodes, ob. cit, p. 420 y ss. Última referencia a intervenciones de Ferenc en *The Guardian* de 7 febrero 2017.

del coronel que pretendía fundamentar la exculpación de todos ellos en la categoría dogmática, tan querida por los penalistas, del estado de necesidad putativo³⁷.

Pero si los informes oficiales y las pruebas testificales fueron más que suficientes para conocer y probar los hechos criminales, su operativa y su bestial inhumanidad, para comprender el fenómeno se requería una elaboración teórica sobre el sistema estatal del genocidio y una narración sobre la personalidad genocida de los actores del terror, especialmente de los SS cualificados, de formación militar académica.

La construcción de la teoría del Nazismo fue iniciada tempranamente por un grupo de judíos alemanes exiliados, en particular por Franz Neumann: *Behemoth, pensamiento y acción en el nacional socialismo*, cuya primera edición tuvo lugar en Estados Unidos en 1942 en forma ampliada en 1944. La edición en español es bien temprana, en 1943, por el Fondo de Cultura Económica en la sección de Ciencia Política que dirige Manuel Pedroso, un personaje entrañable de los republicanos españoles, formado en Alemania, discípulo en Berlín de Hermann Heller y Carl Schmidt, catedrático de Derecho político de Sevilla, de cuya Universidad fue Vicerrector, embajador de la Republica en Moscú en la guerra civil, acogido en el transtierro mexicano y en el UNAM, donde ha sido reconocido como maestro de la lengua española por Carlos Fuentes y Sergio Pitol. Pero todavía estremece más los sentimientos comprobar que los traductores fueron españoles, entonces dos jóvenes exiliados, Vicente Herrero y Javier Márquez, de los primeros españoles en hacer el posgrado en la *London School of Economics*, donde fueron discípulos de Harold Laski, y que acompañaron al líder de la modernización de la historia y de la economía de México, Daniel Cossío Villegas³⁸. El título, *Behemoth*, es la denominación en el judaísmo del monstruo que domina la tierra, pareja del que domina el mar, *Leviatan*, ambos monstruos del caos, que estaba dicho que aparecerían poco antes del fin del mundo y establecerían un imperio del terror, pero que acabarían siendo destruidos por Dios, tal y como explica Neumann el título de su libro en una nota preliminar. Pero cuando eso escribe no está nada seguro de que los monstruos

37 V. detenidamente el texto de la muy rica recensión de Muñoz Conde a la obra sobre Maurach de Viktor Nerlich, «A Baltico ad Euxinum», esopiano título que viene que ni pintado al tema que nos ocupa, en *Revista Penal*, 37, 2016, págs. 292-309. También su ya clásico estudio general sobre los penalistas nazis: Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Tirant, 4ª ed. Valencia 2004.

38 *Behemoth. Pensamiento y acción en el Nacionalsocialismo*, FCE, México 1943, sobre la primera edición inglesa de 1942. En alemán la primera edición fue en 1977 y la actual en Fischer, Frankfurt 2004. Vid. sobre el conjunto histórico Luis Arroyo Zapatero, *Los Juristas de la Junta para Ampliación de Estudios / Die Juristen und die Junta para Ampliación de Estudios*, en *Traspasar fronteras, un siglo de intercambio científico entre España y Alemania*, CSIC/DAAD, Madrid 2010, p. 267 y sigs., con especial referencia a Pedroso y sus maestros en p.287. Puede verse el texto en mi Blog. uclm.es/luisarroyozapatero y mi texto en el 40 aniversario del INACIPE, *La balsa de piedra*, en prensa.

vayan a ser vencidos, pues para fundamentar tal augurio hay que esperar a febrero de 1943, cuando se rinden los restos del 6º Ejército de von Paulus en Stalingrado.

A la obra de Neumann le sigue casi 10 años más tarde Hanna Arendt con su *The origins of totalitarianism* en 1951³⁹ todo lo cual ha sido seguido y ampliamente profundizado. Además, sobre todo desde los años 80 conocemos una extraordinaria producción científica sobre los personajes que encarnaron el nazismo.

Naturalmente, disponemos de estudios sobre los actores del mal, como Eichmann, cuyo procesamiento facilitó conocer, con Hanna Arendt, *la banalidad del mal* de los seres humanos cuando el sistema en que se ven inmersos promociona *la pasión de la crueldad*. Daniel Goldhagen realizó una gran contribución con su estudio sobre las condiciones de la participación en las masacres de los *Einsatzgruppen* de batallones policiales ordinarios, compuestos por lo que, al parecer, eran honrados padres de familia amantes del orden⁴⁰, y que se centra en los perpetradores y que pone de relieve el predominio en la cultura y la política alemana de la época un antisemitismo criminal. En lo contemporáneo tenemos una aproximación a los actores del mal que ha editado Leila Guerrero con el título, precisamente, de *Los malos*⁴¹, en el que se repasan los monstruos de las dictaduras latinoamericanas contemporáneas, desde el jefe de la DINA chilena, Manuel Contreras, al *amo* de la Escuela de Mecánica de la Armada en Buenos Aires, Jorge Acosta, *el tigre*, pasando por Mirta Antón, La Cuca, policía torturadora argentina; Luis Antonio Córdoba, «encargado» de Noriega en Panamá; el médico de las embarazadas secuestradas en Argentina, el salvadoreño Miguel Ángel Tovar, «El niño»; la Mara Salvatrucha y otros delincuentes atroces teñidos o no de política. Todos estos trabajos contribuirán sin duda a la elaboración de una teoría general para entender de qué están hechos estos personajes banales que en determinadas circunstancias cometen monstruosidades con satisfacción.

IV. ENTRE LA FURIAS Y LAS BENÉVOLAS

Pero para disponer de una biografía antropológica y política de los nazis con formación académica común ha sido necesario esperar a que un joven judío de Nueva York que escribía en francés y residía en Barcelona ganara el Premio Goncourt de 2006 con un título esotérico, *Les Bienveillants*, que en la edición española se tradujo

39 En español *Los orígenes del totalitarismo*, traducido por Guillermo Solana, Taurus, Madrid 1974, reeditado después por Alianza Editorial. Hanna Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, 1963, Edt. De bolsillo, Barcelona 2006. Una visión sobre los principales protagonistas en Guido Knopp, *Hitlers Helfer*, Goldmann, Munich 1996.

40 Goldhagen, Daniel Jonah, *Los verdugos voluntarios de Hitler: Los alemanes corrientes y el Holocausto*, Taurus, Madrid 1997.

41 Leila Guerrero, *Los Malos*, Edición Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2015.

por *Las Benévolas*. En los alcances de quien escribe nada hay equivalente a esas mil páginas en las que Jonathan Littell construye la personalidad, el pensamiento y la acción de un joven alemán con alguna circunstancia singular que al concluir sus estudios de Derecho se integra en las SS, al igual que podía haberlo hecho en un puesto en la judicatura. Responde Littell a la pregunta que se hacen cuantos se acercan a los actores y gestores de las masacres de los nacionalsocialistas. El título, ciertamente sumergido en la mitología griega, tan deslizante e imprecisa, alude a los seres que terminaron transformándose las Furias, diosas o agentes divinos de la venganza. En la cultura hispánica conocemos mejor a las furias que a las benévolas, entre otras razones porque fueron mostradas por los más cualificados pintores del siglo XVI, bien representados en El Prado, y que fueron objeto de una gran exposición en 2014, de gran interés para los penalistas pues, por una parte, en las representaciones figuran el castigo con dolor y el dolor mismo como castigo y, por otra, lo más novedoso para quien lo observa ahora es que la creación artística contribuye a la definición de la crueldad de los castigos, aunque no haya en ello denuncia de la misma. Es más, la comparación que alumbra una entera época de representación de las Furias, que es la de las composiciones con que Tiziano adorna el Palacio de *Biche* en Bruselas, de la Reina gobernadora de los Países Bajos, María de Hungría, hermana de Carlos V, están destinadas a advertir a todos del castigo que recae inexorablemente sobre quienes se levanten contra el Emperador Carlos. O sea, son representaciones destinadas a la advertencia y a la intimidación frente el delito de sedición. Pura prevención general. El castigo inexorable será la derrota –no en vano todo sigue a la batalla de Mülberg– y la muerte con eterno dolor. En las Furias se trata de la representación de cuatro historias trágicas de cuatro grandes condenados: Xión, que da vueltas a la rueda de su ambición; Sisifo, quien con la gran piedra a sus espaldas alude a la difícil vida del gobernante; Tántalo o la avaricia; y Ticio, el que se interesa por lo que no le importa o ambiciona acumular tesoros⁴².

Aunque el tiempo ha terminado por poner el nombre de Furias a los propios condenados, se debe precisar que el termino Furias sustituye al originario de Eri-neas, también conocidas por el de Euménides, «benévolas», término este que por

42 *Las Furias. Alegoría política y desafío artístico*. Catálogo y texto de Miguel Falomir, Madrid, Museo del Prado, 2014. En el catálogo de la exposición, Miguel Falomir, hoy director del Museo del Prado y comisario de la misma y conservador de pintura italiana y francesa nos pasea de modo magistral por todo el panorama de la representación artística a que da comienzo Ticiano, en la forma de Furias o en las Gigantomaquias : Leone Leoni, Carlos V y el Furor ; Peter Fris, *Orfeo y Eurídice en los infiernos*, 1652; Hendrick Goltzius , Ticio, 1613; Pedro Pablo Rubens, *Prometeo*, 1611; Caravaggio, *Judith y Holofernes*, 1598, con quien precisamente en este punto se alcanza la normalización de la estética del horror especialmente José de Rivera. *El suplicio de Marxias*, 1637, *Ticio* 1632. *Xion*, 1632. Y es José de Ribera, sobre todo en el *Xión*, quien da en la expresión del dolor un paso más allá que sus predecesores. Cfr. Falomir, cit, págs. 89, 91 y 104.

oposición al primero servía para aludirlas sin nombrarlas, evitando así su furia. Personificaban el castigo y la venganza, una cuestión punitiva por excelencia. A los cuatro personajes citados se solía unir a Prometeo, quien a diferencia de los demás sufrió solo el castigo temporal de, encadenado, ser presa de las rapaces. Su delito no era menor: quería hacer partícipe a la humanidad de los secretos divinos, un moderno *Assange*.

Lo que nos interesa y perseguimos los penalistas con avidez es la representación de la causación cruel del dolor y las Furias de Tiziano son su puesta de largo, con las innovadoras representaciones de los «*affetti*», de modo independiente respecto de las tradicionales representaciones anteriores, sobre todo de motivos religiosos⁴³. Lo esencial ahora es la expresión del dolor cruel. En la generalidad de las Furias el personaje manifiesta en su rostro el dolor del castigo, pero la dimensión de la crueldad se encuentra en el hecho de representarlo a merced del ave rapaz, el dejar el cuerpo del condenado a disposición de la misma. Lo cruel está en el modo de dar la muerte. Pero Ribera, en su *Ixion*, incorpora a la escena a un demonio cuyo rostro expresa, además, la voluntad del trato cruel. Falomir dice que «no es el condenado, sino el verdugo, quien transmite con su mirada la crueldad del castigo, con su fiero gesto»⁴⁴.

En todo caso, las Furias o las Benévolas representan en la mitología, además de otras variantes, el cuidado en el cumplimiento inexorable de las penas de los delitos más graves, es decir, el principio de la ciega venganza talionar y retributiva, sin reconocimiento de atenuante alguna, encargada de perseguir al delincuente inclusive en el infierno. Allí, en la ciudad de Dite, que era la entrada al sexto círculo inferior del infierno, el que acoge a los herejes, las erigió Dante en la *Divina Comedia* en el canto IX. Willian Bougerean las representó jóvenes y hermosas persiguiendo a Orestes, pero en verdad eran tan horribles como el furor o la locura que producían en sus perseguidos. En verdad tenían cabeza de perro, alas de vampiro y serpientes por cabellera, como la Medusa⁴⁵.

Las Furias, en su versión más terrible, como venganza talionar, de ojo por ojo, se desatan en regiones y momentos, reclaman la pena de muerte como si esta fuera exigida por los dioses y no por los seres humanos primitivos, los cuales no saben rechazar la crueldad. El punitivismo, que afecta también al reclamo constante de incrementar las penas, tiene también la misma raíz: el rechazo de la razón y el desconocimiento de la compasión.

43 Falomir, *Las Furias...*, cit., p. 75.

44 Falomir, *Las Furias...*, cit., p. 106.

45 Sobre la Furias en la mitología griega y su teatro, especialmente Esquilo y Eurípides v. Bennett Simon, *Razón y locura en la antigua Grecia*, Akal, Madrid 1984, esp. p. 117 y sigs. Sobre las funciones de las Furias v. Valdés/Fornis/Placido, *El sacrificio de las semnai Theai en Atenas: autoridad y silencio en el Aerópago y revitalización del culto en el s. IV*, en *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 2007, XIX, pp. 107 a 132.

Jonathan Littell fundamenta su novela en un conocimiento exhaustivo del nazismo y de sus organizaciones, así como de la experiencia de los *Einsatzgruppen* y su funcionamiento. En primera persona narra, como Max Aue, una experiencia vital bien construida tanto en el plano literario como en el histórico. Lo literario interesa sobre todo para transmitir lo inimaginable, lo irrepresentable, lo inexplicable, lo que exasperaba a Didi-Hubermann⁴⁶. Jorge Semprún, que participaba en el jurado del *Goncourt*, manifestó que se sintió completamente estremecido y que el libro era el acontecimiento literario del siglo⁴⁷.

La recepción en Alemania ha sido más bien crítica, pero es lógico, pues narrar el Holocausto desde la perspectiva del autor de los crímenes, de los perpetradores, no deja indemne a la sociedad histórica en la que surge⁴⁸. Es un texto radical, por la ausencia de pudor en la narración de las atrocidades que nos representamos tras la lectura de la banalidad del mal; en este caso un humanista alemán –un alemán con *Abitur*–convertido en esbirro de los nazis. Se trata, en definitiva, de un texto que sintetiza en el personaje de Aue todo lo que se sabe bien de los nazis, de sus crímenes y de su psicopatía antisemita y totalitaria, así como delató la falta de arrepentimiento que mostraron, que en la novela se corona, además, con la impunidad. Se pasea por la geografía del horror y nos lo trasmite con crudeza por las zanjadas de las masacres y por los campos de concentración y de exterminio y se encuentra con los *prominentes* de su tiempo. Algunos no han visto en el libro más que pornografía. Los que acusan de exceso de información no captan que esa información es difícil de alcanzar por no especialistas, salvo que se proporcione y se digiera en una narración. Klaus Lüderssen lo reconoce como una cabal contribución al campo del Derecho y Literatura⁴⁹. Semprún llega a decir en defensa de hacer narración o ficción de la experiencia de los campos que sin literatura muere la memoria⁵⁰.

Pero esto es precisamente el valor que puede tener este ensayo en el espacio de «Derecho y Literatura» pues fundamenta que la literatura permite mejor transmitir el horror, la impiedad y la atrocidad a que puede llevar el desmantelamiento del Estado de Derecho, la entrega al populismo y al nacionalismo radical. Desgraciadamente, estos momentos de la presencia masiva del discurso del odio son buen

46 Cit. *Supra*.

47 *El País*, 7 de noviembre de 2006. Para la recepción en España: Olha Borschak y Maria Luisa Hernandez García, «Ficción y realidad en *Les Bienveillantes* de Jonathan Littell», en *Thélème. Revista Complutense de Estudios Franceses*, 31, 2015, p. 39 a 54.

48 Cfr. Mesch, Stephan, *Knapp vorbei, Deutschland – Zur literaturkritischen Rezeption von Jonathan Littells «Die Wohlgesinnten»*, en <http://literaturkritik.de/id/11900>.

49 Lüderssen, *Das Furchtbare erkennen*, «Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte», 12, 2011, p.353 y sigs. En el mismo lugar una evaluación de Dieter Simon sobre las 30 más relevantes recensiones al libro con el título *Die «Wohlmeinenden» und ihre Experten*.

50 En su entrevista con Jürg Altweg en *Franfurter Allgemeiner Zeitung* 8 de febrero de 2008.

momento para concluir este texto con una cita del antiguo yugoslavo Boban Minic, en entrevista de Alfonso Armada en la *Revista de Occidente*⁵¹: «Hay cosas que el nacionalismo despierta y no sabes cómo terminan. El nacionalismo es una enfermedad contagiosa», como bien lo sabe él por la experiencia propia. Todo ello se complementa hoy con los riesgos de la llamada postverdad: tiempos en los que quienes más responsables han de ser, no callan, como ocurría hasta ahora, sino que mienten, sin reparar en corregir lo falseado. Y todo para atizar los sentimientos, el mejor rescoldo para cualquier fuego, fuera de toda razón. ¿Son demasiados quizá para hacerles frente con el «heroísmo de la razón» que nos formulaba Husserl en su conferencia vienesa de 1935?

51 V. n° 422-423, 2006, p. 172.

PARTE II.

CRIMINOLOGÍA

CRIMINALIDAD Y CONTEXTO URBANO EN ESPAÑA¹

Introducción. I. Evolución de la criminalidad en España. Rasgos particulares. 1. Evolución general. 2. Delitos contra las personas y homicidios. 3. Evolución de la criminalidad organizada. 4. El terrorismo en España. 5. Violencia de género. 6. La percepción social de la criminalidad y delincuentes en prisión en España. 7. La percepción social de la criminalidad y delincuentes en prisión en España. 8. Inmigración: Prevalencia de la solidaridad sobre el rechazo. II. Las razones del retraso de la implementación en España de una política moderna de seguridad pública coordinada e integrada en el territorio. III. Política de seguridad pública en España: El modelo de Barcelona*.

INTRODUCCIÓN

España ha experimentado en los últimos treinta años, con la instauración de la democracia, en 1978, un espectacular proceso de desarrollo y modernización económica, social e institucional. Desde 1980 el PIB per cápita de los españoles ha pasado de unos 5.000 a alrededor de 20.000 dólares. Se ha multiplicado por tres en número de estudiantes universitarios, pasando de 500.000 en 1980 a 1.500.000 en 2004. De 30 millones de turistas en 1980 se ha llegado a 85 millones en 2004. Valgan tales datos para expresar en pocos parámetros el grado de cambios producidos.

También el crimen ha experimentado en estos 20 años un notable incremento, lo que se vincula de modo natural al de la propia actividad social, así como a los fenómenos de la movilidad que acompañan a la globalización y a la desaparición de fronteras.

1 En *Criminality and Urban Context in Spain Current Issues in Internacional Crime and Prevention and Criminal Justice*, ISPAC, Milán, 2005, pp. 193-214. y en *Urban security across the world: Lessons learned*, ISPAC ancillary meeting al XI United Nations Congress on crime Prevention and criminal Justice, Bangkok 2005, Albanese J. (ed.), Milan, 2006; una versión en español en *Libro Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, F. Pérez Álvarez, (Edit.) Salamanca 2007, p. 37-62. También en *Cahiers de Défense Sociale, pour une Politique Criminelle Humaniste*, nº32, 2005, págs. 51-66.

Una síntesis de los rasgos más característicos de la criminalidad en España a comienzos del nuevo siglo se pueda expresar con la referencia a los datos generales de la evolución de la criminalidad y a lo que pueden ser los aspectos más singulares de la misma en España: relación muy preponderante de los delitos contra la propiedad respecto de los delitos contra las personas, el fenómeno del terrorismo interno y externo, el tráfico de drogas, la criminalidad organizada y la violencia de género.

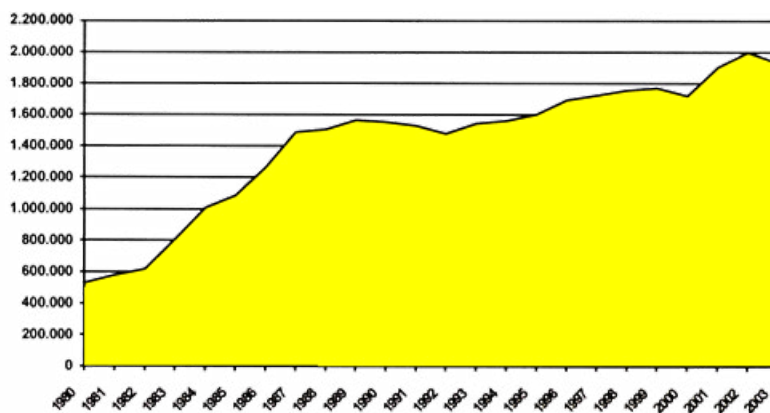
Después de ello se informará sobre las dificultades para la implementación de una política general e integrada de seguridad pública (II), para terminar con una descripción del «modelo Barcelona» de seguridad pública (III).

I. EVOLUCIÓN DE LA CRIMINALIDAD EN ESPAÑA. RASGOS PARTICULARES

1. Evolución general

Con una población de 42.717.064 millones de habitantes en 2003 la criminalidad detectada alcanzó las 1.932.463 infracciones penales, de las cuales 955.802 son infracciones penales constitutivas de delito, es decir, no leves o contravencionales, que en España toman el nombre de faltas.

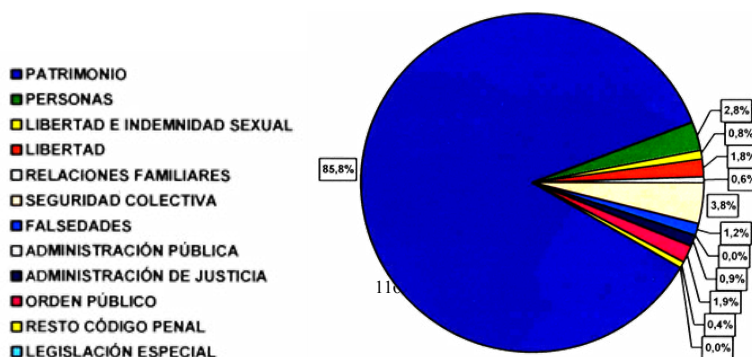
CUADRO 1.
Infracciones penales conocidas (Delitos y Faltas)



Como puede observarse la criminalidad se incrementó de modo muy notable entre los años 1982 y 1987, para mantenerse relativamente estable con muy ligero crecimiento en los años posteriores, con un aumento relevante de 2000 a 2002 y una reducción en el 2003.

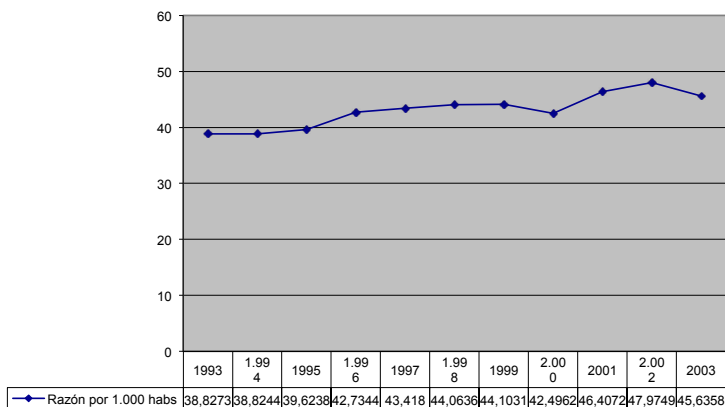
El conjunto de la criminalidad sigue ofreciendo las características tradicionales, con un peso muy preponderante de la delincuencia contra el patrimonio: el 85,8 % de ese total son delitos contra el patrimonio y sólo un 2,8% son delitos de violencia contra las personas. Se aprecia en los últimos años un incremento de estos últimos que viene a expresar un incremento absoluto y relativo de las conductas violentas.

CUADRO 2.
Resumen General de delitos 2003.



Fuente: Anuario estadístico 2003, Ministerio del Interior.

CUADRO 3.
Evolución del número de infracciones penales conocidas por 1000 habitantes (1993-2003)

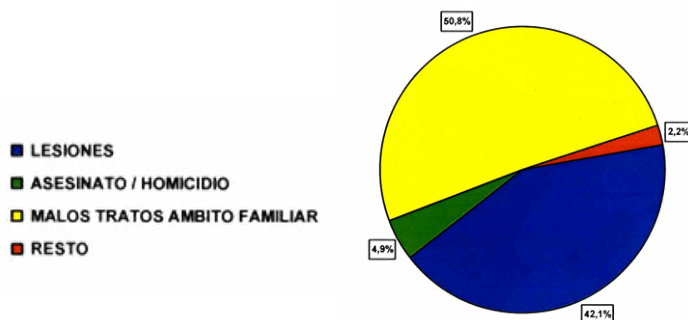


Fuente: Rechea Alberola, C. Fernández Molina, E. Benítez Jiménez, M. J. Tendencias sociales y delincuencia, Centro de Investigación en Criminología, Informe nº 11, 2004, <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf>

1. Delitos contra las personas y homicidios

La tendencia indicada puede expresarse en la evolución de las cifras de homicidios. Bien es cierto que buena parte de ese incremento de homicidios la información policial lo imputa «a los ajustes de cuentas» dentro del propio espacio del crimen organizado internacional recientemente establecido en España.

CUADRO 4.
Delitos contra las personas. Año 2003.



Fuente: Anuario estadístico 2003, Ministerio del Interior.

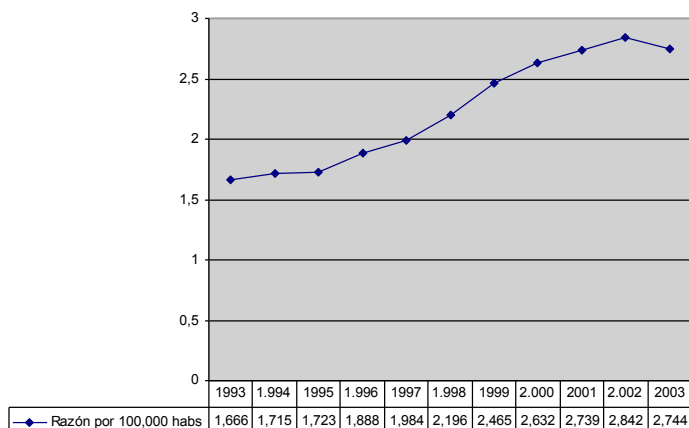
CUADRO 5.
Evolución de los delitos contra las personas (1993-2003)

	Asesinato	Homicidio	Lesiones	Maltrato familiar
1993	140	663	9.200	2.477
1994 ²	146	690	--	--
1995	116	697	8.927	2.079
1996	128	749	8.364	1.782
1997	144	789	9.464	3.492
1998	153	875	9.498	5.942
1999	111	991	11.054	7.283
2000	126	1.066	10.164	7.122
2001	108	1.126	9.912	6.798
2002	111	1.184	11.078	7.846
2003	110	1.162	10.143	12.384

Fuente: Rechea Alberola, C. Esther Fernández Molina, M^a José Benítez Jiménez, Tendencias sociales y delincuencia, Centro de Investigación en Criminología, Informe n^o 11 (2004), <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf>

² El Anuario de 1994 no aporta información relativa a los delitos que constituyen la categoría de delitos contra las personas. Los datos de asesinato y homicidio se han obtenido gracias al análisis comparativo que el Anuario de 1998 realiza sobre estos delitos.

CUADRO 6.
Evolución del número de homicidios por 100.000 habitantes (1993-2003)



Fuente: Rechea Alberola, C. Esther Fernández Molina, M^a José Benítez Jiménez, Tendencias sociales y delincuencia, Centro de Investigación en Criminología, Informe n^o 11 2004, <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf>

1. Evolución de la criminalidad organizada

También resulta de interés el incremento reciente del crimen organizado establecido en España, tanto de carácter nacional como internacional, lo que se expresa en las cifras de grupos organizados conocidos y del número de integrantes. También interesa en número de hechos detectados de lavado de dinero, lo que parece ser la primera reacción policial relevante tras la instalación y asentamiento del crimen organizado internacional.

CUADRO 7.
Evolución de los grupos organizados. Años 2001, 2002 y 2003

EVOLUCIÓN DE LOS GRUPOS ORGANIZADOS – Años: 2001, 2002 y 2003 –				
BALANCE GENERAL	2001	2.002	2.003	VAR % ¹¹⁴
Grupos conocidos	486	594	542	-8,75 %
Nuevos grupos detectados	317	417	344	-17,51 %
Grupos desarticulados	284	384	351	-8,59 %
Grupos activos	202	210	191	-9,05 %

3 Variación porcentual del año 2003 respecto al año 2002.

CUADRO 8.

Evolución del blanqueo de capitales como actividad de los grupos criminales.

EVOLUCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES COMO ACTIVIDAD DE LOS GRUPOS CRIMINALES			
TIPO DE BLANQUEO	2.001	2.002	2.003
Asociado tráfico drogas	84	102	89
Asociado a otros delitos	30	33	25
Actividad Exclusiva	9	6	2
TOTAL NÚMERO DE GRUPOS	123	141	116

CUADRO 9.

Operaciones de blanqueo de capitales.



1. El terrorismo en España

El rasgo característico y más trágico de la criminalidad en España es la pervivencia del terrorismo interno vinculado a la organización independentista ETA, que opera en todo el territorio español, aunque su base se encuentra en el País Vasco, que conviene saber que es una región dotada de Gobierno Autónomo, de tipo federal, con una población de 2.112.204 habitantes, políticamente dividida al 50% entre nacionalistas y no nacionalistas.

CUADRO 10.
Fallecimientos por terrorismo 1968-2003.

	AÑO DEL ATENTADO																		
	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985	
TOTAL	2	1		1	2	9	19	31	20	29	91	119	122	43	44	48	48	70	

	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003*	TOTAL
TOTAL	47	55	24	28	29	46	26	15	12	15	6	13	6		26	16	5	16	1084

Fuente: Anuario Estadístico 2003. Ministerio del Interior.

CUADRO 11.
Distribución de incapacidades permanentes por grados. 1998-2003

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	TOTAL	Media
Gran Invalidez			1	1	1		3	0,5
Incapacidad Absoluta	2	6	2	4	7	5	26	4,3
Incapacidad Total	18	8	11	10	24	19	90	15
Incapacidad Parcial			1	1	1	2	5	0,8
TOTAL	20	14	15	16	33	26	124	20,6

Fuente: Anuario Estadístico 2003. Ministerio del Interior.

Mientras que las organizaciones terroristas de los 70 fueron desarticuladas y han desaparecido, la organización terrorista ETA ha producido más de 900 asesinatos en sus 30 años de vida. Su actividad comenzó a decaer con el inicio y perfeccionamiento de cooperación policial y judicial ente España y Francia, país vecino de la Región Vasca que albergaba las bases y agentes de la organización terrorista.

El efecto más notable de la acción terrorista es el sometimiento de la sociedad vasca a una intensa opresión, proyectada sobre todo sobre el 50% de la población no nacionalista, cuyos dirigentes políticos o intelectuales, periodistas o profesores universitarios de cualquier nivel viven bajo amenaza permanente, pero también sobre los nacionalistas que no se pliegan a sus requerimientos, especialmente al pago del «impuesto revolucionario», como ocurrió con el asesinato del presidente de la confederación empresarial vasca y destacado nacionalista.

De modo específicamente regional se produce como complemento de la acción terrorista directa una acción en las ciudades del País Vasco orientada a complementar el terror mediante el ejercicio de violencia contra las personas y bienes, en forma de vandalismo callejero del más alto nivel.

CUADRO 12.

Damnificados por daños materiales en atentados terroristas. 1999-2003.

AÑO	VIVIENDAS	LOCALES	VEHÍCULOS	SIN DETERMINAR	OTROS	TOTAL
1998	19	5	7	9	0	40
1999	9	9	9	12	0	39
2000	572	80	84	62	7	805
2001	1.123	266	371	1	5	1.766
2002	818	89	139		3	1.049
2003	96	52	100	-	-	248
	2.637	501	710	84	15	3.947

Fuente: Anuario Estadístico 2003. Ministerio del Interior.

CUADRO 13.

Ejecución del presupuesto del Estado en materia de víctimas del terrorismo 1999-2003 (en miles de euros).

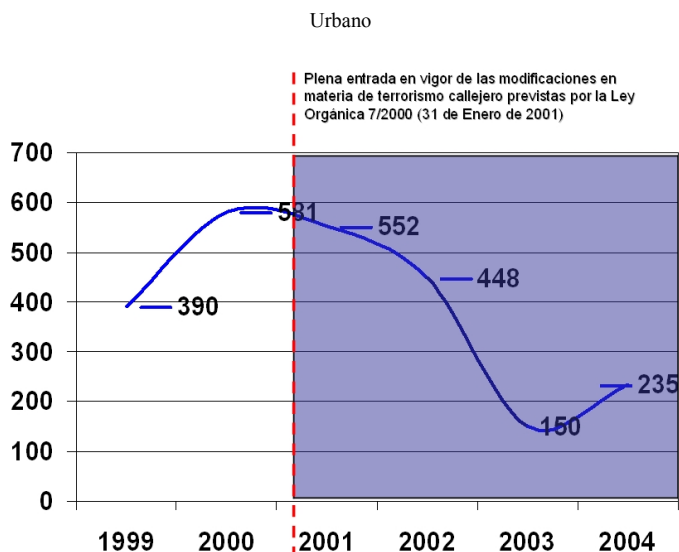
	Muertes	Lesiones	Daños materiales	Otros	TOTAL
1999		1.279,74	2.014,43	22,98	3.317,15
2000	1.876,37	713,25	150,38	119,74	2.859,74
2001	1.339,75	932,42	5.633,10	212,35	8.117,62
2002	470,71	2.182,27	10.062,75	69,90	12.785,63
2003	1.414,91	1.939,04	3.100,85	821,30	7.276,10
TOTAL	5.101,74	7.046,72	20.961,51	1.246,27	34.356,24
Media	1.020,35	1.409,34	4.192,30	249,25	6.871,24

Es entre los jóvenes del vandalismo de donde ETA obtiene la reposición de sus militantes. A la acción policial se sumó una reforma del Código penal que incrementó las penas de los hechos de vandalismo cuanto tuvieran esta orientación de generar terror en la vida ciudadana. Lo que a tenor de la notable reducción de número de hecho de esta clase parece haber resultado eficaz

Además de la acción policial y normativa ha sido relevante en la lucha contra el terrorismo de ETA la acción de protesta ciudadana, especialmente de las víctimas, tanto de los delitos en sí como de la opresión del terror. Así, en palabras

Fernando Savater pronunciadas ante el Parlamento Europeo con ocasión de la concesión del Premio Sajarov a la «Plataforma Ciudadana ¡Basta Ya!»: «Hemos salido a la calle y hemos alzado nuestras voces porque estamos convencidos de que, cuando la democracia está en peligro, los ciudadanos no pueden refugiarse en su anonimato y esperar mansamente a que todo se resuelva en las altas esferas del poder político. No queremos sustituir a las instituciones legítimamente establecidas sino urgirlas a que protejan nuestros derechos y nuestras libertades sin concesiones al terror. Nos hemos movilizado, señoras y señores parlamentarios, por solidaridad con las víctimas del fanatismo ideológico asesino y también en defensa propia contra él.»

CUADRO 14.
Actos de Terrorismo Urbano



Fuente: Elaboración propia a partir de los informes sobre terrorismo urbano y violencia callejera del Ministerio del Interior.

Con el atentado de Madrid del 11 de marzo de 2004 hizo aparición en España el terrorismo islamista, cuya presencia había comenzado a detectarse tras el 11 de septiembre, con motivo de descubrirse policialmente y someterse a intervención judicial agentes de Al Qaeda con bases en España amparados en la relevante población originaria fundamentalmente del Magreb, lo que ha abierto una nueva y difícil etapa de la lucha contra el terrorismo en España.

1. Tráfico de drogas

Un factor de primordial importancia en la generación de las características del crimen en España en su condición de punto de encuentro y llegada a Europa del movimiento internacional de personas provenientes de América del Norte y de África-Oriente Medio y del tráfico de mercancías. Esta circunstancia ha favorecido dos fenómenos criminales. Por una parte, el tráfico de drogas y la instalación en el terrorismo de los grupos de criminales organizados. Por otra, el tráfico de personas y el crimen organizado al respecto.

El tráfico de drogas se produce en todo el territorio español, pero en dos zonas del mismo se presenta de modo «regional»: La Costa de Galicia (N.E) y la Costa de Algeciras (S). En ambos casos el tráfico de drogas y sus organizaciones criminales se han desarrollado a partir de la transformación del contrabando tradicional de tabaco propio de las fronteras marítimas.

CUADRO 15.
Evolución del número de decomisos
por familia de drogas.

	1.999	2.000	2.001	2.002	2.003
Alucinógenos	2.258	4.008	11.983	9.420	121
Cannábicos	56.523	66.521	74.391	87.545	96.885
Cocáinicos	18.323	16.140	26.127	29.056	22.048
Depres., Sedan. y Tranq.	3.808	3.350	4.574	4.792	630
Estimulantes	4.092	5.328	1.966	1.579	6.551
Opiáceos	12.059	10.465	11.800	8.202	5.012
Otras Sust. No Clasificadas	152	11.350	13	3	125
Sust. Bajo Control Nacional	1	1	8	13	43
TOTALES	97.216	117.163	130.862	140.610	131.415

Fuente Anuario del Ministerio del Interior 2003.

A la vista de tales cifras, y en la línea de lo ya apuntado nos cabe destacar como el 33,35 del total de cocaína intervenido en España en el año 2003 lo fue sólo en Galicia, así como el 10,49 % del cannabis, mientras que respecto el segundo gran foco aludido, Algeciras y el litoral andaluz, en el año 2003 se aprehendió el 72,88% del total de hachís, así como el 50,15 del total de aceite de hachís.

La transformación criminal ha sido muy relevante y ha afectado a la estructura y a la vida social de las respectivas regiones y ciudades, tanto por la incorporación de residentes en la zona a la actividad criminal, impulsada por el diferencial de rentabilidad inmediata frente a la actividad lícita, como por la instalación en la zona de jefes de organizaciones criminales y por su introducción en la actividad comercial e industrial del territorio, como medio para el lavado del dinero producto del crimen. El fenómeno más destacable que cuando la acción coordinada de la policía española, portuguesas y otras se ha incrementado la seguridad pública que garantiza a inducido a antiguas víctimas de chantajes o amenazas a la reclamación de bienes inmueble expropiados.

La combinación del paisaje turístico privilegiado y de ocio con la condición de puerto de mar abierto al Mediterráneo y de aeropuertos internacionales, ha dado ocasión en la región Málaga-Marbella a la instalación de dirigentes del crimen organizado internacional, fenómeno que interesa desde el punto de vista de la relación entre crimen y ciudad o territorio.

El espectacular desarrollo urbanístico de la zona sólo encuentra explicación en la presencia masiva de dinero de origen ilícito que se «lava» a través de la especulación del suelo y de la construcción. Esos intereses altamente especulativos han producido en esta zona un fenómeno de corrupción político administrativo sin precedentes en España, con la creación de partidos políticos locales dirigidos por los protagonistas de los intereses financieros.

El desarrollo urbanístico informal y masivo ha impedido el más elemental control sobre propiedades, residentes, etc. En este mismo año se ha producido la más relevante acción policial, con la detención de más de 30 personas que incluye a notarios y abogados de la zona, en investigación coordinada con Policía de seis Estados distintos y por un fraude estimado de 330 millones de euros. (www.belt.es/noticias/20057marzo/14/red-blanquo.htm)

1. Violencia de género

Lo que quizá pueda señalarse como una singularidad española presente ante policía y tribunales, así como en los medios de comunicación y opinión pública, es el fenómeno de dimensiones epidémicas de la violencia de género en la pareja, es decir la violencia y malos tratos del varón sobre la mujer a la que está ligado, o la ha estado, por un vínculo similar al matrimonial. El fenómeno ha sido respondido con una reacción social extraordinaria lo que ha sido acompañado en la agenda política y legislativa desde 1984 y ha dado lugar a una Ley de protección integral contra la violencia de género (Ley orgánica 1/2004, de 18 de diciembre).

CUADRO 16.

Mujeres muertas por violencia de género a manos de pareja o expareja según relación con el autor. «% de parejas en crisis».

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
							11-abr
PAREJA O EXPAREJA	54	63	50	53	71	54	18
Cónyuge	30	31	25	24	31	30	4
Ex cónyuge	2	4	2	2	4	2	1
Compañero Sentimental	13	13	16	18	18	13	5
Ex compañero Sentimental	3	3	1	3	9	3	2
Novio	3	8	2	4	6	3	2
Ex novio	3	4	4	2	3	3	4
En Fase de Ruptura (1)	16	10	16	8	11	12	2
En Fase de Ruptura + Ex parejas	24	21	23	15	27	20	9
% »En Ruptura o ex pareja» sobre total de muertes	44,44	33,33	46,00	28,30	38,03	37,04	50,00

(1) Se incluyen aquellas parejas (cónyuges, compañeros sentimentales o novios) en las que se ha planteado la ruptura de la relación y aquellos matrimonios en los que todavía no han surtido los correspondientes efectos legales.

Fuente: Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

CUADRO 17.

Evolución de órdenes de protección solicitadas.

SOLICITADAS	TOTAL					% MUJERES
	ACORDADAS		NO ACORDADAS			
	Nº	%	Nº	%		
01/08/03 a 31/12/03	7.869	6.004	76,3	1.865	23,7	95,7
1 trimestre 2004(*)	7.328	5.638	78,0	1.618	22,0	91,9
2 trimestre 2004 (**)	9.689	7.685	79,0	1.949	20,0	94,0

(*) 77 están pendientes de resolución

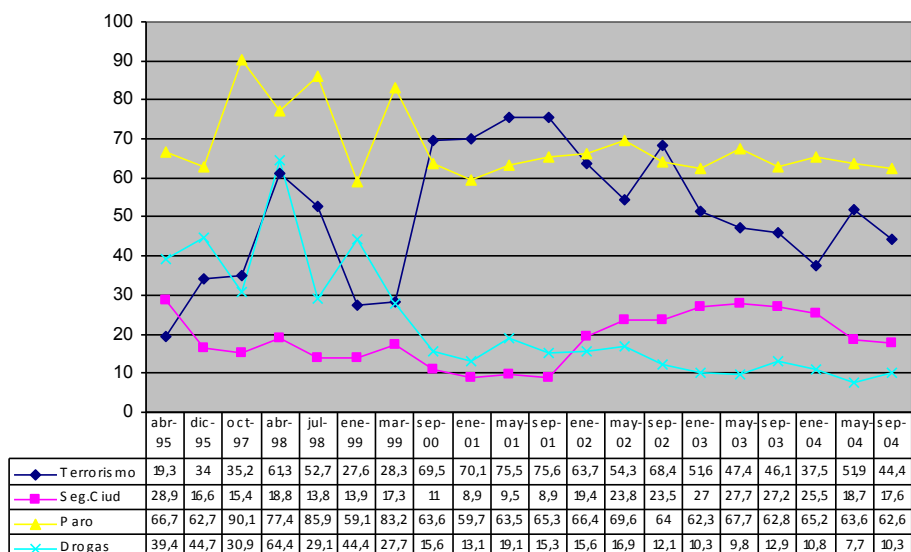
(**) 55 están pendientes de resolución

Fuente: Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Sitio web: http://www.mtas.es/mujer/amb_judicial.htm

1. La percepción social de la criminalidad y delincuentes en prisión en España

En la esfera de la opinión pública y del debate político el papel de la seguridad ciudadana –que la opinión distingue como un problema distinto del que representa el terrorismo, que siendo preocupación prevalente– fue de alta relevancia en los años 80, habiéndose relegado a un lugar no prioritario en la preocupación-percepción social.

CUADRO 18.
Percepción de la seguridad y de otras variables (en %)⁴.

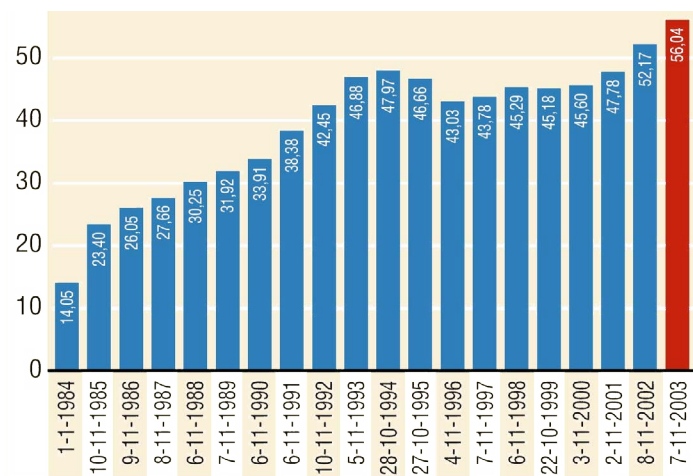


Fuente: Rechea Alberola, C. Esther Fernández Molina, M^a José Benítez Jiménez, *Tendencias sociales y delincuencia*, Centro de Investigación en Criminología, Informe n° 11 2004, <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf>

Con todo, el problema ha sido especialmente utilizado en la agenda política del Gobierno del Presidente Aznar, como reacción al incremento real y de la percepción social de la criminalidad del año 2000-2001 y transferido a reformas represivas exageradas de la legislación penal en el 2003, que, a su vez, se proyectan en la práctica en una superpoblación penitenciaria que amenaza con poner en crisis todo el sistema penitenciario español, que en su conjunto puede afirmarse que es de nueva construcción en los últimos 20 años.

4 Recuérdese que hasta septiembre de 2000 los periodos entre medidas no son homogéneos.

CUADRO 19.
Número de reclusos por años. (1984-2003).



Fuente: Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. www.mir.es

Si bien dichos datos han de ser todavía completados a la luz de las cifras ofrecidas por el Consejo de Europa⁵. Así cabe destacar como la ratio de internos por cien mil habitantes estaría en España en los 135,8 mientras que en Alemania sería de 96,4 en Italia de 101,7, en Francia de 93, 1, y en Reino Unido (Inglaterra y Gales) sería de 139, 1.

Por otro lado, y en referencia a dichos mismos países resultaría todavía necesario señalar que el índice de densidad carcelaria en las prisiones sería de 101,9 en Alemania, de 134,2 en Italia, de 118,2 en Francia, 116,8, y 95, 5 en Inglaterra y Gales, mientras que en España sería de 114,1.

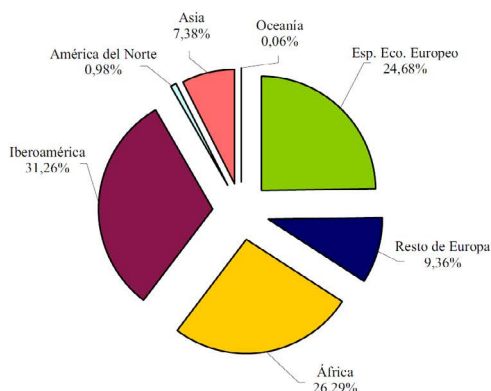
1. Inmigración: Prevalencia de la solidaridad sobre el rechazo

En contraste con la experiencia de otros países, aunque la inmigración ha experimentado un incremento espectacular no se ha producido –al menos todavía– una reacción social que de modo perturbador identifique a inseguridad ciudadana con la presencia cada vez más numerosa de población inmigrante. La razón para un comportamiento tan positivo puede encontrarse en el hecho de que España ha pasado de ser en sólo dos generaciones un país de emigrantes a un país de inmigración, así como también el hecho de que la nada despreciable cifra del 31,26% de los

5 Vid. Council of Europe Annual Penal Statistics. Survey 2003. Strasbourg September 2004

inmigrantes son de origen iberoamericano con quienes hay una comunidad de lengua, cultura y religión, frente a un 26,29% de origen africano, con quién si puede producirse un choque cultural y de inserción social.

CUADRO 20.
Extranjeros con tarjeta o permiso de residencia en vigor según
continente de origen. 31-12-2003.



Fuente: Anuario de Extranjería 2003. Ministerio del Interior.

Estas cifras responden únicamente a los inmigrantes en situación de regularidad, pero cuyo carácter relativo queda a la vista con una mera aproximación a la enorme diferencia entre las cifras de los flujos migratorios regulares e irregulares, por otro lado, tan solo estimativas.

CUADRO 21.
Aproximación a los flujos de inmigración regular e irregular por países de destino.

	Población (millones)	Tasa de natalidad	Tasa de paro (abril 2002)	Inmigrantes regulares (%)	Inmigrantes irregulares (miles)
Alemania	82,2	1,3	8,1	9	1000
Reino Unido	59,8	1,6	5,1	3,8	50
Francia	59	1,9	9,2	5,5	400
Italia	57,8	1,2	9,5	2,2	270
España	40,1	1,2	11,3	3	300
UE	377,9	1,5	7,6	5	3.000

Fuente: El País, 16 de junio de 2002, a partir de datos de Eurostat, Comisión Europea, OCDE y ONU.

En estos días se lleva a cabo un proceso de regularización de inmigrantes ilegales con contrato de trabajo y han aflorado 800.000 adultos.

Por otra parte, además de los actores antes mencionados, en la determinación de una reacción social no negativa ante los inmigrantes puede estar operando un impulso de solidaridad y comprensión ante el terrible espectáculo cotidiano y televisivo de la llegada a las costas del sur de la península y de las Islas Canarias de las peligrosas «pateras» en que los traficantes de personas transportan a magrebíes y subsaharianos, con su correlato de peligros y muertes en el mar.

CUADRO 22.

Datos de inmigración irregular por medio de embarcaciones,
a fecha de 31 de diciembre de 2003 y 2004.

TOTAL TERRITORIO ESPAÑOL				
	Año 2003 (a 31 de dic.)	Año 2004 (a 31 de dic.)	VARIACIÓN	
			Absoluta	Porcentual
Embarcaciones	942	740	-202	-21%
Ocupantes detenidos	19.176	15.675	-3.501	-18%
Responsables embarcaciones detenidos	225	283	+58	+26%
Naufragios	13	14	+1	+8%
Cadáveres	101	81	-20	-20%
Personas rescatadas	406	339	-67	-17%
Personas desaparecidas	109	60	-49	-45%

Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2009.

Como se advierte, la trata de res humanos reviste en empleo de medios más peligrosos y mortíferos toda su despiadada crueldad.

Para terminar este apartado merece indicarse que la ausencia de reacciones xenófobas y anti magrebíes tras el atentado del 11 de marzo de 2004 en Madrid, protagonizado por magrebíes residentes en España ha sido considerado un buen indicio de la salud moral de la sociedad española.

I. LAS RAZONES DEL RETRASO DE LA IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA DE UNA POLÍTICA MODERNA DE SEGURIDAD PÚBLICA COORDINADA EN INTEGRADA EN EL TERRITORIO

No se corresponde con el alto grado de modernización institucional y social general de España el de diseño y ejecución de las políticas de prevención del delito conforme a los paradigmas contemporáneos de la política de seguridad pública

comunitaria, por lo que se quiere entender la articulación de las políticas de intervención policial y de acción social, tanto en la prevención como en la represión del delito y la reinserción del delincuente, así como de sus diseño y ejecución coordinada por la administración general del Estado y la de las ciudades y regiones⁶.

La lucha contra el delito y por su prevención se ha seguido desarrollando en España desde la esfera central de las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado, sin más articulación relevante que con la nueva policía local de las ciudades, que se ha venido creando precisamente en estos 25 años, ampliando sus funciones más allá del puro orden urbano y de tráfico, a tareas de seguridad ciudadana, y complementadas con instancias municipales de servicios sociales.

Dos son, en mi opinión, las razones de este retraso en la actualización de las políticas integrales de seguridad pública es España. La primera consiste en la emergencia permanente y real del terrorismo a lo largo de todos estos años. Baste indicar que –más allá de los datos ofrecidos en el apartado 4 de la parte I– en algunos momentos más de 5.000 responsables político-administrativos de todas la ciudades españolas relevantes han necesitado de protección policial directa, incluidos los más modestos como son los consejeros municipales de más del 80% del arco parlamentario, pues ETA, aunque radica en el territorio vasco, (español y francés) ha actuado sistemáticamente en todo España, y si bien el Ministerio del Interior no ofrece datos exactos sobre cuántos policías y guardias civiles se dedican a este cometido ni el número de guardas privados que trabajan como escoltas, cabe constatar en cualquier caso que en España, en la actualidad, hay más de 30.000 empleados de empresas privadas de seguridad con licencia y capacitación para prestar servicios de escolta⁷.

La tarea de las fuerzas de seguridad españolas en estos años ha sido titánica y, para colmo, durante la última legislatura 2000-2004, una consideración errática del control de déficit público llevó a la pérdida por jubilación sin sustitución de más de 6.000 agentes. En realidad la tarea de prevención general de la criminalidad se ha podido llevar a cabo por la aparición de una nueva y mucho más numerosa policía local y por la generación masiva de servicios de seguridad privada.⁸

La segunda razón del retraso institucional español en materia de nueva política de seguridad pública estriba en el hecho de que durante estos 25 años España se ha transformado por impulso de la Constitución de 1978 desde un Estado radicalmente

6 Para este capítulo vid. especialmente Recasens, A.; “*Políticas de seguridad y prevención en el Estado español*”, en *Revista catalana de seguretat pública*, nº 11, 2002, p. 151 y ss. Para la presentación en España de las nueva doctrina de la seguridad v. García Pablos-Molina, A., *Tratado de Creiminología*, 3ª ed., edit Tirant lo Blanc. Valencia 2003, p. 979-1010.

7 Vid. El País 25/08/2004.

8 Sobre el sistema y razones del auge de la seguridad privada v. Gimenez Salinas, E., La génesis de la seguridad privada de la Ley 23/1992. Tesis inédita, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 2003.

centralizado en un Estado materialmente federal, en 17 Comunidades Autónomas con competencias que regiones como el País Vasco o Cataluña superan las de un *Land* de la República Federal Alemana. El mayor exponente de esta descentralización es el grado actual de gestión del gasto presupuestario total español: administración central 55%, administración autonómica 31,5% y administración local 13,5%. (Fuente: Intervención General del Estado, Ministerio de Economía y Hacienda).

CUADRO 23:
Evolución de las empresas y el personal de seguridad privada
entre los años 2001, 2002 y 2003.

PERSONAL	2001	2002	2003
Vigilantes	87.496	94.693	103.699
Escoltas	8.338	11.653	14.110
Vigilantes explosivos	3.524	4.605	5.658
Jefes	1.197	1.356	1.537
Directores	1.748	2.226	2.665
Detectives	1.563	1.656	1.767
EMPRESAS (Por actividades)			
Vigilancia y protección	316	318	330
Protección de personas		40	43
Instalación y mantenimiento	685	724	749
Depósito de fondos	7	7	7
Transporte de fondos	9	10	11
Centrales de alarma	161	167	173
Asesoramiento y planificación	60	69	74
Depósito de explosivos	12	12	14
Transporte de explosivos	46	46	47
EMPRESAS INSCRITAS	968	994	1.034

(*) El hecho de que el número de empresas inscritas no coincida con el de empresas por actividades es debido a que alguna de ellas están autorizadas para realizar varias actividades.

Fuente: Anuario Estadístico 2003. Ministerio del Interior.

Los esfuerzos y compromisos institucionales y políticos se han concentrado en este proceso de reorganización radical normativa, competencial y práctica de toda la administración pública y de la gestión política de la sanidad, la educación, la agricultura, las obras públicas, la industria, etc., que en las Comunidades de Cataluña y País Vasco alcanza hasta la titularidad de fuerzas de seguridad propias. La reforma de la administración y gestión de la seguridad pública quedó así relegada, por su mayor complejidad política y material, así como por la presión del fenómeno terrorista y los

nuevos fenómenos de la criminalidad, a la vez que se llevaba a cabo la seria asunción de las obligaciones de seguridad añadidas por la incorporación de España al espacio Schengen de la Unión Europea.

El modelo policial hoy vigente se definió en la Ley 2/1986, y la política general de seguridad quedó en buena parte limitada a una política sobre la organización policial.

A la reorganización policial siguió en 1992 una Ley de Seguridad Ciudadana, de orden puramente represivo, que incidía especialmente en las necesidades policiales y procesales de lucha contra la criminalidad en general y, en particular, contra el tráfico de drogas –cuyo problema se encontraba en el momento más extremo de todo el periodo– que fue reparada en buena parte por el Tribunal Constitucional.

Un nuevo impulso político y normativo se produce en 1994 con la fusión de los Ministerios de Justicia e Interior y el nombramiento de dos magistrados a la cabeza de ambas secciones ministeriales. En los años 90 había comenzado a abrirse paso la idea de la necesaria coordinación entre las políticas de seguridad y las políticas sociales, llegándose a crear en 1995 un Consejo Nacional de la Seguridad Ciudadana, aunque no llegó a incorporar las propias instancias fundamentales de política social, en especial del Ministerio de Bienestar Social.

Al impulso político de este año 1994 pertenece un proceso de reformas del derecho penal material y procesal cuya máxima expresión en el año 1995 fue el nuevo Código Penal, acompañado por reformas diversas como la de la organización judicial (1994) y la introducción del jurado popular (1995), la creación de la fiscalía anticorrupción (1995), la ampliación de la justicia gratuita (1996), o la ley de indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos y de terrorismo.

También se diseñó y presentó en 1994 una política gubernamental de seguridad cuya novedad se advierte en su título «Plan de Seguridad y Libertad Ciudadana», cuyos frutos prácticos fueron sobre todo situar plenamente en el debate público la necesaria combinación de seguridad, libertad y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y los municipios, tanto de la acción policial como la de política social. Se comienza también la transferencia de competencias integrales a la policía catalana y se impulsa la coordinación con la policía local. A su vez las Comunidades Autónomas, competentes ya en política social, incrementan su acción en materia de coordinación de la policía local y de los servicios sociales y presionan «desde abajo».

Las dos legislaturas conservadoras de 1996 a 2004 no han representado mejoras relevantes en orden al diseño y ejecución de la nueva política de seguridad pública. Al igual que en 1994 se llegó a presentar en el año 1999 un plan «policía 2000», con el que se pretendía descentralizar los servicios policiales del estado en zonas territoriales y locales más próximas a los problemas de seguridad del ciudadano. Se pretendía este modo también el objetivo de una policía de proximidad, la mejora en la atención a

las víctimas y la coordinación con las instancias policiales autonómicas, locales e, incluso, privadas. Pero una nueva ofensiva terrorista en ese mismo año 2000 concentró de nuevo todos los esfuerzos en la lucha contra ETA. No obstante, se avanzó en políticas nacionales de seguridad sectoriales, como en materia de drogas, en materia de inmigración, de lucha contra el tráfico de personas, violencia escolar y la violencia doméstica y de género. Los dos primeros asuntos con una Delegación especial del Gobierno y una Secretaría de Estado, respectivamente, además de una Secretaría de Estado para la inmigración⁹.

La legislatura 2000-2004 se completó con un intenso proceso de reformas penales, en buena parte regresivas respecto del código de 1995, formuladas como una auténtica política criminal de telediarlo, es decir, actuando sobre lo simbólico y sobre las percepciones sociales, pero sin modificar la realidad en una mejora de la protección de los ciudadanos, salvo en el incremento desmesurado de la población penitenciaria, a la que ya se ha hecho referencia. Junto a ello, merece destacarse en positivo la transformación del proceso penal por delitos menos graves en un sistema de «juicios rápidos», lo que tiene que ver con el objetivo de la justicia de proximidad.

La segunda legislatura conservadora se cerró con los atentados del 11-M en Madrid y con las elecciones generales del inmediato 14 de marzo de 2004. En el momento actual, próximo del año de la toma de posesión del nuevo gobierno socialista se está a la espera de la formulación de una política de seguridad pública.

1. Política de seguridad pública en España: El modelo de Barcelona¹⁰

La crisis de seguridad pública que se produce en 1983 (Ver cuadro 1 y 2) lleva al alcalde de Barcelona Pascual Maragall a asumir la gestión de dicha crisis –aún cuando carece de competencias específicas en esa materia– como responsable municipal de una ciudad de 1.500.000 habitantes, rodeada de un poderoso cinturón industrial y urbano, que se caracteriza en esa época por ser la más moderna y avanzada de las

9 Para las reformas penales de los últimos años vid. Arroyo Zapatero, L. y Gutierrez Zarza, M. A., *Reformas penales sustantivas y procesales en España 2002-2005*, en *Revue de Sciences Criminelles et Droit penal Comparé*, 2005.

10 Para este capítulo encontrado con la ayuda inestimable del máximo especialista y protagonista del modelo, Lahosa, J., Director del servicio de seguridad y prevención de la ciudad de Barcelona, a cuyos trabajos me remito: *Delincuencia y ciudad. Hacia una reflexión geográfica comprometida*, en *Biblio 3W, Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, vol. VII, n° 349, 20 febr. 2002, en www.ub.es/geocrit/b3w-349.htm; *El «modelo Barcelona» de seguridad participada*, en <http://habitat.aq.upm.es/ch/g014.html>; *La prevención de la (in)seguridad en Barcelona*, FLACSO Quito, inédito, 2005. *“Prevención de la inseguridad urbana en las ciudades”* en *Compromiso por la construcción Prevención de la inseguridad urbana de una sociedad mas solidaria y segura*, en *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2000, Col. Ciencias Sociales vol. 6.

grandes ciudades españolas, la que mejor urbanismo y estructura de servicios municipales, con un aceptable grado de cohesión social con experiencia en el tratamiento de los conflictos sociales y culturales, adaptada a desde hace tiempo para afrontar los problemas de la inmigración.

A iniciativa del alcalde se crea así en 1984 el Consejo de seguridad urbana, en el que se integran todas las instancias públicas del Estado, de la Comunidad autónoma, la Ciudad y sus Distritos, así como la administración de justicia, las organizaciones empresariales y sindicales y otras organizaciones sociales, y todo ello regido por el principio de cooperación pactada, y bien ajeno a lo puramente jerárquico u estrictamente competencial.

El consejo se reproduce en cada uno de los distritos en que se divide la ciudad, con población que oscila entre los 300.000 y los 600.000 habitantes, que preside el consejero municipal del partido más votado en cada distrito y que dispone de un gerente, de quien depende la policía local, y un secretario técnico. El modelo se diseñó en el primer informe que realizó la Comisión técnica de seguridad urbana, en el propio año 1984, con él significativo título de «Del orden público a la seguridad ciudadana».

El modelo se ha venido desarrollando y aplicando a lo largo de 20 años, sumándose a su propia complejidad la general de la ausencia de una política de seguridad integrada de todo el Estado.

Desde 1984 se tomó la decisión de realizar una encuesta de victimización y es la única ciudad española que dispone de ella y, además, con una serie de 20 años, lo que tiene un extraordinario valor.

CUADRO 24.
La victimización en Barcelona, 1983-2004.

Índice global de victimización		Índice global de victimización	
1983	24.9	1994	18.0
1984	24.9	1995	15.8
1985	25.5	1996	14.1
1986	26.2	1997	14.3
1987	25.4	1998	13.4
1988	21.6	1999	14.3
1989	17.6	2000	16.4
1990	18.0	2001	17.3
1991	17.1	2002	18.4
1992	17.0	2003	19.9
1993	13.6		

TABLA 2.
Índice global de denuncia

	Índices de denuncia		Índices de denuncia
1983	28.0	1994	40.1
1984	27.7	1995	40.4
1985	27.8	1996	42.0
1986	26.1	1997	45.2
1987	28.7	1998	46.0
1988	33.8	1999	45.8
1989	37.0	2000	44.0
1990	39.7	2001	50.3
1991	37.0	2002	45.2
1992	41.2	2003	42.9
1993	44.1		

Fuente: Lahosa, J., *La prevención de la (in)seguridad en Barcelona*, Docum. FLACSO Quito 2004.

Fruto de la experiencia de la ciudad de Barcelona ha sido su extensión a todo el territorio de Cataluña, en especial a partir de la ley del parlamento catalán, ley 7/2003, de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Cataluña, cuyo índice expresa muy bien la política de seguridad que se formula y que por su interés se reproduce:

GENERALES. Artículo

1. Objeto y ámbito.

Artículo 2. Principios generales.

CAPÍTULO II. ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD DE CATALUÑA.

Artículo 3. Sistema de seguridad de Cataluña.

Artículo 4. Autoridades en materia de seguridad.

Artículo 5. Cuerpos policiales.

Artículo 6. Consejo de Seguridad de Cataluña. Artículo

7. Comisión del Gobierno para la Seguridad. Artículo

8. Comisión de Policía de Cataluña.

Artículo 9. Las juntas locales de seguridad. Artículo

10. Funciones de las juntas locales de seguridad.

Artículo 11. Mesa de Coordinación Operativa.

Artículo 12. Comisiones regionales de seguridad.

Artículo 13. Reglamentación de las juntas y de las comisiones.

Artículo 14. Escuela de Policía de Cataluña.

Artículo 15. Plan general de seguridad de Cataluña.

CAPÍTULO III. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL Y TERRITORIAL DE SEGURIDAD.

Artículo 16. El departamento titular de las competencias en materia de seguridad pública.

Artículo 17. Estructura territorial del departamento titular de las competencias en materia de seguridad pública.

Artículo 18. Mapa policial de Cataluña.

Artículo 19. Áreas básicas policiales.

Artículo 20. Regiones policiales.

CAPÍTULO V. RELACIONES CON LOS CIUDADANOS.

Artículo 32. Participación ciudadana.

Artículo 33. Derecho de información.

Artículo 34. Quejas y peticiones.

Artículo 35. Atención a los ciudadanos.

Artículo 36. Carta de servicios públicos.

CONCLUSIÓN

En definitiva, el modelo de seguridad pública de Barcelona será muy probablemente proyectado no sólo sobre el conjunto de Cataluña sino también para toda España, y su experiencia propia, su vinculación al «Manifiesto de las ciudades sobre seguridad y democracia», adoptado en Nápoles en el año 2000, así como su papel de iniciativa española respecto del Foro europeo de la seguridad, servirá para una fase política nueva en España en materia de seguridad y ciudadanía.

OPINIÓN PÚBLICA Y CASTIGO EN ESPAÑA. LA MANIPULACIÓN POLÍTICA DE LA CRIMINALIDAD Y SUS COSTOS SOCIALES

INTRODUCCIÓN

Para la Sociedad Internacional de Defensa Social¹ el tema de la relación entre la opinión pública y el castigo penal es de extraordinaria importancia. Los medios de comunicación modernos han estimulado hasta el paroxismo tanto el espíritu de solidaridad con las víctimas como el espíritu más primitivo de venganza. Esta coincidencia y combinación lleva a una política criminal punitivista, que causa más daño social que beneficio y que destruye los valores que se han construido lentamente en las sociedades modernas, en especial a partir de la Ilustración, contra las sombras y la arbitrariedad del régimen feudal. España constituye un buen campo de práctica para el estudio de las relaciones entre castigo y opinión pública. Especialmente tanto para reconocer el papel que adquieren los medios de comunicación para acercar el delito a los miembros de la sociedad, para acercar a éstos la visión de las víctimas y para estimular la solidaridad con ellas, como para inocular el miedo al delito.

1 Texto ampliado y anotado de la ponencia presentada en el Congreso de la Sociedad Internacional de Criminología celebrado en Kobe en agosto de 2011. De una parte de estos problemas me había ocupado en mi «Criminalidad y contexto urbano en España», publicado originalmente en inglés en *Urban security across the world: Lessons learned, ISPAC ancillary meeting al XI United Nations Congress on crime Prevention and criminal Justice*, Bangkok 2005, Albanese J. (ed.) Milan 2006; una versión en español en *Libro Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, F. Pérez Álvarez, (Edit.) Salamanca 2007, p. 37-62. Preparado durante mi estancia de primavera-verano de 2012 en el Instituto Max-Planck de Friburgo de Brisgovia, con el generoso patrocinio de la Fundación Alexander Von Humboldt.

Es bien conocido que la combinación de medios de comunicación y delincuencia produce cuatro fenómenos: 1) Miedo al delito; 2) Odio al delincuente; 3) Compasión con las víctimas y 4) Exigencia de venganza y del recurso al talión.²

Sobre ese fenómeno descrito se puede producir además toda una construcción de relaciones sociales y actitudes, como han expuesto los clásicos de la teoría de la comunicación. Pero, además, en la época contemporánea los *media* privados se convierten en empresas del máximo beneficio y crean artificiosamente el crimen como espectáculo. Sirven así a la satisfacción de intereses morbosos de los lectores y, sobre todo, de los espectadores de televisión, un espacio en el que desde la aparición de las televisiones privadas se encuentra un mercado de elevado interés económico y político, fundamentado en *ratings* de audiencia a la que se vincula la publicidad y los ingresos. Todo bien alejado del fundamento constitucional de la libertad de expresión y de información en la «libre de formación de la opinión pública cierre comillas, magistralmente expuesto en su día por Habermas³.

Si ya es malo el fenómeno que generan sin pudor los medios del máximo beneficio, el panorama es aún más oscuro cuando el crimen se utiliza como arma política, ya sea por la labor de la oposición contra el gobierno correspondiente o, todavía más grave, cuando se trata del propio gobierno quien manipula los sentimientos de miedo al delito y el deseo de venganza de muchos ciudadanos para generar rendimiento político-electoral, es decir, en favor de la adhesión a un gobierno que promete protección.

Para evitar la manipulación gubernamental y mediática de la criminalidad es fundamental disponer de una estadística criminal elaborada en instancias ajenas al control partidista, pero no solo eso, que ya es mucho para los países que ni siquiera han pretendido asumir una evaluación de la realidad criminal. La reciente investigación sobre homicidio en Buenos Aires a cargo de un equipo de la Corte Suprema dirigido por Raúl Zaffaroni presentado ya en dos ediciones ha contribuido de modo relevante a destruir los interesados clichés buscadores de políticas de ley y orden desacreditadoras de los gobiernos y del aparato judicial del momento⁴.

En la experiencia española se advierten varios fenómenos, que conviene analizar separadamente en varios epígrafes y 13 cuadros:

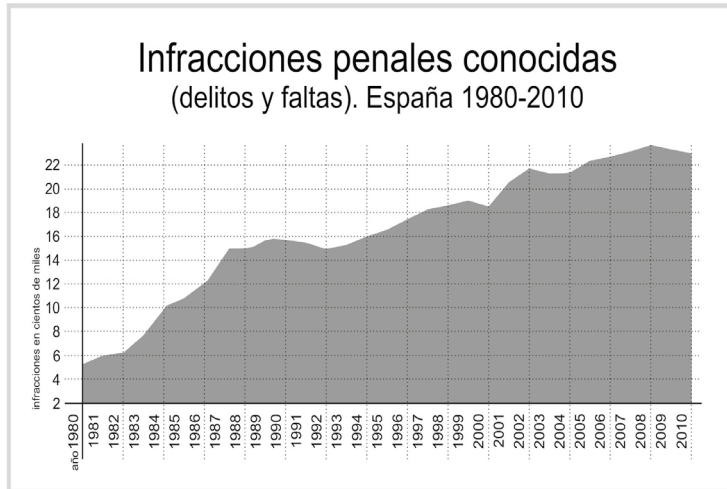
2 Muraskin, R./ Feuer Domash, S. *Crime and the Media, Headlines vs. Reality*. Ed. Pearson. 2007; Lee, Murray, *Inventing the Fear of Crime. Criminology and the politics of anxiety*, Devon: Willan Publishing 2007; Goode, Erich y Ben-Yehuda Nachman. *Moral Panics, The social construction of deviance*. 2ª Ed. Singapore. Wiley-Blackwell 2009; Jewkes, Yvonne, *Media and crime* Londres: Sage 2005. Para la experiencia española v. García Arán, M. y Botella Corral, Joan, *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia: Tirant 2008; Pozuelo Pérez, *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, Madrid, Marcial Pons, 2013,

3 Jürgen Habermas: *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. 5ª edición., Neuwied/Berlin 1971,

4 <http://www.csjn.gov.ar/investigaciones/>, 2014.

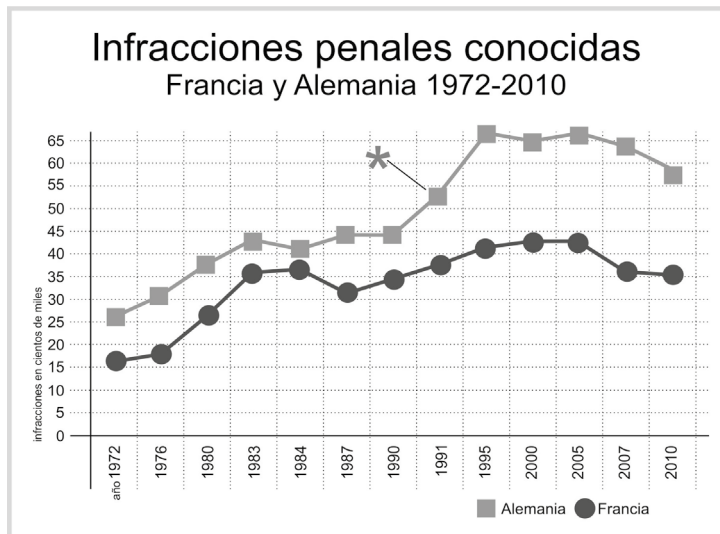
1. Democracia, progreso y criminalidad

CUADRO 1



Fuente: elaboración propia sobre datos del *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior* 2003 y del documento "Evolución de la criminalidad" del Ministerio del Interior, 2010.

CUADRO 2



* Nota: a partir de 1991 se incorporan los datos de la antigua RDA. Fuente: elaboración propia (Hannemann y Köster, MPI Freiburg y García-Moreno, UCLM) sobre datos del BKA Kriminalitätsstatistik, del documento "Crime and Criminal Justice, 2006-2009. Statistics in Focus, 6/2012" de Eurostat y del informe "Criminalité et délinquance constatées en France. Tome 1. Données Générales. D'après les statistiques centralisées par la Direction Centrale de la Police Judiciaire", 2007.

En democracia hay más delincuencia que en las sociedades que viven en una dictadura. En España se puede observar como el número de delitos creció de modo espectacular al paso de la dictadura a la democracia, a partir de 1977. Este salto de la criminalidad fue utilizado por los sectores ultraconservadores en la política y de los medios para desacreditar la democracia y la apertura de la sociedad y para promover la intolerancia y el autoritarismo. Medios de comunicación contribuyeron despiadadamente al enrarecimiento de ese escenario que fomentó la tentativa de golpe de Estado y de vuelta al pasado en 1981, apenas cinco años después del inicio de la democracia.

Lo que no sabíamos entonces era que en los mismos años se había producido un incremento similar de la criminalidad en el resto de Europa. Como ejemplo puede verse en el cuadro la evolución de la criminalidad en Francia y en Alemania en esos años⁵. Lo que demuestra que el incremento de la criminalidad en los 70 y los 80 tenía más que ver con el crecimiento económico, la evolución social y las costumbres que con factores de orden político.

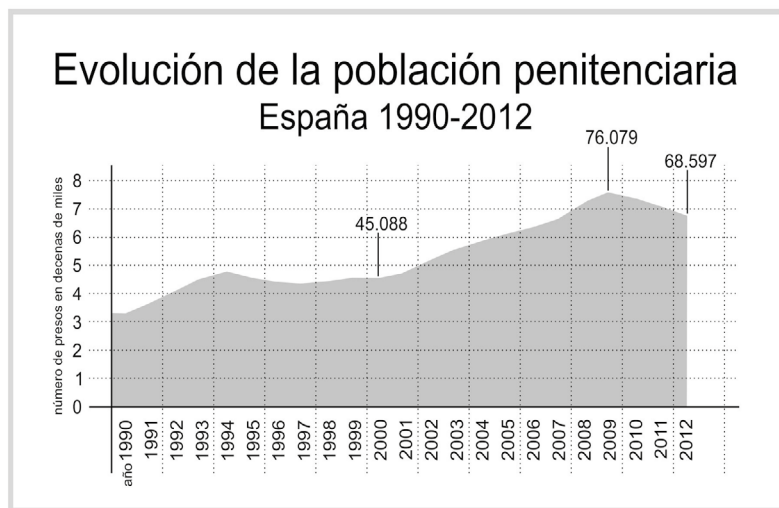
Ese proceso español y europeo de crecimiento de la criminalidad se detiene algo más de diez años más tarde, en 1990 y se reduce y estabiliza durante toda esta década. Sin embargo, un incremento sensible en toda Europa se produce entre 2000 y 2002, un incremento que generó no sólo una reacción social de malestar profundo, sino una gran movilización en los medios. Lo sorprendente es que en la experiencia española sobre el caballo de los medios de comunicación se subió el propio gobierno, lo que se plasmó no solo en la esfera de las declaraciones políticas y parlamentarias, sino en una desenfrenada acción legislativa compulsiva y sistemáticamente anunciada, presentando cada tres meses una campaña contra la criminalidad, tanto con medidas policiales como, sobre todo, con medidas legislativas con las que se prometía el incremento de las penas y su «cumplimiento efectivo». Todo ello en el mismo período en que el gobierno permitió la reducción del número de los miembros de los cuerpos de seguridad pública en un 10%. Así, en un solo año el gobierno anunció, difundió y tramitó en el parlamento cuatro reformas penales constitutiva de una auténtica *política criminal de telediario*: la Ley Orgánica 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la Ley Orgánica 11/ 2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, la Ley Orgánica 15/2003 por la que se

5 *Criminalité et délinquance constatées en France*, Direction Centrale de la Police Judiciaire, año 2007, p. 20, en línea (cons. 12.12.2012). En Alemania, en términos absolutos entre 1975 y 1995 la criminalidad se multiplicó por dos, v. *Polizeiliche Kriminalstatistik*, edición 59, 2011, p. 32, Bundeskriminalamt, Kriminalstatistik, Wiesbaden 2012. (cons. 11.11.2012). En otros capítulos de este libro puede verse la evolución político criminal en países próximos, como Francia, Alemania e Italia.

modifica el Código penal de 1995 y las que reforman la ley de responsabilidad penal del menor adoptada como ley orgánica 2/2000, especialmente la del 2003.

Un incremento espectacular del número de personas encarceladas y de la tasa de encarcelamiento por población

CUADRO 3



Fuente: Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, 2010, pág 211. Madrid 2011.

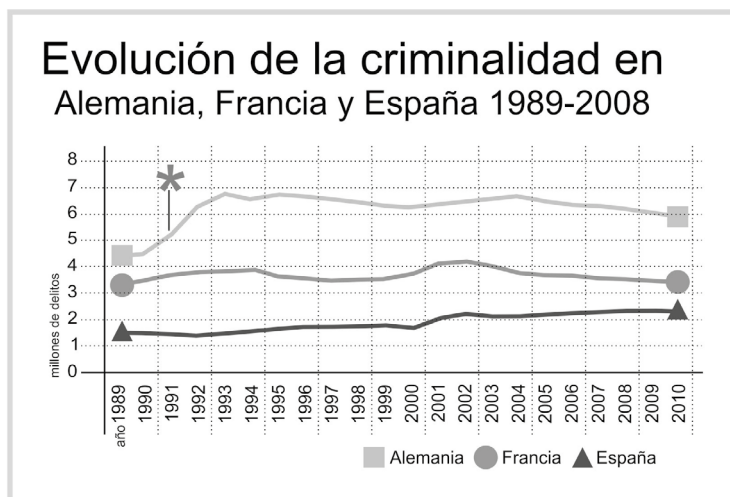
Lo que en todo este periodo de la democracia en España se transforma de modo más espectacular es la cifra absoluta de presos y la tasa de encarcelamiento por población. En el período de los años 80 y 90 se incrementa el número de presos de 33.000 en 1990 a 45.000 en 2000, y alcanza los 76.000 al finalizar la década pasada. Un incremento de más del 100% de los presos en dos décadas. La tasa de encarcelamiento es bien expresiva, pues supera la de las dos naciones que hasta ahora que la tenían más elevada: Gran Bretaña y Polonia.

La insoportable desproporción entre el grado de incremento de la criminalidad y el del número de personas en prisión

Examinemos ahora el sorprendente fenómeno en España de la incoherencia entre la evolución de las curvas de criminalidad registrada y el número de presos. El número de presos se incrementa de modo notable a partir de 2001-2002, sin que la criminalidad se incremente. El mayor número de presos se atribuye, en primer lugar, a la mayor dureza práctica del nuevo código penal de 1995, que en su afán

de renovación y racionalización prescindió de un sistema penitenciario que permitía a la generalidad de los condenados reducir a la mitad el tiempo de condena por el mero hecho del trabajo o el estudio y en el que se aplicaba generosamente el llamado tercer grado y la libertad condicional. Esta última pasó de concederse en 1996 del 26% desde en un 26% los presos a tan sólo el 12% de los mismos en 2003⁶.

CUADRO 4

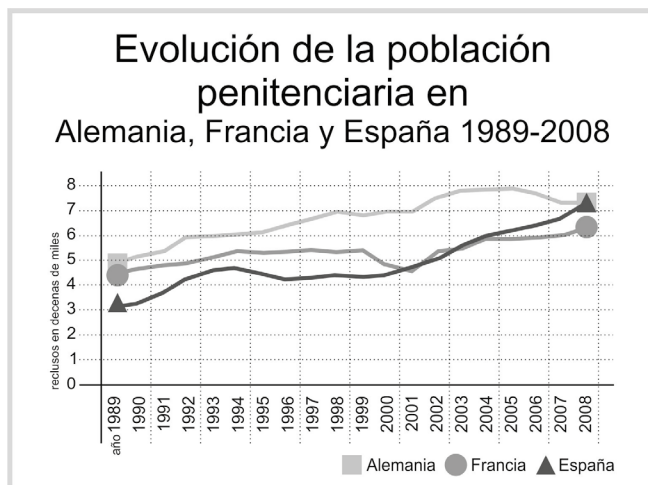


Pero, en segundo lugar, sin duda, la parte más importante de la elevación de la línea del número de presos se produce a partir de 2003, con la entrada en vigor de las leyes represivas adoptadas por el gobierno conservador en el año 2002 estas leyes de 2002 producirán en poco tiempo casi un 80% más de presos que los que el sistema comportaba hasta el 2000 sin que la criminalidad se hubiere incrementado ni en términos absolutos ni en la tasa de criminalidad por población.

Todo ello, como se ha dicho, lleva a España a alcanzar una tasa de preso por 100.000 habitantes que se pone a la cabeza de los países europeos, inclusive de los de tradicionalmente mayor nivel de punitivismo.

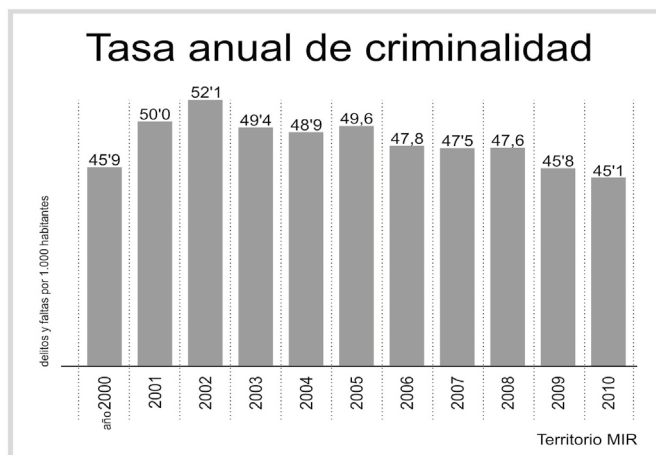
6 Por todos Díez Ripollés, J.L., «La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, y con referencias a Cid Moliné, *The penitentiary system in Spain*, 2005, p. 149 y s.

CUADRO 5



Fuente: elaboración propia (Hannemann y Köster, MPI Freiburg y García-Moreno, UCLM) sobre datos del BKA Kriminalitätsstatistik y del documento "Crime and Criminal Justice, 2006-2009. Statistics in Focus, 6/2012" de Eurostat.

CUADRO 6

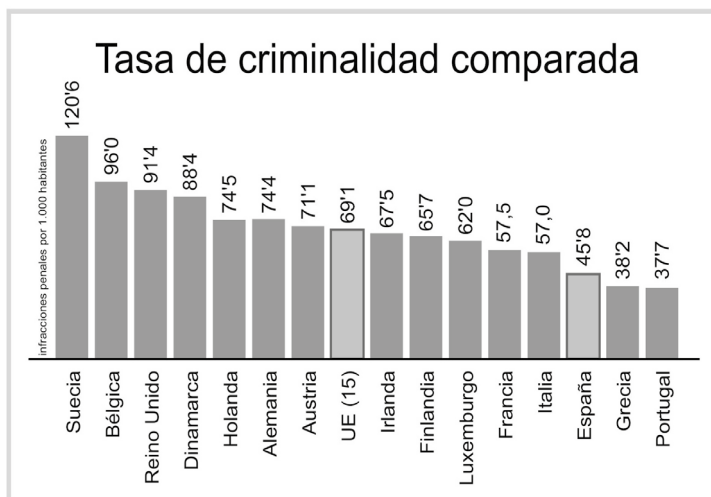


Fuente: "Evolución de la criminalidad", 2010. Ministerio del Interior.

En los cuadros 4 y 5 se puede ver la similitud de los comportamientos delictivos y del número de presos en Francia y Alemania, y puede verse también que la evolución del número de delitos es en España parecida a los dos países mencionados. Sin embargo, en España el incremento del número de presos es espectacular e indepen-

diente de la evolución de la criminalidad. En definitiva, la población penitenciaria en España se incrementa en 10 años en más de un 100% y ese incremento se inicia precisamente el año 2000, con plenos efectos de las reformas del nuevo Código de 1995, y se dispara a partir de 2003, salto que supone un 50% del total del incremento producido en los últimos diez años.

CUADRO 7



Notas: "Evolución de la criminalidad", 2010. Ministerio del Interior.

Por si pudiera pensarse que el incremento descomunal de presos es producto de un incremento de la criminalidad, se debe contrastar con dos referencias singulares. La primera consiste en que en todo el período no se produce un incremento relevante y continuado de la criminalidad que tenga tasas mínimamente comparables, como se ha visto, y la segunda, que tampoco se produce en esos años un incremento del número de personas que entran anualmente en prisión. En efecto, la tasa de entrada en prisión en España en 2008 era de 109 por cien mil habitantes, por debajo de la generalidad de los países europeos, como bien se muestra en el cuadro que ofrecen García España y Díez Ripollés.⁷

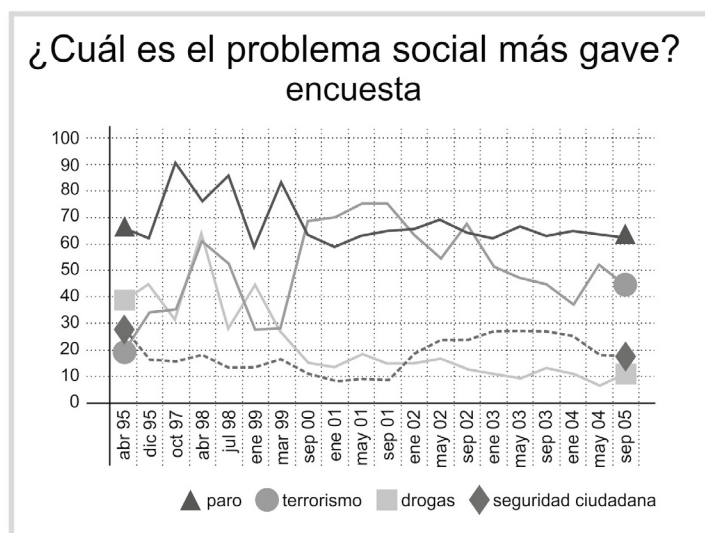
Si la razón del incremento del número anual de presos no radica ni en el incremento de los delitos ni el del número de personas que entra en prisión anualmente, la explicación recae plenamente en el interior del sistema penal y penitenciario: lo que ocurre es que los presos en España cumplen condenas más largas producto del

⁷ *Realidad y política penitenciaria*, Tirant, Málaga 2012, gráfico 15, pág. 56.

Código de 1995 y, como consecuencias de las medidas legislativas de la crisis de la seguridad ciudadana de 2001 y 2002 se alargan los periodos de seguridad y acceden los presos en menor medida a la libertad condicional.⁸

Opinión pública, criminalidad y otros problemas sociales

CUADRO 8



Fuente: Rechea *et al.* 2004, *Tendencias sociales y delincuencia*, 2004.
http://www.uclm.es/centro/criminologia/pdf/informes/11_2004.pdf

La sociedad española y su opinión pública han captado perfectamente la evolución del problema de la criminalidad. En el cuadro compuesto por Rechea *et al.* del Centro de Estudios de Criminología de la Universidad de Castilla-La Mancha, la opinión pública reacciona de modo significativo y proporcionado a los problemas del terrorismo, que como fenómeno interno hemos padecido desde el principio de la democracia hasta 2011 y que fue particularmente intenso y mediático en los 80 y 90, con numerosos asesinatos y con secuestros largos y asesinato posterior de jóvenes políticos, dispersos en su peligro por todo el territorio nacional⁹. El cuadro

8 Cfr. García España y Díez Ripollés, cit., gráfico 16 en pág. 58.

9 Sobre el brutal significado en España del terrorismo en la seguridad y los derechos, así como para dificultar la construcción de un sistema de seguridad pública moderno puede verse mi «Criminalidad y contexto urbano en España», publicado en última versión en el *Libro Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad: Salamanca 2004, pág. 37 y sigs.

muestra que la opinión pública capta también proporcionalmente la normalidad de la criminalidad durante la segunda mitad de los 90 y su incremento en torno a 2001. En efecto, puede seguirse en el cuadro 8 como la opinión pública se alarma desde el último trimestre de 2001, lo que se corresponde con el incremento bruto de la delincuencia que comienza a finales de 2000, como también se advierte en términos de la tasa anual de criminalidad, que pasa del 46 % en 2000 a 52 en 2002, aunque cae al 48.9 en el año 2004 para tras un leve repunte en 2005 (47.8), iniciar una línea de descenso continuado en adelante. Sin embargo, la alarma social azuzada por los medios y el Gobierno se multiplica por 3, alcanzando su dato más alto en a mediados de 2003, momento en que comienza a bajar hacia los parámetros de 2001, sin que haya dado no solo tiempo a que opere la nueva legislación, sino a que llegue a entrar en vigor, que lo haría un año después en 2004

Esta relación proporcionada se corresponde también como puede verse antes en el cuadro 7 en la tasa de criminalidad comparada, que es en España particularmente baja, a 20 puntos por bajo de la media europea de los primeros 15 países de la UE, es decir, sin los países del Este de Europa.

CUADRO 9

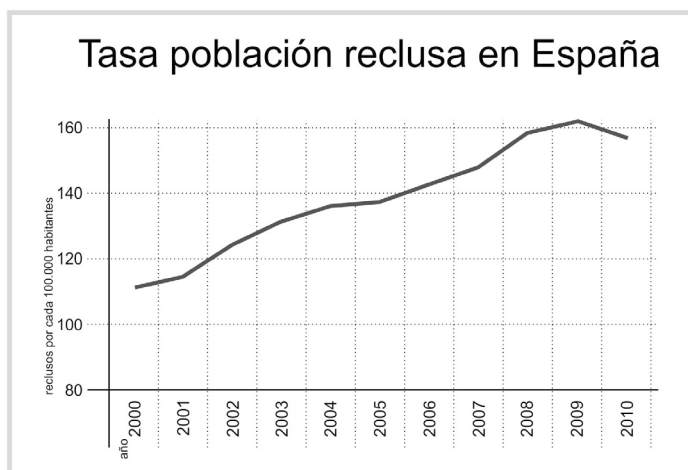


Fuente: elaboración propia (Hannemann y Köster, MPI Freiburg y García-Moreno, UCLM) sobre datos de Rechea et al., *Tendencias sociales y delincuencia*, 2004, http://www.uclm.es/centro/criminologia/pdf/informes/11_2004.pdf, y de los cuadros anteriores.

** Las magnitudes no son comparables cuantitativamente pero la representación expresa perfectamente la concordancia entre la evolución de la criminalidad, la preocupación de la opinión pública y la discordancia con el espectacular aumento de presos.

Obsérvese el cuadro 8 en el que se superponen las líneas de la criminalidad registrada en España con la de la reacción de la opinión pública. En él se advierte que la excitación del *miedo al delito* no sólo no se produce en un porcentaje paralelo al del incremento de la criminalidad, sino que lo supera ampliamente. Así, de setiembre 2001 a setiembre 2003 el miedo al delito triplica el porcentaje del incremento de la criminalidad. Ese grado de preocupación de la opinión pública por la criminalidad se reduce retardadamente en un tercio desde 2004 en adelante, cuando la criminalidad ya hace un año que ha decaído radicalmente hasta casi la media de la década anterior. Pero desde ese momento y sin que en ese momento la criminalidad se incremente, sino que se reduzca. Mientras tanto el número de encarcelados se incrementa en el tempestuoso número reseñado antes.

CUADRO 10

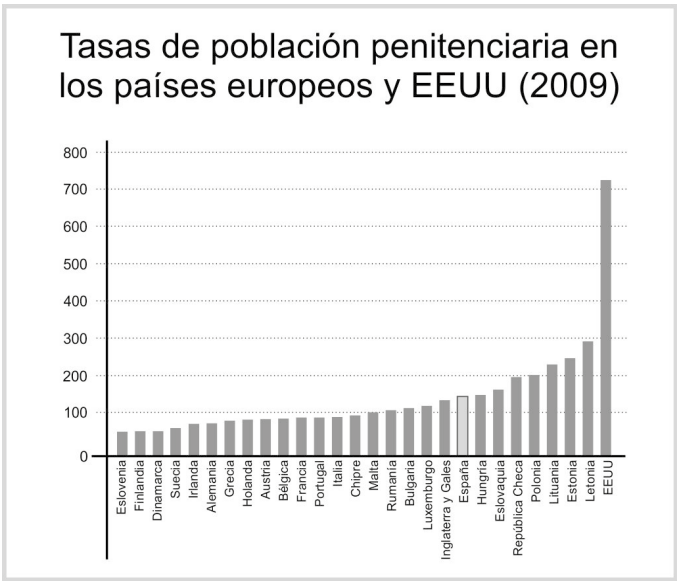


Fuente: elaboración propia sobre datos de García España y Díez Ripollés (Dirs). *Realidad política y penitenciaria*. Tirant lo Blanch. 2009. Pág. 141.

Lo más importante es advertir cuanto miedo al delito reflejado en el cuadro, incrementado desde 2000 en un 300 %, fue producido artificialmente por los medios y por el gobierno con sus reformas propagandísticas. En consecuencia, cuánto sufrimiento innecesario a la población por miedo injustificado y cuanto castigo desproporcionado e innecesario se ha infligido a la población que cometió delitos leves o medios, pues España hace cumplir las penas de prisión más largas por pero tras Rumania y Portugal¹⁰) y, por decirlo todo, cuánto dinero se ha despilfarrado

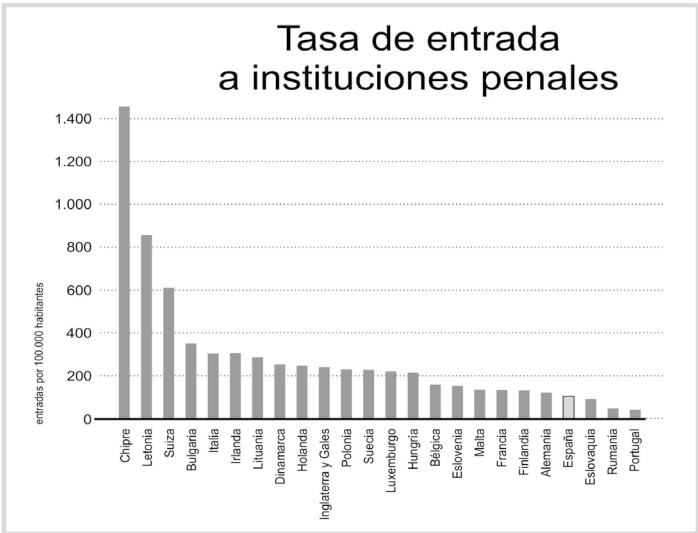
10 18 meses, frente a la media de 7.5 de los países europeos, v. cuadro 16, pág. 58 de García España y Díez Ripollés, cit.

CUADRO 11



Fuente: elaboración a partir de los datos del SPACE I, 2009, para la media europea (de IIPP y el INE para los datos españoles) y el *World Prison Brief* para el dato estadounidense.

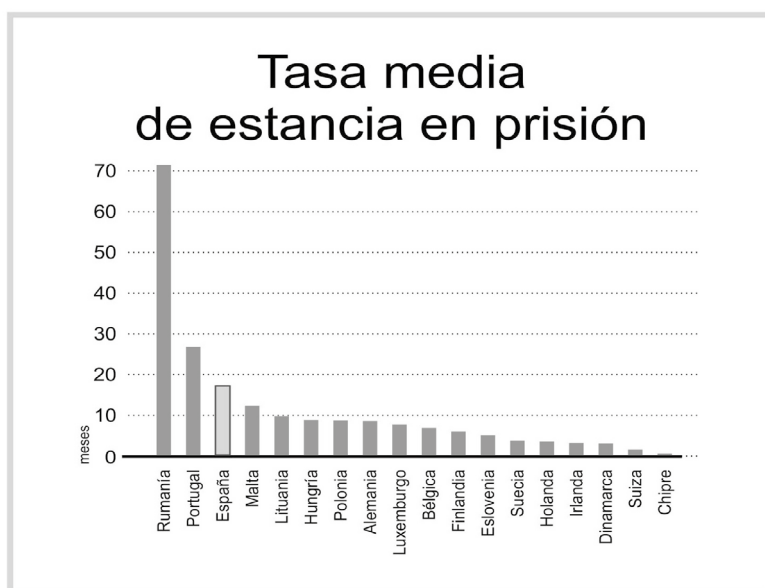
CUADRO 12



Fuente: García España y Díez Ripollés (Dírs). *Realidad política y penitenciaria*. Tirant lo Blanch. 2009. Pg. 56.

manteniendo innecesariamente en prisión a personas que no hubieran merecido tanto tiempo de privación de libertad con la legislación anterior¹¹. No es fácil contar los años de sufrimiento que cuesta a las víctimas la acción de los delincuentes, pero debería ser más fácil contar los años innecesarios de prisión que se imponen desproporcionada e innecesariamente por los gobiernos que utilizan la criminalidad como técnica de atracción política.

CUADRO 13



Fuente: García España y Díez Ripollés (Dirs). *Realidad política y penitenciaria*. Tirant lo Blanch. 2009. Pág. 58.

Solo a partir de 2009 se comienza a advertir un tendencia positiva en la vida penitenciaria, derivada de una reorientación de la política penitenciaria a partir de 2005, aunque con la legislación entonces vigente resultaba muy limitada, y desde 2011 con la reforma penal de 2010¹², llevada a cabo en este punto orientada a corregir los aspectos más irracionales y desproporcionados de las reformas de 2002 y 2003, especialmente el periodo de seguridad obligatorio para los delitos castigados con más de 5 años, que impedía con carácter general el acceso al tercer grado y

11 Aspecto económico en lo que no se cansa de insistir Irving Waller, *Menor represión más seguridad*, Ed. INACIPE, México, 2008

12 González Tascón, María, *El periodo de seguridad*, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García, Javier y González Cussac (Dir.), Tirant: Valencia 2010, pag. 91 y ss.

consiguientemente a la libertad condicional hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, salvo excepciones muy señaladas, que en ningún caso podían alcanzar a los penados por delitos de terrorismo o de crimen organizado. Corregir ese despropósito y llegar como regla de nuevo a la aplicación del «régimen general» costó ocho años de trabajos y millares de años de innecesaria privación de libertad para miles de presos castigados a cumplir el doble de penas que en los demás países europeos, pues todo proyecto a cambio en este punto se denunciaba como una parte de la estrategia de negociación de «paz por presos» preconizada por la banda etarra, y se producía un huracán trágico con grandes manifestaciones, encabezadas por una politizada organización de víctimas y los dirigentes del partido de la oposición. El que la modificación proyectada no afectara a los vinculados al terrorismo era irrelevante para la oposición y para la organización mayoritaria de las víctimas.

En el futuro sería altamente deseable, si el Gobierno desea convencer y no solo imponer por la mera fuerza de su mayoría absoluta y del argumento de autoridad, que se someta a un estudio más cuidadoso y de evaluación a las instituciones y a todo el sistema penal. Además del sentido común y del propósito de someter las cuestiones penales al mayor consenso sería deseable resolver las carencias actuales de la estadística criminal y policial y sobre ello organizar un observatorio del sistema penal, que entre otras cosas bien pudiera servir para construir un modelo en España del proyecto que en Alemania pretende dotar a las Administraciones de un «*Barómetro de la Seguridad*»¹³, un estudio y seguimiento de la realidad criminal y de las percepciones sociales y mediáticas de la seguridad tal y como ha sido formulado por la Sección de Criminología del Instituto Max-Planck de Friburgo de Brisgovia que dirige Hans Jörg Albrecht, que entre otras cosas permitiría reducir el partidismo y la manipulación política y de los medios en materia de seguridad pública y de lucha contra el delito, además de servir a la elaboración y gestión de políticas de prevención del crimen y de seguridad pública en las Administraciones y en los espacios urbanos. Aunque los augurios no parecen favorables en estos finales de 2012.

13 Vid. sobre el proyecto *BaSiD (Barometer of Security in Germany)* <http://www.mpicc.de/ww/en/pub/forschung/forschungsarbeit/kriminologie/basid.htm>

PARTE III.
DERECHO PENAL ECONÓMICO

EL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Sumario: I.- Introducción. II.- Información privilegiada. Concepto y deberes jurídicos: 1. Concepto de información privilegiada; 2 Deber de salvaguardia; Deberes de abstención o prohibiciones de actuar. III- 1. Los sujetos. 2. Infracciones y sanciones. IV.- Sanciones administrativas y sanciones penales. V.- El abuso de información privilegiada en el Anteproyecto de Código penal de 1992. VI.- El abuso de información privilegiada en el Proyecto de Código penal de 1992. VII.- El delito de abuso de información privilegiada en el Código penal de 1995.

I. INTRODUCCIÓN^{1,2}

La utilización indebida de información privilegiada por parte de quienes operan en los mercados de valores es un problema que sólo se ha planteado en España en

1 En «Hacia un derecho penal económico europeo» en Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17, octubre, 1992, 1995, pp. 45-61. En italiano; «L'abuso di informazione riservata nel Diritto Spagnolo vigente e in el proyecto de Código penal», en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'economía*, Padua, 1994, pp. 1-29. En alemán, «Der Mißbrauch von Insider-Informationen in spanischen Recht Bausteine des Europäischen Wirtschaftsstrafrechts», Madrid *Symposium für Klaus Tiedemann*, Carlos Suarez Gonzalez y Bernd Schünemann. Eds. Karl Heymanns Verlag, Colonia, 1992, pp. 387-398.

2 Dos versiones respectivamente anteriores al Anteproyecto y al Proyecto de Código penal de 1992 se presentaron en el seminario Internacional sobre Insider Trading celebrado en la Universidad de Catania, el 17 de enero de 1992, y en las Jornadas Latinas de la Société Internationale de Défense Sociale celebradas en Courmayeur el 26 de septiembre de 1992. El texto es una versión revisada y ampliada a lo dispuesto en el Código penal de 1995. Para la evolución posterior Adan Nieto, «El insider trading despierta de su largo sueño. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2015», en <http://almacendederecho.org/insider-trading-o-trafico-con-informacion-privilegiada/>, enero, 2016

tiempo muy reciente. La primera expresión legislativa de la preocupación al respecto data de 1984, si bien una completa regulación jurídica del mismo tuvo lugar en 1988, perfeccionada el año 1991, el 1994, y que tiene su fuente de impulso en la Directiva comunitaria 89/592/CEE.

El primer Parlamento de la Democracia española, a la vez que elaboraba la Constitución, creó una «Comisión para el estudio del mercado de valores» que dio a luz en 1978 un informe conocido como «Informe Sardá»³, en el que se analizaban los problemas y carencias del mercado de valores en España y las necesidades de reforma en orden, sobre todo, al proceso de liberalización económica y de integración en la Comunidad Europea. Desde entonces se ha producido una reforma legislativa sistemática de toda las instituciones económicas en la que destacan la Ley de coeficientes de caja de los intermediarios financieros (1983) la de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (1985), el Decreto legislativo de adaptación del Derecho interno al de las Comunidades Europeas (1985), así como, por último, la Ley de disciplina e intervención las entidades de crédito (1988) y la Ley de regulación del mercado de valores (1988), que se elaboran y en entran en vigor al mismo tiempo. En 1994 se modificaron todas estas leyes, por la Ley 3/1994, de 14 de abril, para adaptarlas a la segunda Directiva europea sobre coordinación bancaria.

Dentro de esta obra legislativa la primera disposición relativa al abuso de información privilegiada se adoptó en el Real Decreto 279/1984, de 25 de enero, regulador de las ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios en cuyo artículo 12 estableció el deber de guardar secreto para todas las personas que tuvieran conocimiento de la preparación de una oferta pública, hasta el momento de la difusión oficial de la misma, a lo que se acompañaba el deber de abstención de realizar operaciones de forma distinta a la acordada de los miembros del Consejo de Administración, Directores de las sociedades promotoras o afectadas y de cualquier otra persona, «en situación de conocer la información confidencial correspondiente a la fase preparatoria de una oferta». Lo más singular de esta disposición era, sin embargo, que no preveía sanción alguna para las infracciones de los deberes impuestos⁴.

Una completa normativa sobre la materia se produce con la ley reguladora del Mercado de Valores, Ley 24/1988, de 28 de julio que comporta una radical reforma del sistema y cuya pieza clave es la creación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la cual aparece como un organismo encargado de la vigilancia y control del mercado de valores, similar a la SEC americana, la COB francesa o la CONSOB ita-

3 Informe de la Comisión para el Estudio del Mercado de Valores, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid 1978.

4 Las OPAS se regulan actualmente en la propia Ley del mercado de valores y en el R.D. 1197/1991 de 26 de julio, a lo que se aplica el régimen general de infracciones y sanciones de la Ley citada.

liana. La Comisión Nacional del Mercado de valores es una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, que según el artículo 13.2º «velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines», y a la que: se le encomiendan la supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismo, y el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora» (artículo 13, 1º). La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha recibido pues de esta Ley todas aquellas competencias que tendrán especial transcendencia a los efectos del control de los abusos de información.

La Ley, al igual que otros sistemas legislativos, contiene un catálogo de «Normas de conducta» (arts. 78-83) en el que se incluyen las relativas a las informaciones privilegiadas (art. 81) y a ello se sigue un sistema de infracciones y sanciones administrativas que contempla de modo específico las infracciones y sanciones en esta materia (arts. 99, 100 y 105), lo que se hace, y merece destacarse, en concordancia con el entonces mero proyecto de Directiva comunitaria. Precisamente estas disposiciones específicas han sido objeto de reforma por la Ley 9/1991 de 22 de marzo, destinada a la lucha contra el tráfico de influencias⁵.

El texto del artículo 81 vigente es el siguiente:

«1. Todas las personas o entidades que actúen en los mercados de valores o ejerzan actividades relacionadas con ellos y, en general, cualquiera que por razón de su trabajo, profesión, cargo o funciones posea datos o informaciones relativos a los mismos, deberán salvaguardar dichos datos o informaciones, sin perjuicio de su deber de comunicación y colaboración con las autoridades judiciales o administrativas en los términos previstos en esta o en otras leyes. En particular, impedirán que tales datos o informaciones puedan ser objeto de utilización abusiva o desleal, denunciarán los casos en que ello hubiera tenido lugar y tomarán de inmediato las medidas necesarias para prevenir, evitar y, en su caso, corregir las consecuencias que de ello pudieran derivarse.

2. Todo el que disponga de alguna información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar, por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, las conductas siguientes:

- a) Preparar o realizar cualquier tipo de operación de mercado sobre los valores a que la información se refiera.*
- b) Comunicar dicha información a terceros, salvo en ejercicio normal de su trabajo, profesión, cargo o funciones.*

⁵ Esta Ley reforma además otras relativas al régimen de incompatibilidades de funcionarios públicos y el propio Código penal a modo de un programa general de represión del «tráfico de influencias», expresión que define en España los fenómenos de corrupción política y económica.

- c) *Recomendar a un tercero que adquiriera o ceda valores o que haga que otro los adquiriera o ceda, basándose en dicha información.*

3. A los efectos de la presente Ley se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores. «

En definitiva, el artículo 81 define el concepto de información privilegiada, establece el deber de salvaguardia de dicha información para las personas que actúan o se relacionan con el mercado de valores o la obtienen por razón de su trabajo, profesión, cargo o funciones y establece en general para todos los que dispongan de dichas informaciones las prohibiciones de preparar o realizar operaciones sobre los valores, comunicar la información o recomendar la operación a terceros no legitimados.

Debe precisarse que la formulación legal de los destinatarios de los deberes de abstención no está delimitada como la de los del deber de salvaguardia por razón del conocimiento con motivo del trabajo, profesión, cargo o funciones. El apartado 2 se refiere a «todo el que disponga de alguna información privilegiada», por lo que alcanza tanto a los *insider* o *intraneus* como a los *outsider* o *extraneus*, lo que se corresponde con la previsión contenida en el artículo 4 de la Directiva.

II. INFORMACIÓN PRIVILEGIADA. CONCEPTO Y DEBERES JURÍDICOS

1. Concepto de información privilegiada

El apartado 3 del artículo 81 dispone que «a los efectos de la presente Ley se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores».

El texto vigente se corresponde plenamente con el concepto definido en la Directiva 89/592/CEE en su artículo 1,1, pues precisa que la información puede referirse tanto a los valores como a los emisores de los mismo, referencia esta última a los emisores que no se contenía en el texto de 1988. Así mismo se emplea ahora el calificativo «apreciable» frente a «relevante» para caracterizar el modo de influir la información en la cotización de los valores, calificativo que es el que se contiene en el texto de la Directiva.

2. Deber de salvaguardia

No contenido en el texto de 1988, la reforma de 1991 establece este deber de salvaguardar la confidencialidad o reserva de datos e informaciones relativos a los valores por parte de las personas y entidades que actúan en los mercados de valores o ejercen actividades relacionadas con ellos, deber que se extiende a impedir que tales datos o informaciones puedan ser objeto de utilización abusiva o desleal y, en tales casos, a denunciar los hechos y tomar de inmediato las medidas necesarias para prevenir, evitar y corregir las consecuencias que de todo ello pudieran derivarse. Se trata pues de un deber de vigilancia y de carácter positivo que sitúa al titular de la información privilegiada en una posición de garante de la reserva de la información privilegiada. Este deber de salvaguardia constituye un plus de protección respecto del establecido en la Directiva Comunitaria.

El círculo de sujetos a los que se imputa el deber de salvaguardia se delimita por la exigencia de que entre la información y el sujeto exista una relación de trabajo, profesión, cargo o función, es decir, se reduce a los insider o intraneus. No precisa la Ley los dos supuestos primeros que prevé la Directiva en el artículo 2.1: miembros de los órganos de administración, dirección o control del emisor y personas que participan en el capital del emisor, pero deben considerarse ambos supuestos incluidos en el concepto general de «personas y entidades que actúen en los mercados de valores», pues sin duda son tales incluso los titulares de «participaciones en el capital del emisor» a que se refiere la Directiva.

La Directiva contiene una cláusula en el artículo 2.2 para los supuestos en los que es una sociedad u otro tipo de personal jurídica la que actúa, imputando en tales supuestos los deberes de salvaguardia o abstención «a las personas físicas que hubieran participado en la decisión de proceder a la transacción por cuenta de la persona jurídica en cuestión». Esta cláusula relativa a los casos del «actuar en nombre de otro» encuentra su correspondencia en la Ley española en el artículo 95 cuando al definir los sujetos activos de las infracciones proyecta la responsabilidad de las personas jurídicas también a quienes ostentan cargos de administración o dirección de las mismas, determinación que se precisa con criterios formales y materiales. Todo lo cual se precisa aún más al declarar aplicable la Ley del mercado de valores en su artículo 98 la norma prevista en el artículo 15 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito (ver más adelante).

El deber de salvaguardia en su dimensión de deber de confidencialidad o reserva cede, naturalmente, en lo que se refiere a los requerimientos de la autoridad judicial o administrativa previstos en la Ley (artículo 85).

3. Deberes de abstención o prohibiciones de actuar.

El artículo 81 en correspondencia con los artículos 2.2 y 3 de la Directiva prohíbe a quienes dispongan de una información privilegiada –tanto *insider* como *outsider*– y tanto si actúan por cuenta propia o ajena, como en forma directa o indirecta: a) preparar o realizar cualquier tipo de operaciones en el mercado sobre los valores a que se refiere la información; b) comunicar dicha información a terceros, salvo en el ejercicio ordinario de su trabajo, profesión, cargo o funciones; y c) recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores o que haga que otro los adquiera o ceda, basándose en dicha información.

III. INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

La Ley del mercado de valores crea un sistema de infracciones y sanciones análogo al previsto en la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito, de tal modo que desde este momento todas las actividades financieras quedan sometidas a un mismo sistema sancionador, con la única singularidad de que en el ámbito del mercado de valores la competencia instructora y sancionadora corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de valores, con la salvedad de que la imposición de sanciones por las infracciones tipificadas como «muy graves» corresponde al Ministro de Economía y Hacienda (artículo 97).

El procedimiento sancionador (artículo 98) es el previsto en la mencionada Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito, del que interesa en este foro mencionar tan sólo que conforme establece el art. 99 t) constituye infracción administrativa muy grave la negativa o resistencia a la actuación inspectora de la CNMV por parte de las personas físicas o jurídicas siempre que haya mediado requerimiento expreso y por escrito al respecto. Esta cuestión tiene relevancia como se verá más tarde en orden al proceso penal.

1. Los sujetos

Los sujetos responsables de las infracciones son las personas físicas y las entidades a las que resultan de aplicación los preceptos de esta Ley que, en lo que a nuestro tema se refiere, son los sujetos a los que se imputa el deber de salvaguardia de las informaciones privilegiadas y los deberes de abstención relativos a las mismas y a los que antes se ha hecho referencia.

En relación a las personas jurídicas la Ley hace dos precisiones, una directamente en el propio artículo 95 y otra en el artículo 98, al remitir al artículo 15 de la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito.

Así, en el artículo 95 se dispone que en los supuestos de entidades o personas jurídicas incurrir en responsabilidad administrativa «quienes ostenten cargos de

administración o dirección» de las mismas, precisando que «ostentan cargos de administración o dirección en las entidades a que se refiere el párrafo anterior, a los efectos de lo dispuesto en este capítulo, sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, así como sus Directores generales y asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de un órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo».

Por su parte el art. 15 de la Ley 26/1988 dispone:

«1. Quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente.

2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades de crédito sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, salvo en los siguientes casos: a). Cuando quienes formen parte de órganos de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a las infracciones. b). Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros-delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad»

Este precepto⁶ resuelve con técnica incorrecta –que da lugar a confusión– dos problemas distintos, el primero el de la aplicación en este ámbito del principio de culpabilidad, en el sentido de limitar la responsabilidad de las personas físicas a los sujetos de conducta dolosa o imprudente. El segundo problema es el de la determinación de la responsabilidad de los miembros de órganos colegiados de gobierno de las personas jurídicas –es decir un problema de autoría– y para ello establece de modo implícito un deber de garante del administrador y de los miembros de los órganos colegiados de administración, de forma tal que hace responder a los sujetos que actúan y a los que no actúan u omiten un comportamiento distinto del no asistir por causa justificada a la reunión correspondiente y al de votar en contra o salvar el voto en las decisiones o acuerdos constitutivos de la infracción. Lo que la Ley hace con esto es establecer los límites de la imputación del deber de garantía y, a la vez, los límites del deber de diligencia en el ejercicio del cargo y, en definitiva, describe el grado de imprudencia sancionable. Por su parte, el último apartado (b) no hace otra cosa que precisar por exclusión los límites de la

⁶ Vid. Suay Rincón, en Ramón Fernández, T.; *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito*, ed. FIES, Madrid 1989, p. 58 y ss.

falta de diligencia sancionable de los miembros del órgano colegiado: cuando la responsabilidad sea imputable «exclusivamente» al órgano ejecutivo, colectivo o unipersonal.

La defectuosa técnica empleada es consecuencia de un alejamiento todavía no superado –a pesar de lo que de esfuerzo representa la Ley– de la dogmática administrativa respecto de la penal y da lugar a cierta confusión hermenéutica.

En todo caso debe advertirse que la responsabilidad de las personas jurídicas y la de las personas físicas es conjunta, exigiéndose al mismo tiempo y separadamente una y otra, tal y como se establece en los artículos 105 y 106 de la Ley, aunque con menor rigor lingüístico que la Ley 26/1988.

2. Infracciones y sanciones

El régimen de infracciones y sanciones se organiza conforme a los principios de tipicidad y proporcionalidad. Así se definen expresamente dos clases de infracciones, una como «muy grave», a la se aplican las sanciones más graves y otra como «grave», excluyéndose en el ámbito de la información privilegiada la infracción «leve». Las sanciones cuya naturaleza lo admite presentan en cada grado un marco mínimo y máximo, dentro del cual la autoridad sancionadora determina la misma de acuerdo a criterios establecidos por remisión del art. 98 en el art. 14 de la Ley 26/1988 de disciplina e intervención de entidades de crédito, y que hacen referencia a los grados de injusto y de culpabilidad⁷.

a) Infracción muy grave constituye conforme al artículo 99, o, el incumplimiento de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 81, es decir, el incumplimiento

7 El art. 14 de la L. 26/1988 dispone: «1. Las sanciones aplicables en cada caso por la comisión de infracciones muy graves, graves o leves se determinarán en base a los siguientes criterios: a) La Naturaleza y entidad de la infracción. b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado. c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos y omisiones constitutivos de la infracción. d) La importancia de la entidad de crédito correspondiente, medida en función del importe total de subbalance. e) las consecuencias desfavorables de los hechos para el sistema financiero o la economía nacional. f) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa. g) En el caso de insuficiencia de recursos propios, las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel legalmente exigido. h) La conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecten, atendiendo a las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas durante los últimos cinco años.

2. Para determinar la sanción aplicable entre las previstas en los artículos 12 y 13 de esta Ley [para los administradores y directivos de sociedades] se tomarán en consideración, además, las siguientes circunstancias: a) El grado de responsabilidad en los hechos que concurren en el interesado. b) La conducta anterior del interesado, en la misma o en otra entidad de crédito, en relación con las normas de ordenación y disciplina, tomando en consideración al efecto las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas durante los últimos años. c) El carácter de representación que el interesado ostente».

de los deberes de abstención de preparar o realizar operaciones respecto de valores sobre los que se disponga de información privilegiada, y de lo de informar o recomendar la operación a terceros no legitimados.

En estos supuestos las sanciones que corresponden son, de acuerdo con lo previsto en el art. 102, las siguientes:

a) Multa no inferior al tanto ni superior al quíntuple del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción o, en el caso de que no resulte aplicable este criterio de estimación, hasta la mayor de las siguientes cantidades resultantes: el 5% de los recursos propios de la entidad infractora, el 5% de los fondos totales propios o ajenos utilizados en la infracción, o 50 millones de ptas.

b) Además de la multa, que no podrá ser inferior a 5 millones de ptas., se impondrá una de las sanciones siguientes: aa) Suspensión o limitación del tipo de volumen de las operaciones o actividades que pueda realizar el infractor en el mercado de valores por un plazo de hasta 5 años. bb) Suspensión de la condición de miembro del mercado secundario oficial (Bolsas) por un plazo de hasta 5 años. cc) Revocación de la autorización cuando se trate de Sociedades o Agencias de Valores o de Sociedades Gestoras de carteras.

Cuando se trate de entidades como los organismos rectores de las Bolsas, las Sociedades y Agencias de valores y otras similares, además de la sanción que corresponda imponer al infractor –quiere decir a la entidad– se impondrá, conforme dispone el art. 105, a quienes ejerzan cargos de administración o dirección en la misma y sean responsables de la infracción una multa por importe de la mayor de las siguientes cantidades resultantes: 5% de los fondos totales, propios o ajenos utilizados en la infracción, o 50 millones de ptas. y una de las siguientes sanciones: aa) Suspensión del ejercicio del cargo por hasta 3 años. bb) Separación del cargo con inhabilitación para cargos de administración o dirección en la misma entidad por hasta 5 años. cc) Separación del cargo con inhabilitación para cualquier entidad financiera por hasta 10 años.

b) Infracción grave constituye la vulneración de los deberes de salvaguardia establecidos en el art. 81.1, es decir, de los deberes de confidencialidad y reserva y los de denuncia y actuación para prevenir, evitar y corregir las consecuencias del uso indebido de información privilegiada.

En estos supuestos las sanciones previstas son: a) Amonestación pública, con publicación en el Boletín Oficial del Estado y, además, una de las siguientes sanciones. b) Multa por importe del tanto del beneficio bruto obtenido mediante la infracción, como mínimo de 2 millones y hasta 5, y si no resultare aplicable este criterio una multa de al menos 25 millones de ptas. c) Suspensión o limitación del tipo o volumen de actividades en el mercado de valores por hasta un año. d) Suspensión de la condición de miembro de un mercado secundario oficial (Bolsa) por hasta un año.

Al igual que en las infracciones muy graves, cuando el infractor sea una entidad como las juntas de rectores de Bolsas, Sociedades o Agencias de valores y similares se impondrá a las que ejerzan cargos de administración o dirección y sean responsables de las mismas una de las siguientes sanciones: a) Amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado. b) Multa desde 25 millones de ptas. c) Suspensión en el ejercicio de todo cargo en la entidad por hasta un año.

IV. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y SANCIONES PENALES

La Ley reguladora del mercado de valores optó en todo su ámbito y también en el de la información privilegiada por una tutela sancionadora puramente administrativa, rechazando la opción propiamente penal⁸. El deber que dimana de la Directiva Comunitaria en su artículo 13 se limita a establecer sanciones «suficientes para incitar al respeto de las disposiciones» en la materia.

Es más, la Ley reconoce que las conductas de abuso de información privilegiada pueden presentarse en forma que, además de realizar la infracción administrativa, realicen alguna de las figuras penales comunes previstas en la legislación vigente, como falsedades, revelación de secretos, estafa o maquinaciones para alterar el precio de las cosas. En tales supuestos cabe exigir la responsabilidad administrativa de la Ley del mercado de valores y la propiamente penal. Así lo declara expresamente el artículo 96 de la Ley, sin que tal concurrencia de responsabilidades constituya infracción del ne bis in idem pues el bien jurídico que protege la infracción de abuso de información privilegiada es bien diferente y autónomo del que se tutela en los mencionados tipos penales.

El debate en España sobre la posible incriminación penal de estas conductas ha sido bien escaso. Apenas dos penalistas se han manifestado al respecto, Rodríguez Mourullo y González Cusac⁹.

Ambos han reconocido que los abusos de información privilegiada afectan gravemente a un bien jurídico relevante en una sociedad que encuentra en la Bolsa el más importante mercado de financiación de la inversión económica y, por tanto, del orden y el progreso socio-económico.

⁸ Así ha ocurrido también en el Derecho Bancario de la Ley 26/1988.

⁹ En España sólo dos penalistas se han manifestado en favor de la criminalización, así Rodríguez Mourullo: «*La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho penal*», en *Poder Judicial*, nº IX, 1988, pág. 237 y ss. y González Cusac; «*El abuso de la información privilegiada*», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 37, 1989, pág. 138 y ss., el primero de ellos con mucha cautela y ambos sin formular propuestas de coordinación entre las infracciones administrativas y penales.

Los mercados de valores se han venido dotando, siguiendo una práctica anglosajona, de una compleja normativa, de «código de conducta» que pretenden garantizar lo que se ha estimado que son presupuestos de funcionamiento eficaz de dicho sistema: la protección del inversor en el sentido de garantizar la igualdad de oportunidades en el riesgo y, para ello, la transparencia del mercado de valores, es decir de una base informativa completa y veraz que permita una correcta formación de los precios de los valores¹⁰.

La información no pública, es decir, privilegiada, pertenece a la esencia del sistema, pero lo que se pretende es prohibir su utilización hasta que por hacerse pública puedan los inversores concurrir al negocio de valores con igualdad de información. El empleo de la información privilegiada puede provocar perjuicios patrimoniales a titulares de los valores de que es objeto o a los candidatos a negociar con ellos, incluso –y esto es de suma importancia para las relaciones con la estafa y para la construcción del tipo penal– puede no comportar perjuicio patrimonial directo alguno a persona determinada¹¹, pero a quien daña en todo caso es al propio sistema, que deja de ofrecer confianza, por frustrarse la igualdad, y puede conducir a una retracción del mercado, en cuyo caso el perjuicio se proyecta sobre todo el sistema económico¹².

Dicho de otro modo, el bien jurídico que pretende proteger tanto la incriminación administrativa como la penal del abuso de información privilegiada es el «buen funcionamiento del mercado de valores» en su misión de financiación de los agentes económicos o, también, la «confianza de los inversores en el mercado de valores»¹³.

Sobre la base expuesta, la primera cuestión a resolver es la relativa a la relevancia de dicho bien jurídico como penal. Es decir, si la confianza en el sistema de valores es bien jurídico merecedor por su relevancia de tutela penal. A este respecto la respuesta unánime de la doctrina es positiva¹⁴. Así, entre nosotros tanto Rodríguez

10 Sobre las funciones del mercado de valores y la capital importancia para el orden económico de su buen funcionamiento v. Sánchez Guilarte y Tapia Hermida; «*El abuso de información privilegiada («insider trading» y operaciones de iniciados)*» en *Revista. Derecho bancario y bursátil*, 28, 1987 p. 751 y ss.; Cachón Blanco; *Derecho del mercado de valores*, 2 vols., Madrid 1992 p. 16 y ss. y 91 y ss.

11 Sobre la frecuente ausencia de daño patrimonial así como sobre la indemostrabilidad de la relación causal aun cuando aquél se produzca v. Seminara; *Insider trading e Diritto penale*, Milán 1989, esp. 21 y ss.

12 Cfr. Sanchez Calero/Tapia Hermida, ob., cit., p.769

13 Cfr. Sanchez Calero/Tapia Hermida, ob. cit., eod. loc.

14 La condición de bien jurídico relevante del buen funcionamiento del mercado de valores es unánimemente afirmada en la doctrina, v. junto con los autores citados en la nota anterior: Auger Liñan, *Delitos Bursátiles*, y Sanchez Calero; «*Delitos Bursátiles*» ambos en *Poder Judicial*, nº IX, 1988, págs. 227 y ss; 251 y ss., respectivamente; para el derecho comparado v., una vez más pionero, Tiedemann; *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschafts kriminalität*, II, Hamburgo 1976, p. 137 y ss; Seminara, ob. cit., p. 88 y ss.; Dingeldey; *Insider-Handel und Strafrecht*, Colonia, 1983, p. 127 y ss.; Schmid; *Schweizerisches Insider strafrecht*, Berna, 1988.

Mourullo como González Cusac, tras contrastar tanto la relevancia constitucional y material del bien jurídico como las semejanzas del desvalor de la acción de estas conductas con las previstas en otros delitos tradicionales, reconocen en el mercado de valores y sus principios un bien merecedor de tutela penal de carácter colectivo o supraindividual. A partir de este postulado los autores citados han hecho sugerencias sobre una incriminación que resulte acorde con los principios de fragmentariedad y última ratio. El que ambos trabajos fueren anteriores o coetáneos a la Ley del Mercado de Valores no permitió mayor concreción. Con tan sólo este bagaje en la doctrina española, pero con sonoros casos prácticos en la vida nacional, el Anteproyecto de enero de 1992 apareció con dos preceptos incriminadores del abuso de información privilegiada.

V. EL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992

El primero de los preceptos se refiere al abuso de información privilegiada por parte de funcionarios públicos y en todos los ámbitos de la función pública y no sólo en relación con el mercado de valores (art. 391) estaba ya presente en el Código entonces vigente como art. 368 desde la reforma de la L. O. 9/1991 relativa al llamado tráfico de influencias.

El segundo, ubicado entre los delitos societarios (art. 298)¹⁵, incriminaba a quien abusa de información privilegiada adquiriendo o transmitiendo por sí o por persona interpuesta títulos valores y es el administrador de una compañía mercantil y lo hace con perjuicio de la sociedad, de sus socios, de terceros o del libre juego del mercado y con ánimo de lucro. Más allá cierta confusión sobre algunos elementos del tipo¹⁶, el Anteproyecto constituía un delito especial –a diferencia de la abierta infracción administrativa– que limitaba el castigo penal dentro del amplio catálogo de candidatos al abuso de información privilegiada a los administradores de hecho o de derecho de compañías mercantiles, incluidos bancos y agencias de valores, es

15 Art. 298 AP 1992.: «1. Los administradores, de hecho o de derecho, de una Sociedad mercantil que, prevaliéndose de una información privilegiada, y con perjuicio de la Sociedad, de sus socios, de terceros o del libre juego del mercado, adquieran o transmitan, por sí o mediante personas o entidades interpuestas, con ánimo de lucro, títulos representativos del capital social de Compañías mercantiles con cotización en los mercados oficiales de valores, serán castigados con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses. 2. Si los hechos se conocieren en el ejercicio de la profesión o actividad del culpable, se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria por tiempo de dos a cinco años.»

16 Problema no menor era el de decidir si los títulos valores objeto de la negociación privilegiada habían de ser los representativos del capital de la sociedad administrada o podían serlo también otros que pertenecieran al patrimonio de la misma o fueren administrados por ella (caso de las sociedades de valores) o cualquier otro valor.

decir los sujetos que por su profesión tienen una mayor responsabilidad en la vida del mercado de valores. La pena era de prisión de seis meses a tres años y multa de 6 a 24 meses, con inhabilitación de 2 a 5 años. Debe significarse que no requería condición objetiva de punibilidad alguna ni relativa al beneficio perseguido por el ánimo de lucro ni al daño patrimonial, que, por otra parte, acertadamente, no es más que uno de los resultados alternativos típicos¹⁷. Por otra parte, el Anteproyecto modificaba la redacción del delito de maquinación para alterar el precio de las cosas previsto entonces en el art. 540, incorporando al catálogo de los medios para intentar la alteración de los precios de las cosas –también lo son los títulos o valores mobiliarios– la utilización de la información privilegiada (art. 283). Baste decir a este respecto que su utilidad en relación a las conductas que nos ocupan es irrelevante –en otros ámbitos puede resultar, sin duda, de interés–, pues lo que caracteriza la conducta del *insider* no es que pretenda alterar el precio de los valores sino, precisamente, aprovechar el precio de los mismos para comprar o vender con lucro

VI. EL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992

El Proyecto mantenía el delito de funcionarios en iguales términos (art. 400) y el de maquinaciones (art. 288) pero reformulaba por completo el delito societario (art. 305), hasta el punto que el delito no tenía de societario más que, parcialmente, el objeto del mismo: los títulos valores representativos de capital de sociedades.

El art. 305 describía así la conducta típica: «quien, de forma directa o por persona interpuesta, usare de una información privilegiada relativa a cualquier clase de valores o instrumentos negociados en cualquier mercado organizado, oficial o reconocido y obtuviere, como consecuencia de su negociación, un resultado o provecho superior a setenta y cinco millones de ptas., será castigado con las penas de prisión de uno a seis años e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria por tiempo de cinco a diez años»¹⁸.

17 El Consejo General del Poder Judicial, en su informe sobre el Anteproyecto, no parece que captara la existencia de este delito, seguramente como consecuencia de su ubicación entre los societarios, pues se asombra de que el Anteproyecto se limite a regular dichos abusos en el ámbito de la función pública, y parece reclamar un tipo específico, como el que aparecerá en el Proyecto definitivo, v. «Informe» en *Cuadernos del CGPJ*, nº 11, 1992, p.248 y s.

18 Entre la publicación del anteproyecto y el Proyecto definitivo pudo tener relevancia un informe, no publicado, de la CNMV remitido al Ministerio de Justicia en el que se desaconsejaba toda intervención penal en el Mercado de valores y que aceptaba como máximo una incriminación de conductas habituales y de grupos transnacionales. Ni el informe, ni un texto del autor de este trabajo que fue remitido al Ministro de Justicia, y que coincidía con aquél en la propuesta de no intervención, tuvieron éxito, pero las consideraciones del primero debieron influir en la aparición de la cláusula de la prejudicialidad administrativa que se comenta enseguida.

Lo primero que debe advertirse es que no se constituye el delito como especial¹⁹, sino que incrimina a cualquiera que usare de la información privilegiada, con lo que alcanza desde el *insider* propio hasta el *típee* o receptor de consejo, desde el agente oficial del mercado de valores hasta el que por casualidad alcanza a conocer una información privilegiada, con ello se desborda la criminalización por todo el amplio espectro de manifestaciones del *insider trading*. Para contener ese efecto, que llevaría a una situación como la italiana y que indujo a Bricola afirmar que «el principio de fragmentariedad ha pasado de los sueños de la dogmática al mundo de los sueños», el prelegislador incluyó un elemento limitador: que el provecho obtenido exceda de 75 millones de ptas. De nuevo aparece como elemento diferenciador del injusto penal del administrativo el recurso a la cuantía que, entre otras inconveniencias provoca nueva discusión, de enojosos resultados, acerca de si es un elemento del tipo o mera condición objetiva de la punibilidad. Tampoco resulta baladí lo elevado de la cuantía, de difícil comprensión social, aun cuando, por una parte, pretenda el razonable objetivo de reducir la intervención penal sobre el autor primario a los casos de mayor relevancia para el mercado de valores y, por otra, la cuantía en cuestión se refiera al beneficio obtenido y no al perjuicio causado, razón por la cual no procede equiparar dicha cuantía, p. ej., con la prevista para el delito fiscal.

Pero el Proyecto contemplaba otra intervención penal por debajo de esa cifra de beneficio: con las mismas penas se castiga a quien realiza la conducta anterior, aún cuando el provecho no alcance la mencionada cifra, si anteriormente hubiese sido sancionado por la Autoridad administrativa del mercado de valores. Este tipo, consagraba una reincidencia «administrativa» constituyente de responsabilidad penal, absolutamente desconocida en Derecho español. Esta fórmula ha desaparecido después, sin que haya dado tiempo a someterla a debate. En mi criterio estimo que la idea de condicionar la punibilidad de una conducta a la realización previa de una infracción administrativa es una alternativa interesante en un sistema penal inspirado en el principio de descriminalización, pues representa una renuncia a castigar penalmente la conducta en cuestión en la primera realización de la conducta ilícita. La legitimidad de esta técnica depende de que la conducta ilícita primigenia revista materialmente las características de lesividad del bien jurídico y de desvalor de la acción y del resultado que requiere una infracción penal. Si esto es así lo que ocurre no es que una infracción «administrativa» se convierta en «penal» por la mera repetición, sino que el legislador renuncia al castigo de la conducta merecedora de punición hasta que el autor la realice por segunda vez, frente a la posibilidad de castigarla penalmente en su primera aparición. Creo que esto es precisamente lo que

19 Como recomendaba Rodríguez Mourullo, Ob. cit., p. 248.

acontecía en el Proyecto de 1992, pues el abuso de información privilegiada lesiona el bien jurídico en cuestión con independencia del grado de beneficio obtenido por el sujeto, único elemento que diferencia el tipo del número 1 respecto del número 2 del art.305, siendo las propiedades de la conducta las mismas en uno y otro. La cláusula admitía otras variantes, alguna ya presenté en nuestro Derecho, como la que convierte en delito la infracción administrativa de contrabando «continuada» que en su conjunto comporta una cuantía superior al millón de ptas., presente en la L.O. 7/1982, art. 1º. 2. Estimo, en definitiva, que tanto una como otra son técnicas legítimas e indicadas en un sistema de despenalización construido mediante condiciones objetivas de penalidad consistentes en cuantías de dinero. Los ordenamientos que no recurren a este sistema se ven obligados a «despenalizar» mediante procedimientos más subjetivos, como ocurre en Alemania con la renuncia a la acción penal por el Ministerio Fiscal en los casos de menor relevancia.

Pero había otras dos novedades respecto del sistema penal general.

Una es la previsión de una «consecuencia accesorias»: la potestativa privación de los beneficios obtenidos mediante el delito al responsable del mismo o a la persona física o jurídica por cuya cuenta hubiese actuado. Esta «consecuencia» es adecuada a la naturaleza de este delito en el que los mecanismos resarcitorios de la responsabilidad civil solo difícilmente pueden actuarse²⁰, por la difusión de los perjudicados o, incluso, por la ausencia de todo perjudicado concreto. La Parte General preveía esta consecuencia accesorias, con carácter potestativo para el juez (art.135), en aquellos delitos en que expresamente se dispusiera, como en este caso.

La última novedad era la reaparición de una suerte de prejudicialidad, ahora en la forma de prejudicialidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV): «No se procederá criminalmente por la conducta descrita en el apartado primero de este artículo –el del tipo con la cuantía de 75 millones– hasta tanto no se haya concluido el expediente sancionador incoado por el Organismo competente encargado de la supervisión de los mercados de valores –la CNMV– el cual y en estos casos, absteniéndose de imponer sanciones, remitirá lo actuado al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las facultades de éste para instar la iniciación o conclusión de tal expediente».

Creo que esta técnica representaba una solución imposible –la prejudicialidad– para un problema de difícil solución: la incriminación de las conductas de *insider trading*. Por lo tanto, un recurso al Derecho penal que dudosamente se corresponderá en la práctica con esas sanciones «suficientes para incitar al respecto de las disposiciones» legales que exige la Directiva comunitaria. Me explico: la prejudicialidad tributaria que estableció la primera ley penal fiscal de 1977 fue suprimida

20 Vid. Seminara, *Insider trading e Diritto penale*, cit., p. 339.

en la reforma de 1985, según su Exposición de Motivos (L.O. 2/1985, de 29 de abril) por ser «una barrera perjudicial para reprimir el fraude fiscal», un «obstáculo para el correcto funcionamiento del mecanismo procesal y sustantivo»²¹. Es más, el Proyecto del 92 suprimía afortunadamente la prejudicialidad civil de la quiebra penal, por iguales motivos, según rezaba la Exposición de Motivos, pero, además, y lo más importante, lo más disfuncional del sistema de la prejudicialidad radica en que no resulta compatible con los derechos del acusado por delito el haber sido objeto su conducta de una investigación administrativa previa, en la que ha podido y debido investigarse indicios de delito y en la que, por definición, no ha tenido acceso a los derechos de defensa penal ordinaria.

Este mismo defecto ha sido visto por Galasso y Bartalena en la Ley italiana de 1991. El primero estima que la eventual actividad probatoria realizada con posterioridad a la aparición de indicios de delito no podrá en modo alguno ingresar en el proceso penal, y el segundo manifiesta que vulnera el derecho de defensa penal un procedimiento de instrucción en el que la negativa a declarar o proporcionar información al instructor (CONSOB o CNMV) constituye una infracción administrativa muy grave (art. 99 t) de nuestra LMV)²².

Naturalmente, el origen de este monopolio de la acción penal por parte de la CNMV no era caprichoso, sino que respondía a dos necesidades. En primer lugar, la inevitabilidad de una instrucción por especialistas en el mercado de valores y desde dentro de los mecanismos jurídicos e informativos del sistema de la Comisión, que sólo por excepción podría resultar exitosa por parte de un órgano judicial, salvo que recayera la competencia, una vez más, en el la Audiencia Nacional. En segundo lugar, las características singularísimas de funcionamiento psicológico del mercado de valores hacen que una intervención judicial o del Ministerio Fiscal antes de que los especialistas de la CNMV pudieran haber concluido una investigación reservada sobre el asunto provocaría un efecto en el mercado sobre el valor en cuestión, más dañoso que el concreto abuso de información privilegiada de que se trate. Esta circunstancia, que creo que no debe desconocerse, no desnaturaliza el juicio de «merecimiento» de pena de estas conductas, pero sí el de «necesidad» o «conveniencia» de la misma frente a la sanción administrativa. Pero esta prejudicialidad administrativa ha desaparecido en el Proyecto del 94 y en el nuevo Código.

A mi juicio el artículo 305 del Proyecto de 1992 adolecía de defectos que no radicaban tan sólo en su propio texto, sino, en primer lugar, en la dificultad de la propia materia que pretendía regular y que se había puesto de manifiesto recentísimamente

21 Sobre los problemas de la prejudicialidad tributaria en España v. Martínez Pérez, en *Comentarios a la legislación penal*, VII, Madrid 1986, p. 226, con referencias.

22 Respectivamente, *Profili processuali della nuova regolamentazione dell'insider trading y Funzioni di controllo e poteri sanzionatori dell'Autorità di vigilanza*, mecanogr.

en el Derecho comparado, como puede comprobarse en los trabajos de Seminara, Dingeldey o Schmid²³ y, en segundo lugar, en el propio sistema jurídico español de distinción de ilícitos penales y administrativos que estimo ha hecho definitiva crisis con el afortunado sometimiento del proceso penal a los Derechos fundamentales. En el tiempo del proyecto propuse²⁴ para salir de esta situación crítica el mantener y mejorar el tipo de abuso de información privilegiada de funcionarios y asimilables y renunciar en lo demás al Derecho penal en beneficio de unas sanciones administrativas graves y aparentemente eficaces como las que en estos momentos intentaba trabajosamente poner en marcha la Comisión Nacional de Mercado de Valores, tras cuya experiencia podrían madurarse otras soluciones. Pero el peso en la opinión pública –y, sobre todo en «la publicada»– de varios casos graves de información privilegiada (caso Ibercorp y presidencia del Banco de España) no ha hecho políticamente viable una propuesta no intervencionista en lo penal como la formulada.

VII. EL DELITO DE ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

El nuevo Código penal de 1995 incluye el delito que nos ocupa en los arts. 285 y 286, en la sección tercera del capítulo XI, dedicada a los delitos relativos al mercado y a los consumidores:

Art. 285: «Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrarle obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a setenta y cinco millones de ptas. (hoy 600.000 euros) o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido».

Art. 286: «Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de doce a veinticuatro meses cuando en las conductas descritas en el artículo anterior concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1ª, que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas, 2ª, que el beneficio obtenido sea de notoria importancia y 3ª, que se cause grave daño a los intereses generales».

23 Además de lo citado antes para Italia, Alemania y Suiza v. para Francia Ducouloux-Favard; *Infractions boursières*, «*Juris-Classeurs*», 1990, fasc. 1640, con referencias.

24 En las Jornadas de homenaje a K. Tiedemann en la Universidad Autónoma de Madrid en octubre de 1992, publicado en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, BOE, Madrid 1995, p. 45 y ss.

1. La primera anotación debe ser la relativa al concepto de información. El legislador ha empleado aquí los términos información relevante, en vez de privilegiada, que se había empleado en los proyectos y en los artículos concordantes del propio Código, como en el delito de funcionarios del art. 442 o del delito de maquinaciones del art. 284. Sin embargo, esta inconsecuencia lingüística no tiene transcendencia en orden a separar el concepto típico del de información privilegiada en el mercado de valores. La noción de privilegio se plasma en la referencia a que a la misma se haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, y de que se trate de una información destinada a hacerse pública en el mercado en un momento posterior, que es lo que diferencia la información privilegiada de la secreta, ajena a este tipo penal. Tampoco tiene transcendencia el empleo del término use, en vez del de abuse, pues este hace referencia al uso ilegítimo que es del que aquí necesariamente se trata, con lo que el término típico viene a facilitar su aplicación sin las posibles dificultades del empleo de un término normativo.

2. En la formulación del sujeto activo el tipo penal se ha decidido por limitar el círculo de autores a los titulares de información privilegiada por razón de su profesión o actividad empresarial, excluyendo a los denominados tipees, que son los que se hacen con la información por cualquier otro tipo de relación, lo que resulta acertado.

3. El modo de actuar con la información se formula con los términos usar de forma directa o por persona interpuesta de la información o suministrarla a otros.

En la primera hipótesis el otro puede ser un coautor o un instrumento ciego, por lo tanto, impune. El tipo requiere que el uso alcance a la efectiva negociación, venta o adquisición de los valores a los que la información se refiere, pues sólo así puede producirse el beneficio o el perjuicio. Por esta razón quedará en mera infracción administrativa el mero preparar la información y su uso, conducta a la que se refiere en primer lugar el art. 81.1, a de la LMV.

En la segunda parece que el otro debe actuar en connivencia con el autor principal y por tanto responderá como coautor. El problema es si el término suministrar abarca las tres modalidades de conducta participativa que contempla el art. 81. 2, b y c de la LMV: a) comunicar la información a tercero para que adquiera o ceda valores, b) recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores, y c) hacer que otro los adquiera o ceda basándose en la información. Estimo que el término suministrar abarca las tres modalidades, lo que ocurre es que, frente a la formulación de la infracción administrativa, que es de resultado cortado, el tipo penal requiere el resultado de la compraventa de títulos, pues exige que se produzca un efecto de beneficio o de perjuicio.

4. El tipo requiere que del uso de la información derive un beneficio para el autor principal o para un tercero superior a setenta y cinco millones de ptas., (600.000 Euros) o que se cause un perjuicio de igual monto. Se trata aquí de una condición

objetiva de penalidad que pretende reservar para la intervención penal los casos más graves de abuso de información privilegiada. La exigencia de un beneficio o perjuicio por el importe indicado está seleccionando una gran operación individual o una acción de grupo especulador y por lo tanto un grave perjuicio a la transparencia y a la confianza en el mercado de valores. Por debajo de ese efecto financiero las conductas quedan en la esfera de la infracción administrativa de la LMV.

Más que nunca nos encontramos con una condición objetiva de penalidad que por lo tanto no tiene que ser abarcada por el dolo. El efecto financiero es ajeno a la voluntad y control del autor, hasta el punto de que el tipo renuncia a exigir en exclusiva el beneficio para el mismo, que puede ser nulo o incluso producirle pérdidas. Debe precisarse que la causación de perjuicio a que el tipo se refiere es la de los terceros, titulares de la sociedad cotizada o inversores nuevos.

5. El tipo subjetivo requiere tan sólo el dolo, habiendo prescindido con acierto de la exigencia del ánimo de lucro que contenía el Proyecto de 1992. Por tanto, requiere la conciencia de usar de una información reservada, relevante para la cotización de los valores, y de que incumple el deber de abstención que le corresponde, y la voluntad de usar dicha información en la adquisición o venta de valores, directamente o por persona interpuesta, o contando con otro a quien suministra la información.

Las penas previstas para el tipo básico son las de prisión de uno a cuatro años y la multa de tanto al triplo. Esto último es la única variación sufrida por el Proyecto en este delito, que preveía una multa de seis a doce meses, que era más acorde con la conducta típica, vinculada a un efecto financiero como el previsto, pues la multa proporcional viene lógicamente limitada a la hipótesis de beneficio.

El artículo siguiente contiene una agravación de la pena para los supuestos de concurrencia de elementos típicos accidentales, que la lleva a prisión de cuatro a seis años y a multa –no proporcional– de doce a veinticuatro meses. Los elementos típicos accidentales se refieren a cualidades del autor, a la dimensión del beneficio o a la dimensión del daño para el mercado: 1ª, la dedicación habitual a la negociación en el mercado de valores con información privilegiada, lo que constituye una mayor peligrosidad para el bien jurídico; 2ª, beneficio de notoria importancia, forzosamente mucho mayor de 75 millones; y 3ª, grave daño a los intereses generales, lo que tiene que referirse no a la cuantía del beneficio o del daño económico sino a los efectos sobre la estabilidad del mercado de valores o sobre la confianza en él.

A las penas mencionadas se añaden las comunes a los delitos del capítulo: publicación de la sentencia y potestativamente, las medidas previstas como consecuencias accesorias en el art. 129, con asistentes en clausura de la empresa, disolución o suspensión de la sociedad.

En las penas, pero no sólo aquí, se advierte la enojosa falta de coordinación entre lo penal y lo administrativo en el ámbito del derecho penal económico, que

lleva aquí a olvidar las suspensiones e inhabilitaciones profesionales previstas en el LMV que se vieron antes, cuyos efectos no se alcanzan por la pena accesoria de inhabilitación especial por el tiempo de la condena

Y ya para concluir esta visión apresurada del delito de *insider trading* en el Proyecto, en el marco de los delitos societarios, se me ocurre decir que parece como si a España no le fuere aplicable la ingeniosa metáfora de Marinesca²⁵ sobre el Derecho penal societario como un derecho de doble velocidad. Pero a la postre, sí creo que resulta aplicable en algún modo: el Derecho penal societario español ha alcanzado una elevada velocidad, pero el derecho penal del mercado de valores va a una velocidad realmente temeraria, tanto, que me parece la propia de otra metáfora, ésta de Roxin: la velocidad temeraria propia de una fuga al Derecho penal.

25 Marinucci; «Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuove e vecchi profili penalistici», en *Riv. Ital. Dir. e Proc. Penale*, 1988, p. 425.

LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1995

Sumario: 1. Actualidad del Derecho penal económico como problema de Política jurídica. 2. El Derecho penal económico en España. 3. Los delitos socio-económicos en el nuevo Código penal.

I. ACTUALIDAD DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO COMO PROBLEMA DE POLÍTICA JURÍDICA¹

La criminalidad económica en España ha sido hasta hace bien poco un problema meramente académico, pero en los últimos años los medios de comunicación suelen ocuparse con frecuencia de casos de delitos fiscales, de delitos cometidos por empresas y sus directivos e, incluso, comienza a no ser noticia el ingreso en prisión provisional de empresarios y hombres de negocios. Todo ello es expresión tanto de un incremento cuantitativo indudable de este tipo de delincuencia como de la conciencia de la dañosidad social de estas conductas, de nuevas valoraciones de los agentes sociales que presionan sobre la Justicia penal y el propio Legislador. De esta nueva sensibilidad de la sociedad son ejemplo las reacciones contra los atentados al medio ambiente derivados de actividades industriales o de empresa, el repudio de los fraudes fiscales de empresas y profesionales, o el rechazo de los casos de corrupción política de base económica, es decir, de las perversiones en la relación directa

1 En *Estudios sobre el Código Penal de 1995* (Parte Especial), Estudios de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

entre gestión política y mundo empresarial, núcleo de comportamiento que no por la presencia de agentes políticos debe excluirse de la criminalidad económica.

La criminalidad a que se hace referencia ha existido siempre, pero incluso en los supuestos en los que estaba prevista en leyes penales, los comportamientos se ubicaban francamente en el terreno de lo no rechazado moralmente o en un terreno libre de moralidad. Las dificultades para una intervención exitosa del Derecho penal, concebido como Derecho del *mínimum ético*, eran más que evidentes.

Durante algún tiempo se ha llegado a formular la tesis de que, frente a la regla general, la misión del Derecho penal en el terreno de los comportamientos irregulares en la vida económica era precisamente forjar ese *mínimo común ético*. No era así. Lo que ocurriría más bien era que la sensibilidad de los penalistas se había adelantado a la sensibilidad social general. Hoy creo que los niveles se han ajustado y la dañosidad social material de los delitos económicos se corresponde con la valoración moral negativa de los mismos por la comunidad.

Un último ejemplo de esa nueva valoración es el reclamo en pro de la lucha contra el fraude fiscal, que surge en todos los países como respuesta a las políticas de contención del déficit público por vía de la más cómoda restricción de gastos. No dudo en asegurar que en el momento económico europeo que vivimos el rechazo al fraude fiscal va a pasar a formar parte constituyente de la conciencia social. En tiempos de crisis la dañosidad social de los delitos económicos se capta más agudamente por los agentes sociales. Pero por si el ejemplo del fraude fiscal pudiera hacer pensar en que el desvalor ético de los delitos económicos es algo que crece sólo en los grupos sociales menos poderosos, voy a mencionar tipologías delictivas en las que su desvalor ético está protagonizado por personas de la misma posición social que la de los propios autores o delincuentes económicos.

El primer grupo de delitos es el de los relativos a la criminalidad en el ámbito de las sociedades mercantiles o Delitos Societarios². Si bien sigue siendo cierto que las fórmulas jurídicas del Derecho de Sociedades son fórmulas nacidas para la elusión de responsabilidad individual –como brillantemente expuso Galgano³– no es menos cierto que las reformas de la legislación europea de las Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, así como las propuestas de garantizar penalmente los derechos de los accionistas a la gestión leal del patrimonio societario, a la información veraz y a la participación, provienen de impulsos internos del mundo económico que encuentran en la Comunidad Europea mecanismos de expresión más racionales que en los propios Parlamentos nacionales.

2 Terradillos, J. *Delitos societarios*, Edit. Akalliuere. Madrid. 1987.

3 Galgano; *Las instituciones de la economía capitalista*, trad. de Manuel Broseta y Carmen Alborch, Valencia 1980, p. 91 y ss.

El segundo grupo de delitos indiciario de la nueva situación es el relativo a los abusos de información privilegiada o de insider trading en el mercado de valores⁴. El tranquilo panorama europeo de impunidad general de estas conductas, salvo el solitario ejemplo de Francia, se ha visto sorprendido por un huracán criminalizador impulsado por una Directiva de la Comunidad Europea en cuya génesis no se encuentran sindicatos de trabajadores o asociaciones contra la marginación, sino el núcleo del sistema financiero europeo. La rapidez entre la demanda político criminal desde el mundo de la economía y la respuesta legislativa, por ejemplo, en Suiza y en Italia, ha dejado en muy tercer lugar el ejemplo que hemos utilizado siempre como paradigma de la misma: la incorporación expresa a los Códigos penales del fraude de energía eléctrica en el pasado siglo, cuando la nueva «cosa», la energía, no parecía integrable en las cosas muebles a las que se referían los delitos de hurto.

Estos fenómenos, como ha indicado Sergio Seminara⁵, no creo que puedan ni deban presentarse como producto de una brusca irrupción de la moral en la economía. Se trata más bien de exigencias de racionalización de los comportamientos económicos derivados del propio sistema económico, de la economía de mercado madura que se abre paso en la Europa del mercado único, de la intervención estatal y comunitaria y de la garantía de determinados umbrales de competencia leal. Las exigencias de racionalización en la economía llaman al Derecho, y los postulados económicos y jurídicos construyen los imperativos morales en los colectivos sociales.

Pero además de todo lo anterior o, rectius, como parte cualificada de todo lo anterior, un nuevo factor contribuye de forma decidida a poner al Derecho penal económico en el primer plano de la actualidad político criminal de los países de Europa: Las necesidades materiales y político-jurídicas de la Comunidad Europea⁶.

La Comunidad opera en relación al derecho penal económico en tres sentidos: a) Como creadora de un Derecho penal-administrativo económico propio; b) Como factor generador de innovación legislativa en los ordenamientos de los Estados miembros, haciendo aparecer determinados delitos económicos; c) Como factor de garantía de la puesta en práctica de la legislación penal económica. Examinemos estas tres cuestiones:

a) Los artículos 172 y 235, entre otros, del Tratado de la Comunidad han conferido a la Comunidad la facultad de asegurar mediante sanciones, de naturaleza administrativa, el cumplimiento de las disposiciones legales propias en determinados ámbitos. El uso cada vez más amplio y sistemático de esta potestad normativa

4 Gómez Iniesta; *El abuso de información privilegiada en bolsa*, McGraw Hill, Madrid, en prensa.

5 Vid. Seminara, *Insider trading e Diritto Penale*, Milan 1989.

6 Vid. Grasso; prólogo a la edición española de *Comunidad europea y Derecho penal*, Cuenca, UCLM, 1993.

sancionadora ha llegado a constituir un Derecho penal-administrativo comunitario con amplias perspectivas de desarrollo y con vida propia que obliga a los citados miembros y a sus operadores jurídicos a discutir en un plano común y sobre unos instrumentos jurídicos comunes.

Los problemas e insuficiencias de ese Derecho sancionador propio y de los sistemas penales y administrativos nacionales complementarios han planteado una discusión que involucra a todos los Estados miembros en la construcción de un nuevo sistema penal y penal administrativo de protección de los intereses financieros de la Comunidad, que tiene y tendrá consecuencias legislativas relevantes⁷.

b) El artículo 5 del Tratado, en interpretación del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades, obliga a los Estados miembros a tomar todas las medidas generales y particulares para asegurar la ejecución de las obligaciones derivadas de las disposiciones de las Instituciones de la Comunidad, si bien pertenece a aquellos la elección de las medidas apropiadas, comprendiéndose en ello la elección del tipo de sanciones administrativas o penales (R. 2 de febrero de 1977).

Por su parte el propio Tratado de Maastricht incorpora en el artículo 209 un mandato de tutela penal de los intereses comunitarios: «Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones».

Esta obligación de tutela impuesta a los Estados miembros desde el artículo 5 del Tratado originario ha dado lugar a la creación en diversos Estado de nuevas figuras delictivas, resultando paradigmáticas la del fraude de subvenciones, adoptada en Alemania (1976), Portugal (1984) y España (1985) y la del abuso de información privilegiada (Francia), Suiza (1987), Italia (1991), Alemania (1994), España (desde el Proyecto de 1992). Todo ello representa una tendencia político jurídica que presiona sobre todos los Estados y, que puede concluir con la presencia en la generalidad de los países miembros de un sector de Derecho penal económico homogéneo en sanciones y en técnicas de incriminación y de aplicación.

Esta inquietud por el aseguramiento sancionador de las normas e intereses comunitarios se expresó en el Proyecto de Tratado de 1976, asumido como tal por

7 Nieto Martín, A., *Fraudes comunitarios (derecho penal económico europeo)*, Praxis, Barcelona, 1996.

el Parlamento Europeo en 1977, aunque su tramitación quedó entonces detenida⁸. Pero después de varios años de debate acerca del sistema a seguir, si el de la asimilación, el de ésta mas la armonización por vía de Directiva o incluso el de creación de un sistema penal o penal administrativo propio de la Comunidad, las cosas se han decidido por la vía del Convenio, y así el Consejo de la Unión el 26 de julio de 1995 adoptó el «Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas», publicado en el «DOCE» de 27 de noviembre de 1995, con la firma del Ministro español de Justicia e Interior bajo la Presidencia española.

El Convenio, que se fundamenta en la letra c del apartado 2 de su artículo K, resuelve la cuestión del método legislativo para la protección de los intereses financieros de la Comunidad –eludiendo la Directiva y las posibilidades que la misma abre al control del Parlamento Europeo, así como el control que sobre el cumplimiento de la misma tendría el Tribunal Superior de Justicia– mediante este instrumento cuya vigencia requiere la firma de todos los Estados miembros. El convenio establece definiciones comunes sobre las conductas lesivas en ingresos y gastos, reclama sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias que en los casos más graves, que establece en la frontera de los 50.000 Ecus, deben consistir en pena privativa de libertad que dé lugar a extradición, dispone la exigencia de una responsabilidad penal para los directivos de sociedades, incluso para los supuestos de infracción del deber de vigilancia, regula el enjuiciamiento de los nacionales cuando no proceda su extradición, suprime de la tradicional cláusula de exclusión de la misma las infracciones fiscales y aduaneras, regula el *ne bis in idem* y prevé un sistema de cooperación entre los Estados miembros para la lucha contra el fraude. El Convenio ya ha tenido consecuencias legislativas en España, en la redacción de los delitos contra la Hacienda pública, y se anuncia un Protocolo al Convenio para la equiparación de los funcionarios europeos y nacionales a efectos del delito de cohecho.

c) La Comunidad representa –por último– un factor de garantía de la puesta en práctica –vigencia real– de la legislación penal económica de los Estados miembros en tanto que estos vienen obligados a aplicarla en tutela de los intereses financieros de la Comunidad.

Este fenómeno se puso de manifiesto especialmente con la sentencia del TSJ en el «caso del maíz griego», de 21 de septiembre de 1989, en la que el reproche que se hizo al Estado Griego fue –entre otros aspectos– precisamente el de haberse abstenido de hacer aplicación de la legislación penal griega a conductas incursas en ella que lesionaban los intereses financieros de la Comunidad⁹.

⁸ Vid. Arroyo Zapatero, L., *Delitos contra la Hacienda pública en materia de subvenciones*, Madrid 1987, p. 43 y s

⁹ Vid. sobre la sentencia Tiedemann an, *EuZW* 1990, p. 99 y ss

Todo lo expuesto viene a significar que el desarrollo técnico y político legislativo del Derecho penal económico ha dejado de ser una preocupación meramente académica y de sociedades científicas para convertirse en una preocupación prioritaria de los legisladores penales de Europa y, principalmente, de los países de la Comunidad Europea.

II. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. EL DERECHO VIGENTE HASTA EL CÓDIGO DE 1995 Y LAS EXIGENCIAS DE TUTELA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El cuadro de delitos económicos vigente hasta la entrada en vigor del nuevo Código de 1995¹⁰ se ha venido constituyendo legislativamente de modo fragmentario y asistemático desde que en 1977 comenzare la reforma penal de la Democracia española. Las reformas parciales habidas contaron desde 1980 con un modelo técnico plasmado en el Proyecto de Código penal de aquella fecha y desde 1983 por el Anteproyecto que modificó a aquél.

A lo largo de este tiempo se han producido las siguientes novedades legislativas en el catálogo de los delitos: Creación en el Código penal del delito fiscal en 1977, reformado y ampliado con los delitos contables y de fraude de subvenciones en 1985 y en el propio 1995; delitos de control de cambios o monetarios en 1979, reformados en 1983; delitos de contrabando en 1982. Por su parte, la amplia reforma parcial del Código de 1983 incorporó a la parte general una cláusula para los supuestos de actuación en nombre de otro (art. 15 bis) y para el delito continuado (art. 69 bis).

Todo ello se fue incorporando a un ordenamiento que contenía ya otros delitos relativos al orden socio económico como las insolvencias punibles (arts. 519 y ss.) los delitos contra la seguridad y la libertad en el trabajo (499 bis), las infracciones de la propiedad industrial y revelación de secretos de esta clase (arts. 280, 281, 534 y 499 *respec.*), los fraudes alimentarios (como delito contra la salud pública, art. 346), y las maquinaciones para alterar el precio de las cosas (arts. 539 a 541).

Todo el catálogo de delitos mencionados no es producto del azar, sino que responden a un sentido profundo no siempre explícito. En realidad el sistema penal de un país en un momento dado «tiende» a corresponderse con la imagen y necesidades del hombre y de la sociedad de su tiempo¹¹, cuya plasmación jurídica

10 Para la evolución y el Derecho vigente de los delitos económicos me remito a un conocido trabajo de Barbero Santos, «Los delitos económicos en la legislación española», en *RFDUC*, 1987, p. 99 y ss. y a Bajo Fernandez, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, que recoge todo el material legislativo vigente en esa fecha.

11 Vid. mi *Manual de Derecho penal del trabajo*, Barcelona 1988, p. 4 y ss

fundamental suele encontrarse, y este es el caso de España, en la propia Constitución. Esta consagra lo que la teoría política denominó Estado social y democrático de Derecho, y a éste corresponde un determinado catálogo de bienes jurídicos que ha de construirse como adición –en algunos casos por supresión– al de los bienes jurídicos tradicionales. En síntesis, puede formularse así: El Derecho penal ha de proteger al individuo en sus posiciones concretas en la vida social y, a su vez, ha de proteger la esencia del sistema económico.

Proteger al individuo en sus posiciones concretas en el orden socioeconómico quiere decir, más allá de la tutela penal tradicional, proteger al hombre como trabajador, como consumidor y en su medio ambiente, de lo que se deriva la incorporación al catálogo de delitos de la Parte Especial, o la consolidación en el mismo, de los delitos contra los derechos de los trabajadores, los delitos contra los consumidores y los delitos contra el medio ambiente.

Proteger la esencia del sistema económico quiere decir asegurar el cumplimiento de los fines que la Constitución atribuye al Estado en el orden socioeconómico: que la libertad económica no impida la libertad real de las personas y los grupos y los procesos de igualdad y de participación. A tal fin la Constitución consagra al Estado como un poder financiero, de recaudación y aplicación de recursos, y por otra parte le confiere las facultades para establecer un marco jurídico para la actuación de los poderes económicos. El mercado en el orden constitucional es un mercado normativizado, en el que las normas estatales regulan aspectos esenciales de la actuación de los agentes económicos, sin lo cual el Estado abdicaría de sus deberes de garantía de los derechos e intereses sociales, incluidos los de los propios agentes económicos.

En síntesis, el Derecho penal está llamado hoy a garantizar: a) la capacidad de intervención financiera del Estado frente a la disminución fraudulenta de sus ingresos fiscales y de seguridad social y frente a la obtención y disfrute fraudulento de sus subvenciones y prestaciones; b) los bienes y derechos específicos de la participación de los individuos como agentes en la vida económica; c) las reglas de comportamiento de los agentes económicos en el mercado, establecidas por las disposiciones legales en materia mercantil, administrativo-económica, financiera, laboral, etc.; d) la legalidad material de las sociedades mercantiles en interés de los socios y de los terceros. De todo ello puede formularse un cuadro sistemático de bienes jurídicos y sus correlativas figuras delictivas que sirven a su tutela:

A/ Protección de los intereses fundamentales de la persona en el orden socioeconómico: a) Protección de los derechos laborales: Derechos patrimoniales: art. 499 bis. Seguridad en el trabajo: art. 348 bis. Libertad sindical: art. 177 bis. b) Protección de los derechos de los consumidores: c) Protección del medio ambiente: Delito ecológico: art. 347 bis.

B/ Protección de los elementos esenciales del orden económico constitucional:
a) Garantía de la capacidad de intervención financiera del Estado frente a: aa) Fraude fiscal: Delito fiscal: art. 349. Delito de fraude en las subvenciones: art. 350. Delito contable: art. 350 bis. Delitos de Contrabando: L.O. 7/1982 bb) Fraude a la Seguridad Social: Delitos de apropiación de cuotas de SS: art 535, discutido.

Delitos de elusión de pago de cuotas de la SS. Delitos de fraude en las prestaciones. b) Garantía de los bienes y derechos específicos de la participación de los agentes en la vida económica: Delitos de obtención fraudulenta de crédito. Delitos de insolvencia fraudulenta: art. 519 ss. Delitos de revelación de secretos empresariales: art 497 y ss. Delitos contra la propiedad industrial: art. 534. c) Garantía de las reglas de comportamiento económico en el mercado: Delitos monetarios: L. 40/1979, L.O. 10/1983. Delitos contra la libre competencia y de competencia desleal: muy parcialmente art 539 y ss. Alteración de precios y prácticas restrictivas. Cláusulas abusivas en la contratación por posición de dominio en el mercado. Delitos de publicidad engañosa. Alteración de precios mediante noticias falsas: art. 540 y ss. Detracción del mercado de bienes de primera necesidad. Abuso de información privilegiada en Bolsa. d) Garantías de legalidad material en el funcionamiento de las sociedades mercantiles en tutela de los socios y de terceros: Delitos societarios.

De todo el catálogo de bienes jurídicos y de los delitos que en la experiencia del Derecho comparado correlativamente les protegen, carecían de presencia en nuestra legislación penal los señalados con asterisco. Puede comprobarse, pues, que restaba una ingente tarea legislativa, no del todo acabada con el nuevo Código, que, además, no debe agotarse en la creación de los tipos penales, sino que debe conjugarse con la regulación sustantiva mercantil o administrativo-económica, con el sistema sancionador administrativo y con las exigencias del proceso penal.

Una reforma ambiciosa y completa de los delitos económicos se había venido dejando para un Código de nueva planta, tal y como tenía previsto desde el Proyecto de 1980, en el que se incluían 58 artículos en un título sobre delitos «contra el orden socio-económico». La presencia en el Proyecto de tan ambicioso programa, que suscitó gran oposición en los sectores económicos, fue una de las principales razones para que el mismo no se convirtiera en un nuevo Código penal¹². La cuestión se ha resuelto con la aprobación del nuevo Código por la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre.

12 Cfr. García Valdes, «El Título VIII del Proyecto de Código penal de 1980: Notas sobre una imposible reforma», en *Rev. Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1989, nº 9, p. 307 y ss

III. LOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS EN EL NUEVO CÓDIGO DE 1995

El nuevo Código se hace eco en general y en los delitos económicos en particular del rico debate doctrinal sobre los textos de 1980 y 1983¹³.

1. La primera de las novedades es el destinar un título común para los delitos «contra el patrimonio y contra el orden socio-económico» (el XIII), los arts. 234 a 269 a los primeros y los arts. 270 a 304 a los segundos, reservando título aparte a los «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», arts. 305 a 318, a los «Delitos contra los derechos de los trabajadores», arts. 311 a 318, y a los «Delitos relativos a la ordenación del territorio y a protección del patrimonio histórico y del medio ambiente a la protección de los recursos naturales y de la vida silvestre», arts. 319 a 340.

La reunión de delitos patrimoniales y socio-económicos en un mismo título se dispuso ya en el Proyecto de 1992 y su Exposición de Motivos, que no la actual, lo fundamentó en que «la existencia de una importante zona intermedia o común entre ambos grupos, y la conveniencia técnica de evitar repeticiones de figuras, se unen a la convicción de que la teórica distinción entre lo individualista (patrimonial) y lo comunitario (económico), no es sostenible sin enormes reservas». El título único seguía indicando la Exposición de Motivos –no genera problemas de interpretación o aplicación. Efectivamente, tales problemas se manifestaban en los Proyectos de 1980 y 1983 como consecuencia de no pocos casos de reproducciones más o menos cualificadas y, en ocasiones, determinantes de absurdos y no queridos privilegios para el delincuente económico respecto del patrimonial¹⁴.

Así, entre los delitos patrimoniales tradicionales incluye los relativos a las insolvencias (art. 257 y ss.), que se amplían y mejoran considerablemente, suprimiendo la prejudicialidad civil, aunque no se incrimina su comisión imprudente, los relativos a los fraudes en subastas públicas (art. 262) y los fraudes informáticos, que se incorporan a las estafas (art. 248). Se suprime tanto la usura tradicional como el proyectado delito de los préstamos y negocios abusivos. Los delitos «más genuinamente económicos» se organizan en cinco capítulos: delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 270 a 288); el delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social (art. 289); delitos societarios (art. 290 a 297) y delitos de receptación y blanqueo de dinero. A ellos se añaden en títulos autónomos, como se ha dicho, los delitos contra la Hacienda pública, contra los trabajadores, y contra la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente.

13 Una completa bibliografía sobre ese debate hasta 1987 puede verse en Mestre/Valmaña, «Observaciones y críticas formuladas por la doctrina penal española a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983», en *Documentación Jurídica*, n° monográfico, 54, 1987.

14 Así lo hizo ver Muñoz Conde, «La ideología de los delitos contra el orden socio económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal» en *C P Crim*, n° 16, 1982, p. 107 y ss.

2. Frente a Proyectos anteriores, el nuevo Código abandona los tipos de peligro abstracto en favor de los de peligro concreto, y algunos de esta clase los transforma en delitos de daño patrimonial, lo que resulta más adecuado al principio de dañosidad social y de intervención mínima.

3. En cumplimiento del principio constitucional de determinación de los tipos penales, algunos preceptos tradicionalmente «en blanco» pasan a definir el núcleo de la conducta típica, relegando la norma complementaria a la función de definir los contornos de la materia de prohibición, p. ej., en los delitos contra la propiedad industrial, el vigente art. 534 frente al nuevo 273 y ss.

4. En cuanto a las penas, el nuevo Código incorpora al catálogo previsto en los proyectos anteriores la accesoria de publicación de la sentencia en periódicos oficiales u otros medios de comunicación para los delitos relativos al mercado y a los consumidores, art. 287.

De modo negativo debe señalarse la no previsión en el nuevo Código de la consecuencia accesoria de privación de beneficios ilícitamente obtenidos por las personas jurídicas «incursas» en responsabilidad criminal, contenida en el Anteproyecto de 1983 y que no se resuelve con los preceptos previstos para las consecuencias accesorias del art. 127 y ss.

Tampoco resulta adecuado que se haya omitido una cláusula general para regular la práctica aplicación del «ne bis in idem», de especial transcendencia para las infracciones socioeconómicas.

5. En su conjunto las previsiones del Código de 1995 para los delitos económicos representan una sustancial mejora sobre los proyectos anteriores, aún cuando se requiere todavía un examen crítico colectivo de cada grupo de figuras.

DERECHO Y RIESGO

I

El concepto de riesgo¹ y la idea y la formulación del Derecho son conceptos históricos, que comienzan por no existir o, si existen, lo hacen en forma que poco tiene que ver con su actual concepción social. En el mundo antiguo el problema de los riesgos derivados de la decisión de actuar de los hombres no era un problema captado por lo jurídico, sino perteneciente al mundo de lo religioso o, más propiamente, de la adivinación. Las decisiones individuales o colectivas para actuar se sometían a un juicio de augurios que resolvía el problema de la asunción del riesgo y, por tanto, hacía culturalmente innecesario un juicio de evaluación objetiva del riesgo y, por lo tanto, de la prevención.

El pensamiento mágico no es exclusivo de la Antigüedad, aunque en ella fuere dominante, sino que pervive en sus manifestaciones hasta bien asentada la Ilustración. Hasta entonces el Providencialismo dominó frente a la idea de prevención. El encomendarse a Dios, con el alma limpia, fue principio rector de las decisiones arriesgadas de los hombres comunes y de los Reyes, hasta extremos sorprendentes para la mentalidad actual. Pueden Uds. comprobarlo, por ejemplo, en la lectura del magnífico libro del hispanista inglés Elliot, sobre la España de Felipe IV y el Conde Duque de Olivares, lectura recomendable, además, pues se encuentran allí claves

1 En *Revista Injuria* (Revista de Responsabilidad Civil y Seguro) Vol. 8, Centro de Estudios del Seguro SA, Octubre-Diciembre 1995, pp. 57-68. Y con especial consideración sobre los riesgos laborales en III Encuentro Euroamericano: Riesgo y Trabajo. Diálogo en Salamanca sobre Experiencias y Futuro. Universidad de Salamanca y Fundación Mapfre, 13, noviembre, 1995.

de interpretación de los problemas de la España del presente. El éxito, es decir, la superación del riesgo de las empresas reales se hacía depender, más que de las fuerzas de la naturaleza o del actuar previsor del Monarca, del favor divino y de la moralidad –poco elevada, al parecer– del propio Rey.

El valor del Renacimiento estriba –más que en las manifestaciones artísticas y literarias con lo que usualmente lo identificamos– en la aparición por vez primera de una conciencia del hombre sobre sí mismo, en la que deja de ser un mero objeto de la naturaleza, cuyo destino está plenamente dominado por la naturaleza misma y la Providencia, para ser un «sujeto», protagonista de la acción social, transformador y dominador de la propia naturaleza. Galileo en el ámbito de la ciencia y la técnica y Maquiavelo en el de la política pueden contarse como los más cualificados exponentes de lo que algunos llamarían el nacimiento del «pecado de orgullo», en el que tiene su origen el hombre moderno. Sólo quien es consciente de su autonomía sobre la naturaleza está en condiciones de observar los riesgos como un problema a evitar mediante la acción previsor. Sólo una sociedad de sujetos autónomos puede generar normas jurídicas para orientar a los hombres a afrontar los riesgos mediante pautas determinadas de comportamiento.

Sin embargo, para que el problema de los riesgos y su contemplación por el Derecho alcance categoría propia es necesario esperar a que los hombres desarrollen los conocimientos técnicos hasta el grado de intervenir en la naturaleza generando riesgos colectivos, riesgos de masas. Ese momento es el del maquinismo y la industrialización. Hasta entonces toda generación de riesgos por el actuar de los hombres, productores de daño efectivo para otros, tenía la dimensión y la consideración de actos y daños individuales, solubles en el marco jurídico romanístico del principio *neminem laedere*. La causación de daños se resolvía en un juicio de indemnización. El Derecho prohibía a los hombres causar daño a otro y quien con su culpable actuar lo produce debe indemnizarlo. Así abordan el problema los primeros Códigos y Legislaciones civiles desde principios del siglo XIX.

Pero el siglo XIX es el siglo de la industrialización, de la entronización de la máquina como portadora de la idea del progreso, y la industrialización comporta también una revolución en los riesgos. Del problema de los daños persona a persona se pasa al daño persona-empresario a personas-trabajadores. Y aparece el concepto de riesgo, de acción individual colectivamente arriesgada o portadora de riesgos colectivos identificada con la máquina, con la industria. Por vez primera y de modo general el hombre con sus conocimientos técnicos acumulados es capaz de dominar o, al menos, emular las fuerzas naturales y, como éstas, las máquinas son portadoras de procesos mecánicos, causales, que en su desarrollo no resultan dominables y causan daños, por encima de todo los que se denominaron «accidentes» de trabajo.

La irrupción de la maquinaria portadora de procesos de riesgo de nuevo tipo va a producir fenómenos novedosos en el Derecho y en la cultura jurídica. En primer lugar, en los ordenamientos romanísticos, conocedores del principio de responsabilidad por culpa se va a producir un intento de desvincular los daños derivados de la industrialización para la vida y salud de las personas —de los trabajadores— del ámbito de la responsabilidad por imprudencia, atribuyendo la responsabilidad de dichos daños al proceso de industrialización, liberando al empresario de la responsabilidad civil individual, configurando ideológicamente los daños laborales como «accidentes», y objetivando la responsabilidad e imputando la reparación del daño a sistemas colectivos públicos o privados de tipo aseguratorio. Nuestra Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 es paradigmática de este proceso. En los países germánicos el problema era otro. Su tradición comportaba una responsabilidad individual objetiva por daños, lo que hacía responder al empresario de todos los daños derivados de los procesos de riesgo puestos en marcha por él. Por ello, y como respuesta específica al problema de los riesgos del ferrocarril, la innovación que va a producir el Código Civil en la legislación alemana es la introducción del principio de culpabilidad en la responsabilidad por el daño, como factor de liberación de la responsabilidad por todos los daños y de limitación a los daños culpables.

En suma, los fenómenos jurídicos que se producen como consecuencia de la introducción en la vida social de ingentes y novedosos procesos de riesgo derivados de la industrialización son, por una parte, la limitación de la responsabilidad individual-empresarial al «riesgo culpable» y la socialización de los riesgos en general a través de institutos aseguratorios públicos o semi-públicos. Todo ello comporta profundas novedades en la cultura jurídica, en particular el desarrollo sistemático del concepto de delito imprudente y de las normas de cuidado que han de regir el actuar arriesgado, normas de cuidado que se elaboran fuera del Derecho penal, en lo que en España llamamos Derecho de la Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Se conocen algunos fenómenos de resistencia a este proceso: los jueces del *Common Law*, ligados a viejos principios del Derecho Romano del *neminem laedere* y sin leyes que les encauzaren en «lo moderno», condenaron a los primeros automovilistas que causaron las primeras víctimas, con el argumento de que quien es creador del riesgo para la vida debe responder exhaustivamente del uso del factor de riesgo sin daño. Seguramente ellos mismos fueron atropellados.

La consecuencia de todo lo anterior es la asimilación social del riesgo de la industrialización, su elaboración jurídico-política en un sistema normativo de seguridad y en un sistema normativo de prevención y control planificado de los riesgos derivados de los procesos técnicos, que incluye instancias técnicas, instan-

cias político-administrativas e instancias de participación de los objetos del riesgo, que con un proceso largo, preñado por los conflictos sociales y por las respuestas políticas ha conformado los actuales sistemas de salud laboral.

Pero el riesgo para la vida y la seguridad derivado de la industrialización no fue sino el primero de los grandes procesos de riesgo que habría de insertarse en la vida cotidiana de los hombres y del Derecho de la sociedad moderna. A él se han añadido tres grandes factores de riesgo: el del tráfico automovilístico, el de la energía nuclear, y el derivado de la aplicación masiva e intensiva de la química y la biología industrial en su proyección sobre el medio ambiente. A ellos se añaden no pocos: las drogas, el Sida, los factores cancerígenos, etcétera.

Estos factores han conformado materialmente a las sociedades postindustriales como sociedades de riesgo, sociedades en las que el sometimiento al riesgo no es la excepción, sino la regla general de la vida cotidiana. Esta sociedad de riesgos plantea cuatro tipos de problemas como respuesta: a) el problema sociológico de interiorización y aceptación social del proceso de riesgo, b) el problema político del manejo de la conciencia del riesgo por parte de los ciudadanos c) el problema económico del costo de los daños y el costo de los productos y d) el problema jurídico del tratamiento normativo del control de las fuentes de riesgo y de la determinación de las consecuencias de la realización del riesgo en lesión.

a) Una buena parte de los procesos de riesgo de la vida moderna ha sido interiorizada y asumida colectivamente, en unos casos como consecuencia de la «instalación» de sistemas complejos de prevención e indemnización, como el de los riesgos para la vida y la salud laboral; en otros, por resultar el interés individual en asumir el riesgo masivamente superior al de eliminación del mismo, como es el caso del riesgo del tráfico automovilístico. Pero hay procesos de riesgo no asumidos y rechazados total o parcialmente, con o sin conflictos significativos. Valga como ejemplo el de la energía nuclear, con sus dos elementos, el de las fuentes de energía y la correlativa cuestión de la instalación de sus plantas y el de los residuos radioactivos y sus «vertederos». Lo mismo vale para los procesos químicos y biológicos relativos al medio ambiente.

Lo que parece distinguir la conciencia social entre unos procesos y otros a la hora de asumir unos u otros riesgos es la circunstancia de que unos procesos parecen técnicamente controlables y otros no. Los procesos técnicos tradicionales aparecen como procesos dirigibles por medio de la dosificación de los recursos y, en consecuencia, interrumpibles si sus efectos no se requieren o no se desean. El ejemplo más claro es el de la energía eléctrica. Su uso es arriesgado, pero basta con interrumpir su suministro para controlar el riesgo. Lo mismo vale para una cadena de montaje. Bien al contrario, los procesos de alta tecnología, como los relativos a la energía nuclear u otros procesos químicos, aparecen como procesos que pueden

sufrir perturbaciones no controlables por quien los pone en marcha y con efectos catastróficos. Y lo que es peor, se han dado manifestaciones tan catastróficas de la no controlabilidad absoluta de estos procesos de riesgo que de nada sirve lo que sirvió hasta ahora para generar resignación, para los accidentes de trabajo y otros riesgos: la añeja verdad de que nada sobre la tierra es perfecto, de que cualquier proceso puede salirse del curso previsto, pero que el progreso exige la asunción de ese riesgo marginal.

La sociología del riesgo y del manejo social de los riesgos es un campo de futuro para la Sociología y una necesidad existencial para cualquier agente económico que pretenda intervenir en la vida económica con producciones o servicios afectados por riesgos. Para ello me permito remitir a la monografía de Niklas Luhmann; *Sociología del Riesgo*, de 1991, así como la Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo* de 1986.

b) Precisamente como consecuencia de las distintas y encontradas percepciones sociales de los riesgos, el manejo de procesos de riesgo se convierte en un problema político. Los grupos sociales se dirigen a los grupos políticos en demanda de encauzamiento o de prohibición de los riesgos. La sociedad percibe riesgos en todas partes: ante una planta de energía nuclear, ante un almacén de residuos, ante los cambios climáticos, ante la instalación de un centro penitenciario, de un campo de tiro, etc. Todo ello se envuelve hoy bajo el manto protector del gran lema de nuestro tiempo: el medio ambiente.

Ante todos estos fenómenos la sociedad reacciona cada vez más enérgicamente frente a los políticos y la gran tarea de éstos es responder mediante alternativas reguladoras que, sin impedir el progreso, neutralicen riesgos graves o difíciles de controlar y las propias resistencias sociales a los mismos. Pero esta gran tarea tiene también sus riesgos y así frente a la alternativa de la solución correcta caben otras dos: a') la rendición incondicional, de la que puede ser ejemplo la moratoria nuclear española, que renuncia a nuevas instalaciones adquiriendo a Francia la energía que allí se produce sin problemas en las plantas nucleares, y b') la adopción de medidas legislativas simbólicas, aceptando los procesos de riesgo, más o menos normativizados, pero añadiendo medidas que producen una cierta sensación de protección a la sociedad y que conducen a ésta a la asunción de riesgo. La medida legislativa simbólica por excelencia es el recurso al Derecho Penal: se castiga con graves penas el incumplimiento del sistema normativo de seguridad frente al riesgo. Así se ha operado en toda Europa con la protección del medio ambiente.

Se dice que la medida legislativa penal es simbólica porque ofrece una protección que es más aparente que efectiva, más psicológica que práctica. Se trata en no pocos casos de una mera coartada. Pero el problema radica en que las coartadas generan también sus propios riesgos. Así, en unos casos la norma reguladora del proceso de riesgo no resulta aplicable, por incompleta o por excesiva. Por lo común,

por comportar tal grado de intervención administrativa que convierte a la actividad en actividad de imposible realización. Ante lo cual, la fuerza de la vida suele llevar consigo el desprecio por el Derecho, si no es que el Derecho previamente no ha renunciado a su aplicación, por lo general al no crearse las pertinentes instancias administrativas de gestión y control. Alguna de las modernas manifestaciones legislativas del Derecho Penal tienen que ver con estas respuestas políticas del legislador ante las reacciones sociales frente a los riesgos, como veremos más adelante.

c) La consideración económica de los fenómenos de riesgo es susceptible de diversos enfoques, como, por ejemplo, los costos privados y públicos de los sistemas de seguridad, los costos del daño efectivo y su indemnización, los costos del aseguramiento de los riesgos, etc. Pero lo único que deseo mencionar aquí es un fenómeno que ha sido advertido recientemente, en particular en el ámbito de la responsabilidad civil por los productos defectuosos.

La responsabilidad civil por los productos defectuosos es un espacio de la responsabilidad por daños impulsado originariamente sobre todo en los Estados Unidos y más que por efectos legislativos, por vía de las decisiones jurisprudenciales. Pues bien, desde los años 70 se ha producido una extensión desmesurada de este tipo de responsabilidad, hasta el punto de desaparecer en la práctica el límite de la culpa del usuario del producto. Las razones de esta progresiva extensión son de tipo socio-político, inspiradas en lo que hoy conocemos como protección de los consumidores y en la pretendida hipótesis de que una exigencia de responsabilidad civil más gravosa redundaría en un incremento de las medidas de seguridad y prevención en la elaboración de los productos.

Pues bien, el catedrático de la Universidad de Yale, George L. Priest, en un excelente trabajo de síntesis publicado en el *Journal of Economic Perspectives* de 1991 ha puesto de manifiesto que este proceso de progresiva extensión de la responsabilidad por el producto ha conducido, en primer lugar, a una espectacular tensión financiera en el sistema de aseguramiento, encareciendo los costos del seguro y de sus primas, en segundo lugar, a una repercusión de ese exponencial crecimiento del coste de los aseguramientos sobre los propios consumidores por vía del incremento desmedido del precio del producto, y en tercer y último lugar todo ello no se ha plasmado en una reducción de la epidemiología de los daños. Es más, se advierte como si el sistema de sobreaseguramiento hubiese dado lugar a un fenómeno de relajamiento en la prevención y en las medidas de seguridad de la elaboración y en el uso de los productos.

En efecto, los fabricantes, ante la hipótesis de tener que responder, aunque se esfuercen al máximo en la seguridad y verse obligados a asegurarse ante ello, se conforman con los umbrales de seguridad alcanzados, cuya superación resulta posiblemente más cara que el precio del aseguramiento. A su vez, los usuarios, ante

la seguridad de la cobertura de los daños, relajan su propia diligencia en autoprotección. Por su parte, en los supuestos en los que el aseguramiento corresponde al usuario, como ocurre en el automóvil, cuando como consecuencia de la ampliación de la responsabilidad por daños se incrementan desmesuradamente las primas del aseguramiento, se produce un fenómeno de abandono del seguro que puede alcanzar dimensiones epidémicas, como puede estar ocurriendo entre nosotros con el seguro del automóvil, cuando se estima en un millón y medio los vehículos que circulan sin seguro alguno.

La reflexión sobre todo lo expuesto ha dado lugar recientemente en los Estados Unidos a una reforma en sentido restrictivo de la responsabilidad por el producto, de cuyo sentido estimo que ha tomado cuenta la Directiva europea (85/374/C.E.E.) de 1985 y, particularmente, la Ley española de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos de 6 de julio de 1994, que incluso restringe excesos tutelares de la Ley de protección de los consumidores de 1984 y la propia Ley del Seguro.

Con esta referencia a los efectos económicos de la moderna relación entre reparación del daño, aseguramiento del riesgo y normativa jurídica quiero poner de relieve que una regulación inadecuada tiene efectos perversos en orden a la pretendida protección jurídica frente al riesgo, lo que debe ser muy tomado en cuenta por el legislador. Aún más, estos efectos perversos de la reacción del Derecho ante el riesgo no se manifiestan sólo en la relación entre particulares, o entre empresarios y particulares, sino en la relación entre los particulares y la Administración y en las innovaciones jurídicas –legislativas y jurisprudenciales– en materia de responsabilidad de la Administración por sus acciones o por sus competencias *in vigilando*, en lo que se corre el riesgo de dirigir pretensiones indemnizatorias a la Administración con fundamento en el Estado Social que pueden poner en crisis financiera al Estado Social mismo o provocar retraimientos indeseables en el ejercicio de competencias administrativas. Como ejemplo puede servir el proceso judicial conocido como «*Colza II*», en el que se pretende hacer responder penalmente a funcionarios con la finalidad de obtener un título indemnizatorio frente a la Administración, de dimensiones cuantitativas incalculables.

II

Abordaré en lo que sigue el último de los problemas que he señalado que se plantea en la relación entre riesgo y Derecho en la sociedad industrial: el problema jurídico del tratamiento normativo del control de las fuentes de riesgo y de la determinación de las consecuencias de la realización del riesgo en lesión, y, naturalmente, en la esfera exclusivamente penal, que es la de mi especialidad. Para lo demás valgan las referencias jurídicas anteriores.

Pretendo ofrecerles una panorámica de lo que ha supuesto para el Derecho penal el desarrollo de los riesgos derivados de la industrialización primero y de la revolución tecnológica del presente siglo. Así, podría señalar los siguientes fenómenos: a) La creación legislativa de delitos de riesgo o peligro, es decir la incriminación de conductas creadoras de riesgo, sin esperar a la producción efectiva de lesiones o muerte; b) La aparición por obra de la ley y de la interpretación de bienes jurídicos colectivos nucleados en torno a la idea de seguridad: la seguridad en el tráfico, la seguridad en el trabajo, etc. y c) La «modernización» de los presupuestos materiales y subjetivos de la responsabilidad por el hecho, superando el causalismo mecanicista mediante sistemas de atribución normativa de la responsabilidad –lo que se llama hoy imputación objetiva– y, vinculado a ello, el desarrollo dogmático jurídico de la responsabilidad por delito imprudente, de acción y omisión.

Los nuevos fenómenos operan sobre una realidad jurídica, legislativa y jurisprudencial, propia del sistema social y económico del siglo XIX, obra del liberalismo y de la industrialización, caracterizada –en lo que aquí nos interesa– por dos notas: el causalismo mecanicista en la comprensión de la naturaleza y del actuar humano y el individualismo en la concepción de los fines del Derecho Penal y, en consecuencia, de los bienes o intereses jurídicamente protegibles. Nos referiremos a todo ello al abordar cada uno de los tres fenómenos que he enunciado.

a) El liberalismo decimonónico rechazaba el castigo penal sin lesión efectiva de la vida o la integridad corporal y de los demás bienes jurídicos. La conducta humana previa al daño efectivo sólo se castigaba si venía dominada por el propósito de causar el daño, como tentativa o frustración de delito doloso. La creación imprudente del peligro de lesión solía quedar fuera del Derecho penal y del Derecho en general. Poco a poco, ante la experiencia de la gravedad de los daños que producen, entre otros, los procesos técnicos y mecánicos modernos, se hace sitio la idea de prevención de la integridad de los bienes jurídicos y la conveniencia de adelantar el momento del castigo penal, sin esperar el daño, al de la acción arriesgada, creadora de peligro, y contraria a las normas de manejo de riesgos, es decir, a las normas de cuidado y prevención.

Los primeros ejemplos de esta política son los delitos relativos a la producción y venta de medicamentos, sustancias nocivas a la salud, y alimentos, que constituyen el núcleo originario de los delitos contra la salud pública. El segundo gran impulso de la creación legislativa de delitos de peligro es consecuencia del tráfico automovilístico: los delitos contra la seguridad del tráfico, en los que se castiga el mero conducir arriesgado contrario a las normas de circulación. A partir de los años 50 esta política de incriminación de la creación antijurídica de los riesgos se amplía considerablemente, si bien típicamente, a grupos homogéneos de casos.

Sólo el Código Penal suizo llegó a incorporar un delito de creación de peligro general para la vida, a lo que se ha sumado el nuevo Código penal francés de 1993. Los demás ordenamientos avanzaron casuísticamente.

El fenómeno de los delitos de peligro dio lugar a uno de los primeros debates sobre los límites del Derecho Penal en el Estado de Derecho –al margen de las discusiones sobre el Derecho penal político– debate que coincide en parte con el de la distinción entre delito e infracción administrativa, en el cual la tesis «progresista» era la de que en el seno del Derecho penal debía quedar como máximo las conductas arriesgadas que comporten peligro concreto de lesión y no conductas cuya peligrosidad es puramente conceptual o abstracta, que debería quedar en la esfera del ilícito administrativo. La tendencia dominante ha seguido siendo en los últimos 50 años la ampliación progresiva del número de delitos de peligro. Y por esta nota se caracteriza la Reforma del Código de 1983 de la que es exponente el Delito contra la seguridad en el trabajo, del art. 348 bis a. o los previstos en el artículo siguiente, 348 bis b, relativo a la fabricación, transporte o almacenamiento de sustancias inflamables, radioactivas, tóxicas, etc., tendencia que mantiene el nuevo Código Penal de 1995, si bien dentro de la línea de exigir peligro concreto y grave.

b) El proceso anterior y el debate que le sucedió ha dado lugar a un desplazamiento en las ideas y en la política legislativa: en numerosos casos de delitos de peligro no se trata tanto de incriminación anticipada de la lesión del bien jurídico, sino de la protección de bienes jurídicos nuevos y distintos a los individuales y tradicionales de la vida y la integridad corporal. Así, los delitos de conductas peligrosas en el tráfico automovilístico no son figuras destinadas prioritariamente a tutelar la vida y la integridad corporal, sino la propia seguridad del tráfico. Lo mismo debe decirse de los delitos contra la seguridad en el trabajo respecto de la integridad corporal y la vida de los trabajadores.

La configuración de estos intereses como bienes jurídicos colectivos propios y distintos de los individuales tradicionales tiene consecuencias relevantes, más allá de lo que en la tesis anterior se denominaba adelantamiento de la barrera de protección al momento anterior a la lesión o daño, p. ej., en la pena a imponer si además de la situación peligrosa contraria a la seguridad ésta se materializa en lesión. En este caso no se trata de que la pena del delito de lesión absorba y sustituya a la pena del delito de peligro, sino que ambos delitos se dan por realizados y la pena que procede es la suma de ambas o la pena agravada propia del concurso ideal, todo lo cual conduce a una punición en no pocos casos desproporcionada.

c) El presupuesto de la atribución jurídica de un hecho a su autor ha sido siempre la existencia de un nexo causal entre su acción y el resultado de lesión del bien jurídico. Esta relación de causalidad ha reinado durante decenios como principio básico –y con tendencia autosuficiente– de la imputación penal. La afirmación de la exis-

tencia de una causalidad física o mecánica entre el hecho y el autor no sólo ligaba a uno y otro materialmente, sino que tendía a hacer ya por ello al autor responsable jurídico penalmente del mismo. Esta concepción causalista y mecanicista de las cosas caía en el campo abonado del medieval pensamiento del *versari in re illicita*.

Pero si lo insatisfactorio de este criterio de imputación se puso de relieve ya en un principio en los delitos dolosos de acción y resultado (vg.: homicidio y lesiones dolosas) en los primeros decenios del siglo el criterio hizo profunda crisis en los delitos imprudentes de resultado y, tanto en los delitos de acción como en los de omisión. Las razones de esta crisis estriban en que la regla general de imputación había nacido en una sociedad preindustrial, agrícola, libre de riesgos que no fueran los propios de la naturaleza o los propósitos malvados de otros hombres. La máquina había creado una sociedad de riesgos y la creación de procesos peligrosos pertenecía a la esencia del progreso y la puesta en marcha de cualquier riesgo no podía ser considerada el antecedente causal de cualquier daño que de él pudiera derivarse y generar así la imputación penal.

A partir de los años 30 la doctrina y la jurisprudencia penal elaboran diversos criterios para corregir los efectos perversos de la causalidad. Surgen así los institutos del riesgo permitido, de la adecuación social, de la causalidad adecuada, de la causalidad jurídica. Se trata, en definitiva, de intentos de corregir la causalidad con criterios normativos o jurídicos y restringir la intervención penal. Así hasta que a finales de los años 60 se abre paso la idea de que lo que hay que hacer no es prescindir de la causalidad natural o corregirla sino, respetándola, añadir al criterio de la causalidad otros criterios normativos de imputación, lo que se ha dado en llamar «imputación objetiva.» Mi libro sobre la *Protección Penal de la Seguridad en el Trabajo* es la primera contribución en España a resolver los problemas de la responsabilidad por homicidio y lesiones imprudentes desde este nuevo arsenal dogmático.

Sin embargo, cuando apenas comenzaba a asentarse esta concepción, diversos casos penales derivados del manejo de nuevas fuentes de riesgo de orden físico-químico y biológico han puesto en cuestión el moderno sistema argumental, precisamente por incidencia en lo que más aclarado parecía: la propia relación de causalidad natural. Veremos estos casos.

El primero de ellos es sin duda el conocido como caso de la talidomida o *contergan*. Se trataba de un producto tranquilizante para embarazadas que, comenzado su suministro a principios de los sesenta, dio lugar en numerosos casos al nacimiento de más de diez mil niños con graves malformaciones corporales. Lo que caracterizó este proceso fue el que no hubo modo de establecer con certeza la relación causal entre el producto tranquilizante o sus componentes y el resultado lesivo de las malformaciones. El Tribunal renunció a la prueba científico-objetiva de la relación causa efecto y aceptó la certeza subjetiva de dicha relación. El caso se resolvió por otra vía: los afectados renunciaron al proceso penal por aceptar una indemnización satisfactoria.

Sin embargo, el caso de la talidomida dio lugar a un debate doctrinal y jurisprudencial que ha dado frutos contradictorios en los años ochenta, al paso de la introducción en la vida cotidiana de nuevos productos bioquímicos no controlados o no controlables. Por seguir en Alemania, el país que protagoniza el más intenso debate jurídico penal, se pueden mencionar otros dos casos: el del *Lederspray*, un producto para limpieza de artículos de piel, de 1990, y el caso del *Holzschutzmittel*, un barniz protector de la madera, del año 1992. Pero España ha dado lugar también a un caso de las mismas características, el caso de la *Colza*, producido en 1980 y resuelto por el Tribunal Supremo en 1992. Y a las puertas tenemos otro, el caso del *Ardystil* en Alicante, resuelto en ese año con condenas.

Lo que caracteriza todos estos casos son las siguientes circunstancias: 1ª Se trata de la puesta en circulación de productos derivados del desarrollo tecnológico bioquímico. 2ª Que en contacto con los usuarios o consumidores producen en muchos de ellos, pero no en todos, resultados lesivos para la salud o la vida. 3º Que cuando se configuran y proporcionan al público se desconoce por completo su nocividad. 4º Que no resulta posible comprobar y comprender empíricamente la relación causal que liga el producto con los resultados lesivos. Se sabe, a lo sumo, que hay una relación secuencial, estadística, epidemiológica, entre el uso del producto y los resultados, pero es imposible reproducir el proceso en laboratorio. 5º. A pesar de este desconocimiento de la razón científica del daño, los tribunales afirman la causalidad con criterios no causales sino descriptivos: la relación epidemiológica, en el caso de la colza, y afirman correlativamente la responsabilidad penal. 6º. Los Tribunales resuelven los casos en medio de grandes convulsiones sociales: conmiseración ante los perjudicados y presión social organizada por éstos.

Pero las distorsiones no se agotan en la sustitución de la comprobación de la causalidad natural por la causalidad jurídica. Se producen también ampliaciones de otros presupuestos de la responsabilidad: en la configuración de las posiciones de garante y, por lo tanto, en el ámbito de la autoría, particularmente en el de la autoría por omisión, que se extiende críticamente aún más en los supuestos en los que la elaboración de los productos y su venta es responsabilidad de sociedades mercantiles, con una dirección colectiva y una división del trabajo considerable, responsabilidad que se dispara en los supuestos en los que la nocividad del producto se capta antes en el seno de la propia empresa que en la sociedad, y en la empresa se produce una decisión bien consistente en retirar el producto de la circulación bien, como en el caso del *Lederspray*, de mantener el producto en circulación mientras no se produzca la constatación de que los daños son efectivamente atribuibles a algún componente del producto.

Todo lo expuesto tiene un campo abonado de aplicación en un ámbito tan general o más que el del trabajo o el del consumo: el medio ambiente y las intrusiones en el mismo.

En definitiva, lo que se advierte en las más recientes tendencias en las relaciones entre riesgos derivados de los modernos procesos tecnológicos y el Derecho penal es una crisis en los sistemas tradicionales de imputación, que da lugar a un incremento de la intervención de la represión penal que puede llegar a desbordar los límites de un Derecho Penal razonable en un Estado de Derecho. Frente a ello, la tarea no puede ser otra que la reflexión cuidadosa sobre estos fenómenos jurídicos, como es el caso de este foro que organiza MAPFRE y la Universidad de Salamanca y en el que ya como tradición se reúnen las preocupaciones por lo científico, por lo financiero, por los derechos de la persona y por el futuro de todos.

PERSONAS JURÍDICAS Y RESPONSABILIDAD PENAL EN ESPAÑA¹

Ningún problema de los que acosaron al Papa Inocencio IV fue por él resuelto con más éxito que el de evitar que las ex –comuniones papales alcanzaron a las corporaciones, ciudadanas o mercantiles, por los hechos de sus integrantes. Los conocimientos jurídicos de quien con autoridad al papado era conocido por Sini-baldo de Fieschi, profesor de la Universidad de Bolonia, le permitieron formular el principio «*societas delinquere non potest*» con tal éxito que hasta la entrada en vigor del Código penal francés de 1995 las sucesivas generaciones de estudiantes de jurisprudencia de la Europa continental han aprendido lo que yo escuché en las primeras lecciones de Derecho penal: El principio *societas delinquere non potest* pertenece a la esencia de nuestra cultura con igual fuerza y permanencia que la moneda nacional.

1 Originariamente una primera versión «Persone Giuridiche e Responsabilità Penale in Spagna», en *Societas Puniri Potest*, Volumen: I, Milan, 2003, pp. 179-188, en turco; «İspanya'da Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu» y en alemán; *Sanktionen gegen juristische Personen*, Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2011, pp. 49-54. En castellano; «Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España», en *La reforma del código penal tras 10 años de vigencia*, Aranzadi, 2006, pp. 17-30. Texto ya de acuerdo a la Reforma de 2010 en Fiorella, A./ Maria Stile, A. (edi.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, Sapienza University of Rome 12-14 May 2011, Jovene Editore, Milán, y *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des juristischen Personen in Spanien*. Festschrift für Imme Roxin zum 75. Geburtstag am 15. Vol. 2. Pp. 711-718. Müller, 2012. Para toda la materia V. Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Iustel, Madrid 2008.

Si nuestro papa Inocencio IV levantara la cabeza y observara las características de un caso como el del fraude y quiebra de la compañía *ENRON*, comprendería quizá que, sin llegar el asunto al punto de enjuiciar al Emperador Federico II, resulta hoy necesario respecto de las empresas disponer de una exigencia de responsabilidad penal no solo frente a los individuos que actúan, sino sobre la empresa misma, sobre la sociedad mercantil, que hace posible el criminal modo de actuar de sus directivos. La desaparición en Europa de las monedas nacionales asombraría aún más al gran Inocencio y le daría una interesante lección acerca de la inmutabilidad de los principios de la organización social. Pero de lo que estoy seguro es de que Inocencio IV ha pasado varios siglos en el purgatorio, habida cuenta del coste social –en expresión de Bricola– de dicho principio en la sociedad industrial del tiempo contemporáneo. Aunque también estoy seguro que a Inocencio le han acompañado todos los autores de las leyes reguladoras de las entidades mercantiles cuya esencia, como puso de manifiesto Galgano, es la huida de la responsabilidad civil tradicional.

La legislación española ha proscrito tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los términos conocidos en los demás países europeos. Hasta los comienzos del debate sobre la reforma penal encaminada a crear un nuevo código penal, es decir, hasta 1980, ni una sola voz se alzó en la doctrina proclamando una solución distinta.

Sin embargo es necesario precisar que el derecho administrativo sancionador conoce desde siempre la responsabilidad sancionadora administrativa, lo que resulta de mucho interés para el derecho comparado, pues el derecho español, a diferencia de los demás derechos continentales, desde mediados del XIX abandonó sustancialmente el principio del monopolio del juez para ejercer la potestad sancionadora del Estado, y el principio de la sanción gubernativa ocupó espacios reservados en la Europa continental al derecho penal especial y contravencional. Por esta razón, mientras a finales de los años setenta los legisladores de Alemania e Italia culminaban los procesos de descriminalización, el legislador democrático español comenzaba a reconstituir el espacio penal, judicializando espacios de sanción administrativa y, sobre todo, sometiendo al sistema administrativo de ilícitos y sanciones a un régimen de garantías muy cercano al rigor de lo penal.

a) La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho sancionador administrativo

En el derecho español prevé tradicionalmente la imposición de sanciones administrativas a las personas jurídicas. La práctica totalidad de las leyes administrativas de carácter económico, y no sólo estas, concluyen su regulación con un catálogo de infracciones y sanciones que consideran como sujetos activos de las mismas tanto

las personas físicas como las personas jurídicas. La Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas de 1992 lo prevé con carácter general (art.130) y las normas jurídico-administrativas sectoriales más depuradas técnicamente así lo disponen, regulando separada y diferenciadamente ambos supuestos de responsabilidad, así la Ley del Mercado de Valores, de 1988 (art.95), la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito de 1988 (art. 12), la Ley de defensa de la competencia de 1989 (art.10), la Ley de prevención del blanqueo de dinero de 1993 (art.7), la Ley general tributaria (art.77), anualmente modificada, la Ley de prevención de riesgos laborales de 1995 (art.42), esta última con infracciones y sanciones en exclusiva para las personas jurídicas, etc. Con la misma fuerza, por tanto, que se ha mantenido la irresponsabilidad de las agrupaciones en el derecho penal, se ha utilizado la sanción administrativa. Dado que prácticamente la totalidad de delitos económicos se corresponde con un cuerpo de sanciones administrativas, la necesidad político criminal de sancionar a las personas jurídicas se ha visto ciertamente satisfecha en nuestro ordenamiento.

Para el Tribunal Constitucional (desde la STC 77/1983, ATC 1479/1991) además no existe violación del principio de *non bis in idem*, por no existir un mismo sujeto, cuando por los mismos hechos y con idéntico fundamento se impone una sanción penal a la persona física y una administrativa a la jurídica².

La situación en cualquier caso no deja de ser paradójica: de un lado se niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas alegando que ello violaría principios esenciales del derecho penal, fundamentalmente el de culpabilidad, y de otro se proclama que al derecho sancionador administrativo le son de aplicación las garantías del derecho penal ((STC 8.6.1981, 7.10.1983, 18/1987), en especial el principio de culpabilidad, afirmación a la que se llega sosteniendo la identidad ontológica entre sanciones penales y administrativas y la suma de todo ello es que las personas jurídicas pueden ser sancionadas administrativamente.

El Tribunal constitucional se ocupó de la cuestión en su sentencia 246/1991, afirmando la compatibilidad de la responsabilidad de las personas jurídicas con el principio de culpabilidad. La argumentación del Tribunal pasa por indicar, en primer lugar, que el principio de culpabilidad es de aplicación en el derecho administrativo sancionador y lo es también cuando quien va a ser sancionada es la persona jurídica. En este caso, sin embargo, ha de ser aplicado de forma distinta a como se hace con las personas jurídicas que tienen «*capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa*» que en este caso deriva de no «*estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad*» por parte de los empleados. Los razonamientos del TC se aproximan de forma considerable al modelo llamado de la «responsabilidad propia», en cuanto que afirma lo directo de la misma y encuentra su fundamento

2 León Villalba, F. J. *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio de «nebis in idem»*. Bosch, Barcelona 1998 p. 467 ss.

en una falta de organización, por no garantizar el que sus empleados cumplan con la normativa en cuestión. En ningún momento, por ejemplo, se intenta identificar una persona natural a partir de la cual derivar la capacidad de acción de la persona jurídica. Este es también a grandes rasgos el modo normal de proceder por parte de la jurisprudencia y la administración.

En cualquier caso y a modo de resumen conviene subrayar lo siguiente: desde el punto de vista constitucional y debido a la comunidad de principios del derecho penal con el sancionador administrativo no resulta posible prescindir del principio de culpabilidad en este marco. También las personas jurídicas deben beneficiarse de las ventajas del principio de culpabilidad, por lo que es necesario adaptarlo. Así, la moderna doctrina española, perfectamente conocedora del estado de la cuestión en la discusión de los demás países europeos debate en estos momentos sobre los sistemas de adaptación y opera con los sistemas denominados «modelo de imputación» y «modelo de responsabilidad propia»³

b). La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal

Desde el comienzo de la gestación del CP español se ha sido consciente de la necesidad de imponer sanciones a personas jurídicas, lo que se ha plasmado finalmente en el art. 129 del Código penal. En el primer proyecto de CP (1980) estas sanciones se denominaron medidas de seguridad. A la vista de las críticas que levantó esta terminología, en los proyectos y anteproyectos sucesivos se deseó esquivar toda polémica recurriendo a los términos de «consecuencias accesorias,» lo que remite su naturaleza jurídica a una suerte de limbo sancionador indeterminado. Por otro lado, ha de destacarse que en las sucesivas reformas que experimentó el CP de 1973 fue introduciéndose puntualmente la posibilidad de imponer determinadas sanciones a personas jurídicas, por lo que la innovación del Código en este punto es menor de lo que parece a primera vista. En este aspecto el art. 129 no tiene el mérito ni tan siquiera de aglutinar la totalidad del catálogo de medidas contra personas jurídicas, pues extra-muros del mismo se contempla, por ejemplo, en los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social (art. 305 y 308) la exclusión del derecho a obtener subvenciones públicas y a gozar de beneficios o incentivos fiscales, y en el delito de alteración del precio en subastas públicas (art.262) «la pena», para «al agente o a la empresa por el representada», de inhabilitación especial, que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un periodo de tres a cinco años.

3 Zuñiga Rodríguez, L.; *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Elcano 2000, p. 191 ss., De La Cuesta Arzamendi, J. L.; “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal”, en *Homenaje a Marino Barbero Santos*, I, UCLM-USAL, Cuenca 2001, p. 967 y ss.

El art. 129 del CP es un precepto mixto que incluye medidas de carácter tanto procesal como material. En su apartado 2 establece la posibilidad de que el juez instructor adopte determinadas medidas de carácter cautelar durante la instrucción de la causa. El resto del precepto se dedica a determinar cuáles son las consecuencias accesorias y de forma escueta, como veremos seguidamente, los requisitos que deben presidir su aplicación. En realidad, estos se describen de forma tan incompleta que dejan la aplicación de las medidas en la más absoluta inseguridad jurídica. A nadie debe extrañar que hasta ahora ningún juez se haya atrevido a aplicarlas.

Las consecuencias accesorias que el art. 129 establece son en concreto las siguientes: a) clausura temporal –no superior a cinco años– o definitiva de la empresa o sus locales; b) disolución de la sociedad asociación o fundación; c) suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de dos años; d) prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Prohibición que puede tener carácter temporal –no superior a cinco años– o definitivo. e) Intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo de cinco años. Como puede apreciarse este catálogo punitivo, a excepción de la multa, utilizada con profusión ya en el derecho sancionador administrativo, se corresponde a grandes rasgos con las penas existentes en cualquier ordenamiento que se haya decidido a superar el dogma de la irresponsabilidad.

A la vista de la parquedad del art. 129 en lo tocante a las condiciones procesales y materiales de imposición, resulta particularmente urgente el determinar cuál es su naturaleza jurídica, pues determinará cuál es su régimen de aplicación y las garantías a aplicar. La doctrina española está lejos de llegar a un acuerdo en este punto. Las opiniones son bien dispares: auténticas penas, medidas de seguridad, penas accesorias, medidas de carácter puramente administrativo, sanciones administrativas impuestas por un juez penal. Incluso hay quien se ha resignado y las considera «híbridas e incalificables»⁴. La posición a mi juicio más correcta es considerar que las sanciones previstas en el art. 129 son sanciones penales, aunque no se trata de penas, sino de un tercer tipo de consecuencia jurídica del delito que ha de situarse al lado de las penas *stricto sensu* y de las medidas de seguridad. En cualquier caso, lo decisivo es que estas sanciones o medidas pertenecen al «derecho penal en sentido amplio» y por tanto le son de aplicación las garantías del derecho penal, procesal y material, en su caso convenientemente adaptadas. Se debe optar por una solución garantista, pues carecería de sentido respetar las garantías a una empresa

4 Para un resumen vid. De La Cuesta, Arzamendi, J. L., «Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal», en *Homenaje a Marino Barbero Santos*, I, UCLM-USAL, Cuenca 2001, p. 967 y ss.

en la imposición de una sanción administrativa de multa de pocos cientos de euros y no concedérselas en la decisión de disolverla.

La responsabilidad de las personas jurídicas sólo cabe en los supuestos específicos de la Parte Especial en que así se contemple (Art. 129: «... *en los supuestos previstos en el Código ...*»). Con ello se ha rechazado la propuesta criminal de prever la responsabilidad de las agrupaciones para cualquier delito. Los tipos penales en los que se contempla tal responsabilidad pertenecen fundamentalmente a tres ámbitos que enumero por orden de importancia: las infracciones que representan el ámbito operativo más importante de la criminalidad organizada; los delitos de terrorismo, a fin de cuentas, un tipo de criminalidad organizada más, los de asociación ilícita; y los delitos económicos e infracciones relacionadas con la corrupción política

Dentro de este último marco, que es el que aquí interesa, y es además el que ha sustentado la polémica relativa a la superación del *societas delinquere non potest* existen ausencias significativas e injustificadas como, singularmente, los delitos contra los trabajadores y consumidores y en general todas aquellas infracciones en las que es frecuente utilizar sociedades interpuestas o de pantalla (delito fiscal, alzamiento de bienes, administración desleal de patrimonios etc.). En estos supuestos la persona jurídica solo podrá ser sancionada de considerarse un posible delito de asociación ilícita (art. 515 y ss; vid. al respecto de ésta consideración de las sociedades instrumentales STS 28.10.1997 en el caso *Filesa*).

Llama poderosamente la atención que son absolutamente mayoritarios los delitos dolosos. Sólo en el caso de los delitos contra el medio ambiente y el blanqueo de capitales es posible la sanción a personas jurídicas por infracciones imprudentes. Esta circunstancia evidencia a mi juicio que el legislador no ha pretendido reforzar las medidas de organización de las personas jurídicas, ni los deberes de garantía que surgen de la actividad empresarial.

Las formas en que las distintas figuras de la Parte especial efectúan su remisión al art. 129 no es precisamente ejemplo de pulcritud técnica. Las formas de remisión son variadas. En algunos casos se remite expresamente al art. 129 *in totum*; en otros a alguna de sus medidas y, finalmente, existen supuestos en que la remisión ha de considerarse implícita.

Tampoco en la relación al enunciado de las entidades a las que les es de aplicación lo dispuesto en el art. 129 resulta el precepto un prodigio de técnica legislativa: en las letras a) – clausura y e) – intervención – señala a la «*empresa*» como destinatario de las sanciones; en las letras b) y c) – disolución y suspensión – lo son tanto las empresas como las *sociedades*, *fundaciones* o *asociaciones*; finalmente en la letra d) no menciona quienes son los destinatarios de las sanciones. Esta cuestión tendrá repercusiones prácticas.

En definitiva, el legislador español no ha vacilado en establecer un fuerte sistema de responsabilidad sancionadora administrativa a las personas jurídicas, que a su vez ha asimilado en sus garantías y fundamento a la responsabilidad penal. A la hora de adoptar un nuevo Código penal se ha asomado en los primeros momentos del movimiento de reforma a un régimen de responsabilidad penal de las mismas, para retroceder en la versión definitiva del Código a un modesto e incompleto sistema de «consecuencias accesorias» de naturaleza indefinida, cuyo desarrollo jurisprudencial y doctrinal pondrán de manifiesto que se ha perdido una oportunidad de tomar una decisión definitiva para tratar como responsabilidad penal lo que por razones materiales del sistema sancionador y de garantías no va a poder tratarse de otra manera.

Pero la oportunidad se aprovechó en la revisión del Código de 1995 a los 15 años de su vigencia y la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo en la reforma de la Ley Orgánica 5 de 2010 y se complementaría con la L.O. 1 de 2015.

EL FRAUDE DE SUBVENCIONES EN LA UE Y EN EL CP

INTRODUCCIÓN¹

Como es de todos conocido, la política de «pequeños pasos» ha sido esencial en la creación de la Comunidad Europea, primero, y de la Unión Europea, después. Esta estrategia es probablemente tan imprescindible en los terrenos de la negociación política, como enojosa y desesperante cuando lo discutido se quiere plasmar en instrumentos jurídicos o cuando después se intenta explicar su evolución o contenido. La política criminal supranacional referente a la protección de los intereses financieros de la Comunidad participa de esta característica genética del Derecho europeo. Y la primera parte de este artículo tiene como cometido intentar exponer su emponzoñada evolución y la encrucijada en la que actualmente se encuentra. Puesto que los autores de este trabajo se han ocupado ya en otras ocasiones de estos asuntos², se hará breve resumen de lo ocurrido en los primeros años, esto es, desde el 89 (caso del «maíz»³) hasta finales de los años 90 (el fin de la UCLAF y la aparición

1 Texto de Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, publicado en: *Manuales de formación continuada*, N.º. 14, 2001 (Ejemplar dedicado a: Derecho penal económico), págs. 261-306. El precedente de este artículo es mi libro *De los delitos contra la hacienda pública en materia de subvenciones*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

2 Arroyo Zapatero, L. *Delitos contra la Hacienda pública en materia de subvenciones*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987; Nieto Martín, A. *Fraudes comunitarios*. Derecho penal económico europeo. Praxis, Barcelona, 1996 (a); del mismo *La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública comunitaria: de la asimilación a la unificación*, en Martínez-Bujan Pérez C. (dir), I Congreso hispano italiano de Derecho penal económico, A Coruña, 1988 (b).

3 STJCE de 21-9-89, Rec. p. 2859 ss.

de la OLAF), para a continuación centrarnos en el aspecto más actuales: la creación del Fiscal General Europeo o la implantación progresiva del *Corpus Juris*. Esto en lo tocante al aspecto «supranacional» de la cuestión, pues la segunda parte se dedica a analizar la protección de los intereses financieros desde el ángulo interno. Aquí se trata, fundamentalmente de abordar las complejas relaciones entre el art. 308 del CP y los delitos de estafa y fraudes comunitarios y de examinar las consecuencias que la implicación de funcionarios públicos trae consigo en los supuestos de fraude⁴.

1. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA «LUCHA CONTRA EL FRAUDE»

A) La primera década (1989-1999)⁵

Dejando de lado precedentes lejanos, que se remontan a la mitad de los años 70⁶, la sentencia del «maíz griego» marcó el punto de inflexión en lo político y en lo jurídico contra el fraude. El diseño era el siguiente. De un lado, el estrictamente penal, la asimilación: los países miembros habrían de proteger la Hacienda de la Comunidad de forma similar a sus respectivos intereses nacionales y en cualquier caso de manera efectiva, disuasiva y proporcionada. La CE confiaba de este modo a los Estados la protección de sus bienes jurídicos, lo que jurídicamente se sustenta en el principio de buena fe (art. 10 del TCE) que los Estados cuando firman un Convenio deben acatar, de igual modo que los particulares cuando firman un contrato. Y de otro lado, en el aspecto preventivo, o administrativo: la cooperación y la coordinación, tarea que sería realizada por un nuevo organismo, dependiente de la Comisión, que nace también en esos días y fruto de la misma euforia: la UCLAF. Esta estrategia, en todos sus aspectos, se plasma al más alto nivel. En el Tratado de Maastricht (1992) se introduce el actual art. 280 del TCE (antiguo 209 A) con el —entonces— siguiente tenor literal: *«Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financiero. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones»*.

4 Acerca de otros problemas prácticos que afectan al fraude de subvenciones vid. últimamente Terradillos Basoco (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*. Trotta, Madrid, 2001.

5 En lo que sigue y con ulteriores referencias Nieto Martín cit. en nota 1.

6 Vid. Grasso, *Comunidad Europea y Derecho penal*, (trad. de N. García Rivas), Ediciones de la UCLM, Cuenca, 1993, p. 225 ss.

El hasta aquí descrito constituye el tronco principal de la protección de los intereses financieros en los primeros años 90. Existen, sin embargo, dos ramas que surgen de éste y que es preciso mencionar para conocer el árbol al completo y entender su desarrollo. La primera tiene que ver con los aspectos punitivos de la lucha contra el fraude. La Comisión muestra su intención de crear un cuerpo de sanciones administrativas comunitarias que actúen como complemento de las sanciones penales nacionales, desempeñando el papel de mínimo sancionador común⁷. Los problemas para llevar adelante este empeño eran varios. Unos políticos: Alemania plantea por aquellos años un recurso ante el TJCE con el fin de que declare que la Comisión no tiene competencias para establecer este tipo de sanciones⁸. Las únicas, según el gobierno alemán, sanciones comunitarias posibles dentro del TCE son las ya previstas en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Y otros, dos, jurídicos. Primero: la creación de sanciones administrativas, presupuesta la existencia de competencias, por un órgano como la Comisión o el Consejo resultaba dudosa desde el punto de vista del principio de legalidad entendido como *nulla poena sine lege parlamentaria*. Segundo: no estaba del todo claro cuál era la naturaleza jurídica de las sanciones que pretendía introducir la Comisión. Estas no eran multas sino sanciones sui generis (*mejorations*, interdicciones, cauciones etc.) y esto traía consigo el que ni los Estados miembros ni el propio TJCE supieran muy bien cuáles eran los principios que habían de regir su imposición. El panorama era complejo, pues las divergencias a la hora de aplicarlas podían provenir tanto del hecho de que la administración estatal encargada de su imposición las considerase o no equivalentes a las sanciones administrativas, como del hecho de que aún si así hiciera no en todos los ordenamientos el derecho sancionador administrativo respondía a idénticos principios. Es más algunos ordenamientos las sanciones administrativas eran incluso desconocidas⁹. Estos problemas fueron paulatinamente superados. El TJCE no otorgó la razón al gobierno alemán y declaró la competencia de la Comisión, inserta en sus poderes de ejecución, para establecer sanciones administrativas destinadas a sancionar el fraude. En 1996, tras varios Propuestas y borradores, el Consejo promulga el Reglamento 2988/95 relativo a la protección de los intereses financieros. Este texto constituye una suerte de «ley marco» en el que han de enmarcarse las futuras

7 Vid. recientemente Nieto Martín, A. *El derecho sancionador administrativo comunitario*, *Justicia Administrativa*, número especial dedicado al Derecho administrativo sancionador, 2001, p. 259 y ss.

8 Proceso que da lugar a la STJCE de 27-12-92, Rec., p. 5383 ss.

9 A esta época y a estos empeños corresponden el estudio patrocinado por la Comisión The system of administrative and penal sanctions in the member states of european communities, 2 Vol. Bruselas-Luxemburgo, 1994 y también libro de Bacigalupo, E. *Sanciones administrativas. Derecho español y comunitario*, Colex, Madrid, 1991.

sanciones administrativas destinadas a sancionar las irregularidades que afecten o puedan afectar al «presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por estas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido» (art. 1). El citado Reglamento contiene además una Parte general con los principios básicos del derecho sancionador administrativo, que habrán de respetar las administraciones nacionales o, en su caso, comunitarias en la imposición de estas sanciones.

La segunda rama a la que antes me refería afecta a la prevención e investigación del fraude. La Comisión no se contenta con «coordinar» las investigaciones nacionales, lo que incluye aspectos como decidir la frecuencia o los tipos de controles que han de realizar, y con operar como una base de información, sino que decide también incrementar sus poderes de investigación, con el fin tanto de intervenir en aquellas investigaciones que realicen las administraciones nacionales, como realizar investigaciones independientes. Al igual que ocurría con las sanciones administrativas, esta pretensión no era nueva en el derecho comunitario. Desde los años 60 la Comisión venía realizando «investigaciones propias» en materia defensa de la competencia en virtud del Reglamento. 17/62. De esta experiencia y de la jurisprudencia del TJCE se nutre el Reglamento del Consejo 2185/96 relativo a los controles financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades; su objetivo radica en establecer las disposiciones generales de los controles y verificaciones *in situ* efectuados por la Comisión (art. 1) a «aquellos operadores económicos a los que se puedan aplicar las medidas o las sanciones administrativas» previstas en el Reg. 2988/95 (art. 5.1). En consonancia con el principio de subsidiaridad, las verificaciones y controles de la Comisión sólo resultan posibles bien en caso de «irregularidades transnacionales», bien en caso de que el Estado por su situación concreta «exija el refuerzo de los controles o verificaciones para mejorar la eficacia en la protección de los intereses financieros» y garantiza así «un nivel de protección equivalente», bien cuando lo solicite el Estado interesado (art. 2). Los poderes de investigación que se confieren a la Comisión tienen como objeto la documentación contable y comercial de la empresa, así como otros que atienden a la verificación del cumplimiento de la actividad subvencionada (art. 7). Dentro de esta exposición, sumaria e incompleta, conviene no obstante subrayar que el ordenamiento del país en el que se realiza el control resulta complementario, sobre todo en lo tocante a las garantías, de las disposiciones del derecho comunitario (art. 6.1 tercer párrafo). Ello implica, por ejemplo, que en las investigaciones realizadas en nuestro país cuando exista oposición a la realización de un control o verificación para acceder a sus locales de una empresa será necesario que los inspectores de la Comisión

soliciten autorización judicial (art. 9)¹⁰. Igualmente, no conviene perder de vista que los controles e investigaciones que hasta ahora se han atribuido a la Comisión, y que son desempeñados por la UCLAF, son externos, no afectan y no se pueden realizar *ad intra*. No es posible, de este modo, investigar eficazmente irregularidades que hayan podido cometer funcionarios o agentes de los distintos organismos e instituciones comunitarias. En otras palabras: son absolutamente ineficaces contra la corrupción interna.

Pero la evolución no se detiene en este punto. La asimilación, como principio rector sobre el que articular las relaciones con el derecho penal de los países miembros, muestra pronto sus deficiencias¹¹. Los grados de disparidad entre los diferentes países a la hora de sancionar las conductas de fraude resultan considerables, lo cual no sólo crea desigualdades difícilmente soportables, sino que también dificulta la cooperación judicial y policial. A partir de estas reflexiones en Bruselas se planea una nueva vuelta de tuerca, que en síntesis consiste en lo siguiente: superación de la asimilación y apuesta por la armonización de los derechos penales nacionales y mejora de la cooperación judicial, superando el marco que aún sigue siendo básico y que se asienta sobre los distintos convenios del Consejo de Europa. El *new deal* se plasma en el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de 1995 y en sus dos Protocolos de 1995 y 1997.

En el terreno material CPIF y sus protocolos pretenden que todos los Estados dispongan de descripciones similares relativas al fraude tanto en materia de ingresos (delito fiscal) como en materia de gastos (fraude de subvenciones) y que sancionen estas conductas con penas privativas de libertad lo suficientemente grave como para permitir la extradición cuando la cuantía del fraude superase los 50.000 ecus. Los Protocolos persiguen, el primero, extender los delitos de cohecho de cada país de modo tal que en ellos se incluya el cohecho activo y pasivo de funcionarios comunitarios, así como el de funcionarios de otro país miembro y, el segundo, extender el delito de blanqueo de capitales a los procedentes de los delitos de fraude y de corrupción activa y pasiva grave, tal como habían sido definidos por el CPIF y su primer protocolo. Existen también, sin salirnos del terreno sustantivo, otro objetivo que ha de resaltarse: la necesidad de que los Estados miembros sancionen, penal o administrativamente, a las personas jurídicas cuando los comportamientos descritos

10 Sobre estas cuestiones Vervaele, *Community Regulation and Operational Application of Investigative Powers, the Gathering and Use of Evidence with Regard to the Infringement of EC Financial Interest*, en J.A.E. Vervaele (ed), *Transnational of the Financial Interest of the European Union. Developments in the Treaty of Amsterdam and the Corpus Iuris*, Utrecht, 1999.

11 Esencial en este punto Delmas Marty, M. *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté: Bilan et perspectives depuis le séminaire de Bruxelles de 1989*. Comisión des Communautes Europeennes. Bruxelles, les 25 et 26 novembre 1993.

en los distintos protocolos han sido cometidos en su beneficio por un dirigente de la misma o bien cuando la realización del hecho delictivo se ha visto facilitada por la falta de vigilancia o control del dirigente.

En el espacio de la cooperación judicial, o mejor dicho del derecho internacional penal, los objetivos consisten en, primero, extender el ámbito de competencias de cada país de tal modo que sea de aplicación el principio de personalidad activa, en caso de que no se acceda a la extradición de nacionales. Y segundo que la competencia territorial se establezca por el mero hecho de que el resultado o alguno los comportamientos se haya realizado, incluso parcialmente, en el interior del país, ya sea éste comportamiento de autoría o de participación y ya se enmarque el comportamiento dentro de un delito en grado de tentativa o consumado¹². Como esta extensión de competencias puede dar lugar a la apertura de varios procesos simultáneos, tanto en el Convenio como en los protocolos, se recoge el principio de *non bis in idem* y se apunta la posibilidad de que los Estados miembros puedan negociar entre sí con el fin de centralizar la totalidad de diligencias judiciales y el juicio en un único Estado. Es cierto que las disposiciones en materia de cooperación judicial y extradición que contienen los Convenios no son excesivamente espectaculares, pero no debe olvidarse que la mejora de la cooperación judicial y policial es objetivo de todo el «tercer pilar». Y que aquí, aparte de todo el acervo Schengen hoy ya integrado en los Tratados, se han elaborado Convenios en materia de extradición o de cooperación aduanera.

Conviene apuntar alguna cosa más en relación a estos Convenios y es, precisamente, su ubicación dentro del «tercer pilar», esto es el no comunitario. Ello implica una significativa escisión de la normativa europea antifraude: controles y sanciones administrativos estarían residenciados en el art. 280, esto es dentro del primer pilar, y lo penal y judicial dentro del tercer pilar. Este reparto tiene una evidente lectura política, pues significa una derrota de los centros de poder propiamente comunitarios (TJCE, Comisión, Parlamento Europeo) y una victoria de los Estados, en cuanto que la ubicación de lo específicamente penal dentro de este tercer pilar les permite llevar con más comodidad las riendas del asunto. Jurídicamente, tal como se puso entonces de manifiesto, no estaba en absoluto claro que la armonización de los derechos nacionales en esta materia no pudiera hacerse a partir de una directiva y sobre la base del tercer pilar.

En cualquier caso, y como en seguida vamos a comprobar, ni la Comisión, ni el PE han dado la batalla por perdida y persisten en su empeño de ubicar la lucha contra el fraude en el primer pilar. Esta nueva pretensión se fundamenta en la nueva

12 Estos criterios resultan distintos en la I Protocolo relativo a la corrupción en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad, donde por razones obvias se prefiere que cada estado establezca las medidas pertinentes para juzgar a sus funcionarios, ya sean estos nacionales o comunitarios.

redacción que en el Tratado de Ámsterdam se le otorga al art. 280. En esta reforma a los dos párrafos que ya conocemos se le añaden tres más. Aquí interesa especialmente el siguiente y concretamente su inciso final (art. 280.4):

«El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia».

Este hermético pasaje final ha sido objeto de diversas interpretaciones que se expondrán con posterioridad, al igual que las razones que empujan a la Comisión y el PE a plantear la comunitarización de la lucha contra el fraude. No obstante, y orillando por ahora esta cuestión, conviene avisar al lector profano en asuntos comunitarios que Ámsterdam trajo importantes mejoras dentro del tercer pilar, motivadas por la decepción generalizada – en tan sólo cinco años – acerca de su funcionamiento¹³. Por lo que aquí interesa conviene informar que a partir de la entrada en vigor de este Tratado los Convenios celebrados no necesitan la ratificación por parte de todos los Estados para su entrada en vigor (art. 34.2.d), que además se facilita considerablemente que el TJCE sea designado como autoridad competente para interpretar las normas promulgadas dentro de este pilar (art. 35). Y que, sobre todo, en materia de aproximación (armonización) de legislaciones se aumenta la capacidad de propuesta de la Comisión y se establece un nuevo instrumento para la aproximación de legislación en materia penal: las decisiones marcos, que vienen a ser las directivas del tercer pilar en cuanto que obligan a los «Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios» (art. 34.2 b).

Hasta aquí el estado de la cuestión hasta 1999, sobre el que conviene hacer balance, advirtiendo que la mayoría de estas observaciones siguen siendo hoy actuales. Y éste como reconocen y proclaman Comisión y Parlamento europeo resulta bastante negativo. Pese a que los Convenios y Protocolos tiene ya un lustro de vigencia aún no están en vigor pues no han recibido las ratificaciones necesarias y no se acierta tampoco a determinar el día en que esto puede ocurrir. Por tanto, y en el marco del derecho penal sustantivo no se ha avanzado substancialmente desde la época de la asimilación. Tampoco los éxitos han sido mayores en lo referente a la cooperación y asistencia judicial, marco en el que a grandes rasgos el marco sigue siendo fun-

13 Vid por ejemplo Labayle, *L'application du Titre VI du Traite sur l'Union européenne et la matière pénale*, Revue du Science Criminelle et Droit pénal comparée, 1991, p. 815 ss.

damentalmente el de los Convenios del Consejo de Europa. Por lo que se refiere a los aspectos administrativos, y especialmente a las sanciones administrativas ex Reg. 2988/95 lo cierto es que la Comisión no ha incrementado significativamente su número igualmente se carecen de datos – los informes anuales de la Comisión nada dicen sobre este asunto – acerca de si son efectivamente aplicadas por los Estados. Pero esto no es todo. En 1998 se produce un gran escándalo político que afecta a buena parte de los miembros de la Comisión. La materia del escándalo como es conocido es que o bien algunos de ellos estaban directamente implicados en asuntos de corrupción relacionados con el fraude o bien que habían sido negligentes en su control. Las acusaciones salpican incluso a miembros de la UCLAF. Desde el punto de vista de la protección de los intereses financieros este hecho significó políticamente un revulsivo tan importante como en su día fue la «sentencia del maíz». En su toma de posesión, Romano Prodi, el nuevo presidente de la Comisión, anuncia la «tolerancia cero contra la corrupción y el fraude». Como puede apreciarse, se prepara desde entonces otra una nueva vuelta de tuerca, que tiene como uno de sus principales impulsos un documento oficioso denominado *Corpus Iuris* (1997). La nueva estrategia político criminal sitúa los acentos más en los aspectos procesales que en los sustantivos (armonización o unificación de los tipos penales. El principal empeño radica en crear la figura del Fiscal general europeo, ya configurada en sus rasgos esenciales por los autores del *Corpus Iuris*. Esta autoridad «federal» supone enterrar la época de la cooperación judicial, para dar paso a un verdadero espacio común de justicia. Pero vayamos por partes.

B) La aparición de la OLAF (1999)

El escándalo político en el que se ve envuelta la Comisión europea, durante la aprobación de la gestión del presupuesto de 1998, en el que se constataron numerosas irregularidades puso de manifiesto dos importantes carencias del que desde 1988 había sido el órgano administrativo encargado de lucha contra el fraude: la UCLAF. Este organismo era enteramente dependiente de la Comisión europea y este hecho hacía complejo que pudiera reformarse a fin de cumplir con el control interno del fraude y la corrupción. La OLAF, creada por Decisión 1999/352 CEE, de 28 abril, nace con el fin de superar esta situación¹⁴.

En efecto, a diferencia de la UCLAF, la OLAF ha de ejercer sus «competencias de investigación...con total independencia», lo que supone que su Director no debe «solicitar ni aceptar instrucciones de la Comisión, de ningún Gobierno ni de ninguna otra institución, órgano u organismo» (art. 3). La autonomía de un órgano es

14 Realmente la OLAF no comenzó sus actividades hasta el 1-3-2000, fecha en que tomó posesión su primer Director general.

generalmente una simple declaración de principios si no se acompaña de una serie de garantías. En el estatuto de la OLAF estas son: la forma en que es elegido su Director general, el tiempo de duración de su mandato y las condiciones bajo las que puede apartársele del cargo; las competencias necesarias para iniciar una investigación por iniciativa propia; la capacidad para realizar su política de contratación de personal; cierta autonomía financiera, que la dota de independencia frente a la Comisión; y, finalmente, la creación de un Comité de Vigilancia compuesto por personalidades independientes cuya misión es controlar «periódicamente la ejecución de la función de investigación de la Oficina» (art. 4). Por lo que se refiere los cometidos de la OLAF pueden sintetizarse de este modo. De un lado recoge las competencias de investigación y control externo (art.2.1) que desempeñaba la OLAF y que, como hemos visto, están reguladas en el Reg. 2185/96. Y de otro, y esta como apuntaba es la novedad, se le atribuyen competencias para efectuar «investigaciones administrativas internas» (art. 2.2). Pero en este punto nos encontramos con algunas novedades y problemas significativos, pues como es sabido los controles internos suenan siempre a «caza de brujas» y tampoco ha de olvidarse que los asuntos de corrupción constituyen una importante arma arrojadiza en la contienda política.

La novedad es que el marco competencial para realizar estas investigaciones *ad intra* no coincide estrictamente con conductas que, para entendernos, entran del marco conceptual del fraude de subvenciones, del delito fiscal o de las infracciones aduaneras, tal como ocurre en los controles externos, pues comprende cualquier actividad realizada por un agente o funcionario comunitario que vaya en detrimento de los intereses comunitarios y, en general, cualquier hecho grave, ligado, al desempeño de sus actividades provisionales, que pueda dar lugar a responsabilidad penal o disciplinaria (art. 2.1 b). Esto es, las investigaciones pueden centrarse en relación a casi cualquier delito cometido por funcionarios públicos y, por lo que se refiere a la protección de los intereses financieros, supone un entendimiento más amplio que comprendería por ejemplo conductas relativas a adjudicación fraudulenta de contratos o de malversación de caudales públicos comunitarios.

La composición del escenario jurídico en que habrían de realizarse estas investigaciones está resultando una compleja tarea¹⁵. El Reglamento 1999/1073, de 25 de mayo¹⁶, establece estos poderes de investigación internos en términos sensiblemente

15 Una completa información en relación a este y otros aspectos de la OLAF puede encontrarse en los Informes de actividades del Comité de Vigilancia de la Olaf, pertenecientes al periodo julio de 1999– julio 2000 (a) y de julio del 2000–septiembre 2001 (b), e igualmente en los dos informes que hasta ahora ha realizado la propia «oficina», 1 de junio de 1991–31 de mayo del 2000 (a) y 1 de junio del 2000 al 31 de mayo del 2001 (b). Vid. también Vervaele, *Towards an independent European agency to fight fraud and corruption in the EU?*, en *European journal of crime*, 1999, nº 3, p. 331 ss.

16 DOCE nº L 136 de 31/5/1999, p. 1 y ss; en el mismo número se encuentra también publicado el Reglamento nº 1074/1999, que atribuye idénticos poderes de investigación en el marco

más amplios a los que lo hace el Reglamento 2185/96, pues aparte de la capacidad para acceder, «sin previo aviso ni plazo», a locales de las instituciones y órganos comunitarios, para recabar cualquier tipo de documento e información y examinar su contabilidad, tiene atribuida la capacidad de interrogar a los funcionarios y agentes comunitarios. El resultado de estas investigaciones puede permanecer en «secreto absoluto» en beneficio de la propia investigación, lo que significa la posibilidad de estar siendo investigado en secreto durante un tiempo ilimitado de tiempo. Se imponen además importantes deberes de colaboración a los funcionarios y agentes comunitarios y nacionales que habrán de informar inmediatamente de cualquier información relativa a posibles casos de fraude corrupción, o cualquier otra actividad ilegal¹⁷. Finalmente se dispone que con toda la información que la OLAF recabe – tanto en investigaciones externas como internas – habrá de elaborar un informe que «incluirá los hechos comprobados y, en su caso, el perjuicio financiero, y las conclusiones de la investigación». Este informe, que habrá de ser elaborado «teniendo en cuenta los requisitos de procedimiento previstos por la legislación nacional», constituirá un elemento «de prueba admisible en los procedimientos administrativos o judiciales del Estado miembro en que resulte necesaria su utilización, en los mismos términos y condiciones que los informes administrativos redactados por los inspectores de las Administraciones nacionales».

No es de extrañar que sobre todo en lo tocante a las investigaciones internas los poderes de investigaciones conferidos a la OLAF estén generando numerosas objeciones, que se visualizan en el recurso presentado por un numeroso grupo de Parlamentarios europeos y por la negativa, acompañada también de sendos recursos, de instituciones como el Banco Central o del BEI quienes alegan no estar bajo el marco de acción de la OLAF¹⁸. A mi juicio, el problema que afecta a la OLAF es en síntesis el siguiente: los amplios poderes de investigación que se le han otorgado, unidos al estatuto de independencia, o al modo en que es elegido su Director General, consiguen que esta institución se perciba como una suerte

de EURATOM.

17 Vid. la Decisión del Consejo 1999/394/CEE, EURATOM, del consejo de 25 de mayo de 1999, relativa a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses de las Comunidades (DPCE n° L 149 de 16-6-1999, p. 36 ss y la Decisión de la Comisión 1999/396/CE,CECA, EURATOM, de 2 de junio de 1999, relativa a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de las Comunidades (DOCE n° L 149 de 16-6-1999, p. 57 ss).

18 Vid. Asuntos C 11/00 (DOCE C n° 102 de 8-4-2000, p. 8 (Banco Central Europeo), Asunto C15/00 DOCE n° C 102, de 8-4-2000, p. 9 (BEI) T17/00, DOCE n° C 122 de 19-4-2000, p. 30 (recurso interpuesto por 71 Parlamentarios europeos).

de embrión o primer esbozo del Fiscal General Europeo y que las personas, sobre todo en el marco de los controles internos, que son investigadas consideren que están siendo objeto de una investigación penal, pero realizada dentro de un cuadro jurídico menos garantista.

Desde luego, no puede negarse que ciertamente en el Reg. 99/1073 existen aspectos muy preocupantes desde el punto de vista de las garantías como que la investigación de la OLAF pueda transcurrir ilimitada, secreta y paralela a un proceso penal en el que súbitamente puede aparecer el informe final con la pretensión de constituirse en un «medio de prueba» en los términos vistos. Resulta por ello criticable que no se haya dispuesto la necesidad de que la OLAF, al igual que ocurre con los servicios de inspección, no haya de dar obligatoriamente noticia al juez penal en cuanto se tengan sospechas que los hechos investigados pueden ser constitutivos de delito¹⁹. Otro aspecto problemático de las investigaciones internas, cuando afectan a políticos nacionales, que a su vez sean Parlamentarios, o a Europarlamentarios es su compatibilidad con el sistema de inmunidades parlamentarias. En este sentido reparen, por ejemplo, en que la autorización que el Reg. 99/1703 otorga para acceder sin previo aviso a los locales de los organismos comunitarios, incluye entre ellos las oficinas y despachos parlamentarios. El que esta facultad se haya de efectuar dentro de lo dispuesto por el Protocolo de privilegios e inmunidades no tranquiliza del todo, en cuanto que la inmunidad e inviolabilidad parlamentaria se hacen valer ante procedimientos penales, pero no ante investigaciones *sui generis* que no van unidas a ningún tipo de proceso sancionador. Obsérvese además que mientras que en las investigaciones *in situ* externas realizadas en conformidad con el Reg. 2185/96, el ordenamiento del país en que ésta tiene lugar implementa las disposiciones de este texto sobre todo en lo tocante a las garantías, en el plano interno no está tan claro cuál es el ordenamiento interno que debe cumplir esta tarea²⁰. Esta falta de garantías como es evidente se traduce además en una falta de eficacia. Pues en el proceso penal del Estado derecho la vulneración de las garantías se traduce en una sanción contra el Estado que dificulta o incluso impide la realización de un proceso en el que alguno de los elementos de prueba tiene su origen o ha sido recabado vulnerando derechos fundamentales. Afortunadamente tanto el Comité de Vigilancia de la OLAF como su Director se han percatado con rapidez de la situación que acaba de describirse y

19 Vid. en este sentido Informe del Comité de Vigilancia de la OLAF (not. 15 b), p. 26.

20 Ejemplo: un funcionario español es sospechoso de haber recibido en Bruselas una prima con el fin de adjudicar un contrato de obras, a realizar en Grecia, por parte de una empresa alemana. Y pregunta: ¿qué sistema jurídico ha de servir de referencia a los agentes de la OLAF ?.

En el Informe de actividades de la Olaf (not. 15 a), p. 51, esto se expresaba con una claridad meridiana: «ante quince derechos penales diferentes es difícil o imposible hacer respetar el principio de una protección de los intereses financieros comunitarios de forma eficaz».

han recomendado y realizado un atinado *self restraint* que encuentra su plasmación en el «Manual de actuaciones la OLAF», cuya primera edición se efectuaba el 15-2-2001. En este documento, por ejemplo, se incrementa la transparencia a la hora de decidir qué pasos y criterios han de seguirse para iniciar una investigación.

Pese a todo lo que la OLAF pone de manifiesto es la imposible ir más allá por el camino de la intensificación de los controles administrativos. Sobre esto último conviene detenerse y es que por eficaces y garantistas que sean las investigaciones administrativas, estas no solucionan el problema de la lentitud y complejidad de la cooperación judicial. Es decir, aunque la OLAF puede y debe coordinar a las distintas administraciones nacionales – por ejemplo, planificando una investigación coetánea en distintas empresas en distintos países –, esta coordinación, aunque parezca paradójico se dificulta en cuanto se procede a la apertura de un proceso penal en algún país miembro. Pues a partir de aquí, lo único que puede hacer la OLAF es intentar cooperar – «con la venia» – con las autoridades judiciales y, obviamente, tampoco puede «coordinar», por ejemplo, a los jueces nacionales o fiscales que instruyen varias facetas interconectadas de un mismo supuesto de fraude²¹. Igualmente por grande que sea la diligencia y probidad de los agentes de la OLAF en la realización de investigaciones y elaboración de «informes», el que finalmente estos puedan ser utilizados con provecho en los procesos penales resulta complicado pues no dejan de ser actuaciones procedentes de una instancia administrativa foránea que además ha tenido probablemente que vérselas con distintos sistemas jurídicos a la hora de abordar la legalidad de sus actos²². Ante estas circunstancias no debe sorprender que la propia OLAF se sienta más cómoda investigando pequeños casos de fraude o simplemente irregularidades administrativas que supuestos con relevancia penal.

Este conjunto de reflexiones empieza a hacer evidente el porqué del empecinamiento de la Comisión y el Parlamento en la creación del Fiscal General Europeo, figura que también es apoyada y recomendada por el Comité de Vigilancia de la

21 La situación no ha cambiado substancialmente a la descrita en Nieto Martín (en nota 2), p. 26 ss.

22 Un ejemplo sencillo (e hipotético): en un proceso penal por fraude de subvenciones comunitarias a la exportación que se realiza en España, se intenta hacer valer un informe de la OLAF del que culmina una investigación conformada a partir del registro del local de una empresa importadora, la cual ha sido realizada en un país comunitario en el que el registro de los domicilios de las personas jurídicas puede realizarse sin necesidad de autorización judicial. Obviamente este informe no tendrá valor alguno y además los procesados intentarán invalidar toda la actividad probatoria que procede del registro no autorizado.

En el *Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen*, Comisión des Communautés européennes, Bruxelles, le 11-12-2002 COM (2001) 715 final, p. 15-16, la Comisión se queja también del escaso valor que los Tribunales nacionales dan a las investigaciones de la OLAF.

OLAF siempre que tiene ocasión para ello²³. Y es que por mucho que perfeccione la investigación y el control administrativos, esto sirve de poco si no se avanza en el terreno de la cooperación judicial.

C) El Proyecto de directiva relativa a la protección de los intereses financieros y la potencialidad del art. 280 del TCE.

Ya se ha advertido de la escasa fortuna que hasta el momento han tenido el CPIF y sus Protocolos adjuntos. Igualmente fueron apuntadas las razones probablemente más políticas que jurídicas que llevaron a situar estos textos en el tercer pilar, en contra de la opinión del Parlamento y de la Comisión, que estimaban suficiente como base jurídica el art. 280 del TCE en su redacción de Maastricht. Pues bien, de lo que se trata ahora es de determinar el significado del art. 280.4 en la redacción de Ámsterdam, y en concreto de su última frase, que recuerda que las medidas necesarias para la aprobación y lucha contra el fraude no pueden referirse «a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia». La cuestión, más allá del entretenimiento académico que puede proporcionar, tiene enorme importancia en estos momentos. El art. 280.4 se considera por parte de algunos autores e instancias comunitarios la punta de lanza para la introducción del *Corpus Juris* y el Fiscal General europeo²⁴. Por otro lado, y recientemente la Comisión ha realizado una propuesta de Directiva relativa a la protección de los intereses financieros cuya finalidad es llevar al primer pilar el derecho penal sustantivo del CPIF y sus protocolos. Las razones son expuestas de este modo por la Comisión: «Casi seis años después del establecimiento del convenio PIF hay que rendirse a la evidencia de que, hoy por hoy, no se ha conseguido el objetivo de la armonización y el ámbito de la protección de los intereses financieros comunitarios sigue padeciendo de la inexistencia de una normas mínimas de protección penal efectivamente aplicables en toda la Unión Europea»²⁵.

23 Vid. especialmente el Dictamen 5/99 del Comité de Vigilancia de la OLAF sobre las consecuencias de una posible aplicación del *Corpus Juris*, en (not. 15 a), p. 59 y ss en donde se indica expresamente que «la OLAF se ha concebido como una solución transitoria para resolver un problema urgente, en espera de una solución más global y definitiva que requiere la aplicación de procedimientos más lentos». Vid. igualmente su Dictamen 3/2001, relativo a la posible creación de la función del fiscal general europeo competente en materia de investigaciones internas (not. 15 b), p. 59 ss.

24 En este sentido el informe de la europarlamentaria Sra. Theato, en el que se hace pública la toma de posición del PE indicando que el art. 280 podría ser la base «para un Reglamento en el que se contenga los tipos penales, las penas y los principios de derecho penal previstos en el *Corpus Juris*». En igual sentido la mayoría de los informes que sobre este precepto se recogen en Delmas Marty/Vervaele (éds), *La mise en oeuvre du corpus juris dans les Etats membres*, vol I, Intersentia, Antwerp-Groningen-Oxford, 2000, p. 387 ss.

25 Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad (presentada por la Comisión), Bruselas, 23-5-2001, COM

Una primera interpretación de la expresión final del art. 280.4 sería contraria a las pretensiones de la Comisión²⁶. Tanto en Ámsterdam como después en Niza ha quedado claro que todo lo «penal» es materia del tercer pilar donde se incluye expresamente la lucha contra el fraude (art. 29 TUE). El objetivo perseguido con el art. 280.4 habría sido crear una base jurídica clara que permita adoptar disposiciones administrativas en el terreno de la prevención y la represión administrativa del fraude. Ha de recordarse en este sentido que, por ejemplo, tanto el Reglamento 2186/95 relativo a las verificaciones in situ, como el propio Reglamento 2988/95 de protección de los intereses financieros tuvieron que adoptarse a falta de una base más clara sobre el socorrido art. 235 del TCE. El que las normas generadas a partir de este precepto hayan de hacerse por el procedimiento de codecisión (art. 251) incrementa además su legitimidad, lo que es particularmente significativo a la hora de generar nuevas sanciones administrativas. La coda final quiere decir por tanto que ni el derecho penal nacional, ni la administración de justicia pueden verse afectada por estas disposiciones.

Una segunda interpretación, mucho más incisiva, del art. 280.4 es la propuesta por Tiedemann²⁷. Este precepto permitiría adoptar normas penales que servirían para completar el derecho penal nacional relativo a la protección de los intereses financieros con el fin de generar una protección equivalente. Ejemplo: si las instancias comunitarias consideran que el fraude de subvenciones ha de sancionarse en su modalidad imprudente, pueden establecer un tipo de estas características que se aplicaría en ausencia de disposición nacional. De este modo, la famosa frase final lo que quiere señalar es que la Comunidad no puede intervenir en la aplicación del derecho penal nacional creando normas penales comunitarias, que, en virtud del principio de efecto directo, desplacen a las nacionales, en cuanto que esto supondría interferir en la aplicación del derecho nacional. Nada impide por el contrario la creación de tipos complementarios.

(2001) 272 final. En concreto la directiva supondría la introducción de un delito de fraude (art. 3), corrupción (art. 4), blanqueo de capitales (art. 6), responsabilidad de los jefes de empresa (art. 8), de las personas jurídicas (art. 9), además de establecer alguna disposición relativa a la cooperación con la Comisión (art. 13).

26 Una completa información bibliográfica acerca de las interpretaciones del art. 280.4 puede encontrarse en Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Heymanns, Köln, 2001, p. 138 ss, quien mantiene una interpretación rigurosamente fundamentada y coincidente con la que aquí se propone.

27 AGON, Nr. 17, 1999, p. 12 ss y algo más matizadamente en Delmas Marty/Vervaele (éds.) (not. 23), p. 404 ss. En concreto Tiedemann (op ult. cit p. 4) estima que el art. 280 no sirve como fundamento para establecer el Fiscal europeo «pues la creación de nuevos principios de procedimientos y la creación de nuevas instituciones procesales afectarán sin duda alguna al procedimiento nacional y a su organización judicial».

La Comisión tiene también, por supuesto, una interpretación bien definida del art. 280.4 in fine, y más avanzada que la propuesta por Tiedemann. En cuanto, que además de afirmar que la «lucha» puede plantearse desde el primer pilar, no estima que la intervención comunitaria ha de ser complementaria de la de los Estados. En concreto y por lo que se refiere a la polémica coda, su opinión es la siguiente: «conviene observar que dicha opinión no se refiere al Derecho penal de modo general y en su totalidad, sino que se refiere exclusivamente a dos aspectos específicos, a saber «la aplicación de la legislación penal nacional» y «la administración de la justicia de los Estados miembros. El apartado 4 del artículo 280 se refiere en principio a cualquier medida en el ámbito de la prevención y de la lucha contra el fraude y, en este contexto, la segunda frase establece un régimen de excepción que, habida cuenta de los objetivos de este artículo, debe considerarse de estricta interpretación»²⁸.

Ninguna de estas dos interpretaciones resulta, en nuestra opinión correcta, pues el argumento de base: la creación de auténticos preceptos comunitarios paralelos o complementarios a la legislación penal, pero en modo alguno concurrentes, no resulta del todo convincente. Si no es posible influir en la aplicación del derecho penal *a maiorem* tampoco resulta posible legislar en derecho penal. Cuando el legislador interno decide sancionar sólo el fraude de subvenciones en su modalidad dolosa, decide a la vez que no desea sancionar los comportamientos imprudentes, por lo que un tipo penal europeo complementario o sustitutivo está sin duda afectando a la aplicación del derecho penal nacional. Por otro lado, y si se cree conveniente recurrir a la voluntad de los «padres reformadores» de los Tratados: lo lógico que hubiese sido la mención expresa en el art. 280 de una competencia tan importante como «la armonización de la legislación penal de los Estados miembros en el ámbito de la lucha contra el fraude». Obsérvese en este sentido que en el Consejo europeo de Niza, conocida la polémica se tuvo oportunidad de aclarar este pasaje, a lo que daba pie la propuesta de la Comisión para crear el Fiscal europeo. A parte de todas estas consideraciones centradas en el art. 280.4 TCE, sigue existiendo un argumento político constitucional importante: una armonización fuerte del derecho penal resulta incompatible con el principio de legalidad en cuanto *nullum crimen sine lege parlamentaria*. Y es que el Consejo, por mucho que actúe en el marco del proceso de codecisión no es un órgano con representación popular directa.

Por otro lado, y en cuanto se refiere a la propuesta de Directiva en sí, resulta sumamente valorable en cuanto gesto político de la Comisión a modo de denuncia

28 Vid. Propuesta de Directiva (not. 24), p.5 s. En la doctrina mantienen también una interpretación proclive a los intereses de la Comisión, Bacigalupo (p. 387 ss), Delmas Marty (p. 392 ss) en Delmas Marty/Vervaele (not. 23), el argumento puede resumirse del siguiente modo: en cuanto que el sistema del Corpus Juris es paralelo (en vez de) al derecho penal nacional no puede decirse que interfiera en su administración de justicia ni en la aplicación de la ley penal.

de la desidia estatal, pero desde un punto de vista estrictamente práctico tampoco su promulgación conseguirá alterar significativamente el estado de cosas actual. Primero, porque en caso de que algunos Estados miembros siguieran mostrando un grado de «insumisión» o dejadez semejante al actual, que les lleva a no ratificar el CPIF y sus Protocolos, los preceptos de la Directiva obviamente no podrían tener efecto y directo²⁹. Es cierto, que en este caso la Comisión podría plantear un recurso por incumplimiento contra los países «rebeldes», pero esta decisión podría tomarla ahora³⁰, lo que en virtud de las razones que sean no la estima conveniente. Por otro lado, y situándonos en el mejor de los mundos, la hipotética traslación puntual de la directiva por parte de los Estados miembros, tampoco supondría un avance substancial. La Propuesta de directiva se limita a la parte substantiva del CPIF y los Protocolos, pero no contiene por ejemplo las disposiciones que se refieren a la extensión de la competencia de la administración de justicia de cada Estado para juzgar los distintos comportamientos lesivos, las reglas tendentes a mejorar los procesos de extradición, sobre la colaboración judicial etc. La parte más innovadora del CPFI y los Protocolos queda fuera de la Propuesta, por lo que seguirá siendo necesaria su ratificación para una protección eficaz. Finalmente, y desde el punto de vista de la estrategia jurídica a seguir en la lucha contra el fraude la armonización es probablemente un camino que haya de dejarse a atrás. La creación de un Fiscal General Europeo, la apuesta fuerte de la Comisión, no se compagina con un derecho armonizado, sino con uno unificado. Desde este punto de vista la armonización habría de entenderse como una suerte de «mientras tanto», que probablemente y a la luz de cuanto a continuación va a referirse puede ser bastante largo.

C) *El Fiscal General europeo y la introducción del «Corpus Iuris»*

El Corpus Iuris constituye el norte político criminal de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo³¹. Como es conocido esta propuesta supone la creación de justicia federal dentro de la Unión, similar a la que existe en los EEUU, con unas figuras delictivas comunes, acompañadas de la correspondiente Parte General, que serían de aplicación directa en la totalidad de los países en el marco de un proceso

29 Sobre la no existencia de efecto directo de las directivas cuando ello sirve para agravar o fundamentar la responsabilidad penal Nieto Martín (not. 2), p.259 ss.

30 En cuanto que los Estados que no ratifican el CPIF y sus protocolos están impidiendo una protección eficaz de los derechos comunitarios, lo que supone violar el principio de buena fe contenido en el art. 10 y 280.1 del TCE.

31 Como es conocido la versión original del Corpus Iuris. Delmas Marty (dir) Corpus Iuris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, Economica, 1997), ha sido reelaborada en lo que se conoce como la «versión de florencia» (vid. su texto en <http://www.law.uu.nl/wiarda/corpus/index1.htm>). Sobre el Corpus Iuris vid. el estudio de Choclan Montalvo, *Hacia la Unificación del Derecho penal comunitario. El Corpus Iuris*, La Ley, v. 18 y 19, 1998.

cuya instrucción se confía al Fiscal general europeo y cuyos actos de investigación que afecten a derechos fundamentales habrán de ser autorizados por un juez de garantías designado por cada Estado. El juicio oral se realizará en el país que determine el Fiscal, de acuerdo con unos criterios expresamente señalados, con recurso de apelación ante un Tribunal superior de ese mismo Estado y finalmente con un recurso de casación, pero en su genuina versión de recurso de unificación de doctrina, ante el TJCE.

Pese a las poderosas razones que empujan a la Comisión a apoyar este proyecto³², esto no significa que en el corto plazo se aspire a su introducción global. La envergadura de esta propuesta exige notables modificaciones en la mayoría de los Estados miembros, incluso en muchos de ellos de carácter constitucional³³. Y ello sin contar con las adaptaciones de cultura jurídica que requerirá en los operadores jurídicos de muchos Estados. La política de los «pequeños pasos» parece que se impone también en este punto y, de este modo, del conjunto del Corpus Juris el aspecto que más le interesa a la Comisión es la introducción de la figura del Fiscal General europeo. El resto de aspectos materiales y procesales del texto habrán de introducirse en cuanto que fueran funcionalmente necesario para la correcta actuación del Fiscal. Pero esta estrategia política se impone también porque el apoyo con que cuenta el Proyecto por parte de los Estados no es todo lo entusiasta que cabría esperar.

De hecho, la presentación oficial del FGE que realizó la Comisión ante los Estados miembros en la conferencia de Niza³⁴ se saldó con la no discusión de la propuesta por falta de tiempo y con la creación de Eurojust. Figura que supone profundizar en el campo de cooperación judicial y no en la dirección de la unificación, que en última instancia es lo que representa la creación del Fiscal³⁵. En cualquier caso, y aunque no es posible entrar aquí en las posibles relaciones entre Eurojust y el FGE, estas figuras, como la propia Comisión admite son compatibles: pues mientras que Eurojust dentro de la cooperación judicial habría de ocuparse de los delitos dentro de la Unión, la figura del fiscal atendería a los delitos contra los bienes jurídicos propios de la Unión o de la Comunidad³⁶.

32 Aparte de las que aquí ya se han expuesto, es muy aleccionador el caso práctico que la Comisión plantea como anexo al Livre Vert (not. 21), p. 94 ss.

33 Vid. los completos resúmenes nacionales que se contienen en los volúmenes II y III de la obra *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats membres* (not. 23).

34 Comunicación de la Comisión, Contribución complementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales. La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad y el Fiscal Europeo, Comiión de las Comunidades europeas, Bruselas, 29-09-2000, COM (2000) 608 final.

35 Sobre el papel de Eurojust vid. la posición de la Comisión en, Comunicación de la Comisión. Sobre la creación de Eurojust, Bruselas, 27-11-2000, COM (2000) 746 final.

36 Livre Vert (not. 21), p. 67.

Lo ocurrido en Niza no ha significado tampoco la retirada del Proyecto. Recientemente la Comisión ha generado dos documentos de gran importancia. En el primero de ellos se lanza la idea de establecer un Fiscal General con el fin de que se ocupe de la protección de los intereses financieros en relación a conductas que provengan de los propios funcionarios o agentes comunitarios³⁷. La propuesta obedece, como podrá adivinarse, a las dificultades que la OLAF está encontrando en la realización de controles internos. La instauración del Fiscal en este reducido ámbito, aparte de servir de ensayo general, supondría un marco más garantista y eficaz con el que combatir la corrupción interna. El segundo documento, aún más reciente, es el «Libro verde para la protección de los intereses financieros de la comunidad y la creación de un Fiscal Europeo»³⁸. Mediante este trabajo la Comisión a la par que formula con mucho más detalle que lo hizo en Niza la figura del FGE, pretende, en una iniciativa encomiable, abrir un diálogo abierto a todos los que deseen participar acerca de los aspectos claves en su conformación. En lo que sigue se abordarán sucintamente tres aspectos, a mi juicio, claves para la configuración del FE.

La primera cuestión tiene carácter «constitucional»: ¿cuál es la base legal que proporcionan el TUE para la introducción del FGE y en caso de que no existiera alguna que fórmula habría de elegirse para su introducción?. Para un sector doctrinal y el PE, conforme veíamos anteriormente, el art. 280 incluso en su actual formulación podría ser la piedra a partir de la cual edificar no sólo la institución del Fiscal sino en general todo el *Corpus Juris*³⁹. Por las razones expuestas anteriormente no compartimos esta opinión. La Comisión Europea estima que efectivamente el lugar ha de ser el art. 280, pero que la introducción de esta figura requeriría una modificación del precepto. Y esto fue precisamente la «propuesta de Niza» en la que se proponía incluir un art. 280 bis⁴⁰. Esta solución plantea nuevamente inconvenientes

37 Vid. Informe del Comité de Vigilancia de la OLAF citado en la not. 22.

38 Vid. (not. 21).

39 Vid. infra not. 27.

40 Art. 280 bis: «Con el fin de contribuir a la realización de los objetivos del apartado 1 del art. 280 el Consejo, pronunciándose a propuesta de la Comisión por mayoría cualificada y previo dictamen favorable del Parlamento Europeo, nombrará por un período de seis años no renovable a un Fiscal Europeo. El Fiscal Europeo tendrá como misión investigar, acusar y enviar a juicio a los autores o cómplices de infracciones que afecten a los intereses financieros de la Comunidad y ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción pública relativa a estas infracciones en el marco de las normas previstas en el apartado tercero.

2. El Fiscal Europeo será elegido entre personalidades que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio en sus países respectivos de las más altas funciones judiciales. En el cumplimiento de su tarea no solicitará ni aceptará ninguna instrucción— En caso que ya no cumpliera las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o si hubiera cometido una falta grave podrá ser destituido por el Tribunal de Justicia, a petición del Parlamento, el Consejo o la Comisión. Con arreglo al procedimiento establecido en el art. 251, el Consejo establecerá el estatuto del Fiscal Europeo.

de orden constitucional. Conforme a la propuesta de la Comisión una vez definidos genéricamente los rasgos del Fiscal Europeo, después es el Consejo quien tiene en sus manos el diseño final del estatuto del fiscal, las figuras delictivas, las penas, las reglas de prueba etc. Es cierto que esta competencia la ejerce conjuntamente con el PE en el marco de un procedimiento de codecisión, pero también debe recordarse que en este iter legislativo lo único que tiene el PE es capacidad de veto, por lo que su intervención no satisface las exigencias del principio de legalidad⁴¹. Ello, más allá de argumentos coyunturales como que el principio de legalidad debe interpretarse según la estructura de la comunidad, supone una importante regresión y nos sitúa a una peligrosa «pendiente resbaladiza». Si la protección de los intereses financieros, a decir de expertos tan cualificados en la política europea en esta materia como Tiedemann⁴², no es sino el embrión de un futuro derecho penal económico común, resultará que a la postre los ejecutivos de los países de la Unión tendrán en sus manos las riendas de la política criminal en el sector más expansivo del derecho penal contemporáneo.

Por estas razones resulta preferible que la inclusión del FGE y las tipificaciones y reglas comunes que ello entrañan se efectuasen a través de la confección de un Convenio internacional que habría de formar parte, no del tercer pilar, sino del derecho originario. Este procedimiento es además semejante al que en su día se siguió al instaurar los estatutos del TJCE en los que por cierto figuran también disposiciones de carácter penal directamente aplicables⁴³. Constitucionalmente ello permite que los Parlamentos nacionales intervengan en la creación del FE lo que incrementa la legitimidad de la figura. Atendiendo a la conformación de un «espíritu europeo» no debe despreciarse tampoco los mayores efectos simbólicos que tendría esta vía.

Aspecto esencial en la conformación de la figura del Fiscal es, por supuesto, garantizar su independencia. La propuesta de la Comisión plasmada en el art. 280 bis 2 resulta satisfactoria, tanto por el proceso de elección, como por la duración de la misma, que es superior al periodo de mandato de las instituciones que intervienen elige al Fiscal como por el régimen de responsabilidad que se establece. Ahora bien,

3. El Consejo, con arreglo al procedimiento contemplado en el art. 251, fijará las condiciones del ejercicio de las funciones de Fiscal Europeo adoptando:

- (a) un Reglamento que establezca los elementos constitutivos de las infracciones penales relativas al fraude y a cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la comunidad así como las penas aplicadas a cada una de ellas;
- (b) las normas de procedimiento aplicables a las actividades del Fiscal Europeo y las normas por las que se controlará la admisibilidad de las pruebas;
- (c) las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos de procedimiento adoptados por el Fiscal Europeo en el ejercicio de sus funciones.».

41 Vid. Nieto Martín (nota 2), p. 78 ss.

42 *Le frode alle sovvenzioni: origini di un diritto penale europeo*, RTDPE, 1999, p. 560 ss.

43 Vid. Grasso (not. 5), p.188 ss.

la independencia no sólo debe estar garantizada en el caso del FG sino también en los fiscales delegados con que cuenta en cada país y que en la práctica son los que realizaran la instrucción. En relación a los mimos, y dentro de las distintas propuestas que baraja la Comisión en el Libro verde debe apostarse por la que mejor garantiza su independencia: la dedicación exclusiva a la fiscalía europea y la salida durante el tiempo que dure su mandato del ámbito jerárquico del Fiscal nacional⁴⁴.

La tercera cuestión se refiere a los delitos que habrán ser competencia del FE y del grado de uniformidad que se requiere en su tipificación. En relación a esta última cuestión, la Comisión se plantea en el «Libro verde» la posibilidad de que para el funcionamiento del fiscal quizás sea suficiente con un derecho penal nacional cuyos delitos destinados a tutelar a la Hacienda comunitaria se encuentren armonizados; de ahí quizás el interés del Proyecto de directiva que antes comentábamos⁴⁵. Esta opción no resulta adecuada. La creación de la figura del Fiscal es inescindible de unos delitos comunes con penas comunes e incluso con la unificación de ciertas figuras de la PG (autoría y participación, tentativa y error, fundamentalmente). Y ello no sólo porque facilite la cooperación, sino, y sobre todo, porque la armonización puede dar lugar a consecuencias tremendamente injustas⁴⁶. Esto puede evidenciarse con el siguiente ejemplo: A y B realizan como coautores un fraude de subvenciones en dos países distintos de la Comunidad, el FG decide centralizar el procedimiento en el país de A. Como B realizó el delito en su país no existe otra posibilidad que aplicarle el precepto vigente en su país que establece penas considerablemente menores, que hacen posible por ejemplo la suspensión de la pena. Observen que incluso la no unificación puede dar lugar a consecuencias tan aberrantes como que en alguna ocasión el cómplice, juzgado por ejemplo de acuerdo con un ordenamiento (vgr. Dinamarca) en el que está vigente un modelo unitario de autor, reciba una mayor pena que el autor. Finalmente un derecho simplemente armonizado supondría que el Tribunal nacional ante el que se ha decidido concentrar el caso de fraude transnacional tiene que manejar «enteros» distintos ordenamientos jurídicos. Lo cual resulta extremadamente complejo por mucho que se instauren sistemas de asesoramiento. En suma: no creo que sea preciso insistir más en que unificación y FG son sendas comunes.

Con lo hasta aquí expuesto se ha pretendido explicar la compleja evolución que durante más de una década (1989-2001) ha experimentado la política criminal comunitaria en relación a los intereses financieros. Desgraciadamente el debate

44 Livre Vert (not. 21), p. 30 s.

45 Livre Vert (not.21), p. 34 ss.

46 Al menos para el grado de sensibilidad jurídica de los europeos, pues es cierto que en estados federales como los EEUU no resulta chocante, por ejemplo, que en unos Estados castiguen determinados delitos con pena de muerte y otros no.

hasta ahora ha sido demasiado tecnocrático y muy lejano no ya sólo para el ciudadano normal, sino incluso para la casta de los juristas. Como es fácil entrever de cuanto se ha expuesto se adivinan dos modelos el de la cooperación, asentado en el tercer pilar, y el de la unificación que encuentra acomodo solo en Proyectos más o menos oficiosos como el del Corpus Juris y en las propuestas de la Comisión. Pues bien, sería un error pensar que la elección de uno u otro modelo es un aburrida cuestión técnica, pues tiene mucho que ver con las garantías. Profundizar en el camino de la cooperación hasta las últimas consecuencias, tal como se insiste tras los acontecimientos de Septiembre, supone recorrer un camino mucho más peligroso, ya que en definitiva supone desmontar todos los mecanismos de revisión que existen en un ordenamiento a la hora de dar validez a los actos o a las peticiones de otro (en materia de extradición, de admisión de pruebas, de reconocimiento de sentencias judiciales etc.). Esto es significa «tener que cerrar los ojos y taparse la nariz» en aras a la eficacia o a la «lucha» contra la criminalidad y implica que a la postre acabe por prevalecer el «mínimo de garantías común». Frente a esto, el modelo de la unificación –que por ejemplo es el que representa en un contexto mucho más global la creación del Tribunal Penal Internacional– permite establecer una mayor transparencia y controlar más abiertamente el sistema de garantías, entre otras cosas porque proporciona un marco legal más claro y pone nombre y apellidos a las personas situadas en la cúspide del sistema.

1. El fraude de subvenciones: problemas doctrinales y prácticos

El CP de 1995 trajo como principal en el Título de los delitos contra la Hacienda pública la tutela de los intereses financieros de la Comunidad. El empeño y buena voluntad que el legislador puso en este intento fue tan notable como los defectos técnicos en que incurrió⁴⁷. Por ello sería más que conveniente que el ordenamiento español terminara de acomodarse a lo dispuesto en el CPIF y sus Protocolos, momento que de paso podría aprovecharse para solventar los defectos que en los art. 306 y 309 ha denunciado la doctrina. Técnicamente la reforma resulta sencilla pues de lo que se trata es de asimilar enteramente las subvenciones comunitarias a las nacionales, estableciendo un régimen punitivo común, elaborado, no a partir de las conductas del art. 308, sino de las obligaciones que supone la ratificación del CPIF⁴⁸. Ahora bien, una vez manifestada la necesidad de reforma, la ratificación

47 Al respecto Nieto Martín (not. 1), p. 369 ss y recientemente Asua Batarrita, *Incongruencias del sistema dual de incriminación del fraude de subvenciones en el Código penal español de 1995: ¿armonización europea versus principio de asimilación?*, en Quintero Olivares y F. Morales Práts (coords), *Estudios penales en memoria del profesor Valle Muñiz*, Pamplona, 2001.

48 A estos efectos la reforma legal podría tomar como base la definición de las conductas típicas efectuada por el art. 1 del Corpus Juris. Es verdad que este precepto tiene dos aspectos político

del CPIF, conjuntamente con el principio de asimilación (art. 208 TUE), exige una reinterpretación de *lege lata* del derecho vigente conforme con sus disposiciones.

De ello vamos a ocuparnos en la primera parte (a) e este apartado, en donde se propondrá una reordenación de los fraudes comunitarios y nacionales, no sólo conforme con el Convenio y el principio de asimilación, sino que también establezca un régimen punitivo coherente en lo tocante a las desquiciadas relaciones que estos delitos mantienen con la estafa. En la segunda parte (b) nos centraremos en analizar la responsabilidad de los funcionarios públicos encargados de gestionar la subvención que participan en el fraude, ya sea en el momento de la concesión ya sea en el de su control posterior.

a) Fraudes comunitarios y nacionales: propuesta de una «reordenación»

El examen de la jurisprudencia recaída sobre la controvertida relación entre la estafa y el fraude de subvenciones pone de manifiesto una enorme disparidad de criterios poco acorde los más elementales parámetros de seguridad jurídica⁴⁹. La doctrina por su parte se ha esforzado en acuñar soluciones razonables a lo que en verdad no es sino fruto de una equivocación legislativa y que nos obliga a habitar en un complicado mundo al revés: sancionar el fraude de subvenciones con una pena inferior al delito de estafa. Esta transmutación no es fruto, con toda seguridad, de sesudas cavilaciones legislativas acerca de la relación entre el fraude de subvenciones y la estafa, sino simplemente de haber atendido las peticiones que solicitaban un incremento de pena en relación al delito de estafa, olvidándose de coordinar el nuevo marco punitivo con otras disposiciones del Código⁵⁰. Ante esta situación lo único que cabe hacer, dejando de lado posicionamientos previos es buscar soluciones lo más acordes posibles con la justicia material o, más exactamente, con el principio de proporcionalidad.

A estos efectos, lo primero quizás que convenga recordar es que la tipología de las conductas irregulares relativas al fraude de subvenciones, pueden situarse en la siguiente escala:

- Conductas que suponen desconocer requisitos a los que está sometida la concesión de la subvención, su mantenimiento, revocación o el modo en que ha de cumplirse con la contraprestación subvencionada pero que están desconectadas del fin de la subvención.

criminalmente discutibles, como es la incriminación de la imprudencia grave y su configuración como delito de peligro, pero la descripción en sí de las conductas típicas resulta acertada.

49 Vid. la reseña de jurisprudencia realizada por Ruíz Rodríguez en (not. 3), p. 76-83.

50 Otro ejemplo de los desajustes valorativos que ha provocado el incremento de las penas en la estafa es el que emborrona las relaciones concursales entre el delito de apropiación indebida y la administración desleal, sólo que en este caso es fruto de una curiosa carambola legislativa provocada por la remisión penológica que el delito de apropiación indebida realiza a la estafa.

- Conductas que frustran del fin de la subvención como consecuencia de infringir alguna de las condiciones o requisitos a los que su concesión o disfrute está sujeta.

Hasta ahora, con buen criterio, la doctrina más solvente en esta materia viene señalando que la zona de actuación del delito de fraude de subvenciones era la citada en último lugar. Para ello o bien se partía directamente de una concepción patrimonial del bien jurídico protegido⁵¹ o bien, aún admitiendo una configuración más amplia –institucional–, después se efectuaban sobre ella una serie de restricciones que lograban acotar la «zona penal» del delito de fraude de subvenciones a los supuestos en los que el incumplimiento de la condición se anudara a la frustración del fin⁵². Esta construcción resulta teóricamente correcta, pero resulta difícil de mantener a la vista de la relación de penas existente entre el fraude de subvenciones y la estafa.

A partir del «caso de la colza» el TS⁵³ admitió que dentro del delito de estafa del art. 248 tenía cabida la teoría personal del patrimonio, la cuál y como es sabido admite como criterio de valoración del daño criterios objetivo individuales como el de la frustración del fin. De ello se sigue que desde el punto de vista de la frustración del fin como bien jurídico protegido resulta imposible determinar él por qué de las mayores penas de la estafa. Incluso si a la frustración del fin se enmarca dentro de una concepción institucional del bien jurídico– la protección de la libertad de

51 Vid. Martínez Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 387 s, donde se puede encontrar un elenco de los autores que mantienen posiciones «patrimonialistas» y Gómez Rivero, *El fraude de subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, quien es la autora que de un modo más completo ha desarrollado la construcción del delito desde el punto de vista patrimonial.

52 Esta es la posición mantenida por Asua Batarrita, Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p.125 ss, especialmente p. 144 y 145: «*aquellos otros requisitos de acceso que no se conecten con el fin subvencional serían irrelevantes penalmente*» o más adelante «*el aspecto patrimonial constituye un referente a tomar en cuenta para evaluar la idoneidad de la conducta para afectar la menos en abstracto tales intereses*».

Martínez Buján (not. 51), p. 385 y 420 otorga a mi juicio un grado menor de importancia que la citada autora a los aspectos patrimoniales. Sin embargo, y si no me equivoco, en la interpretación que él propone el art. 308 éste comprendería también aspectos patrimoniales, en cuanto que el delito de estafa presupuestos el resto de sus requisitos típicos no comienza a actuar desde que se produce la frustración del fin, sino tan sólo –manejando un criterio de distinción cuantitativo entre ambas figuras–: «en aquellos casos en que el perjuicio causado por el agente aparece *completamente desconectado* de los fines de la subvención» (las cursivas son mías). Salvando este aspecto, la concepción del bien jurídico que aquí va a mantenerse resulta muy similar a la de éste autor.

53 STS de 23-4-92, FJ 9. Vid. De la Mata Barranco, *Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución económicamente evaluable) y delito de estafa*, PJ nº 34

planificación y disposición del ente que concede la subvención –, lo cierto es que la conclusión debiera llevar a una mayor penalidad del fraude de subvenciones, pues la libertad de disposición por tener lugar precisamente en el marco de la administración pública tiene una mayor legitimidad como bien jurídico protegido y una mayor necesidad de protección que la privada. La conclusión que hay que extraer de todo esto es que siempre que se produzca el perjuicio patrimonial característico del fraude de subvenciones –la frustración del fin– y además –obviamente– el resto de los requisitos de la estafa será de aplicación éste delito y ello con independencia de la cuantía de la subvención. El fraude constitutivo de estafa puede sancionarse por tanto como delito cuando la subvención alcance las 50.000 pts. Político criminalmente este resultado no me parece desacertado, en cuanto que no encuentro razones de peso en virtud de las cuales la lesión del patrimonio privado debe protegerse con mayor contundencia que el patrimonio público.

Pero aún hay más. Tradicionalmente se había indicado que el delito de estafa no servía para sancionar los casos de «malversación de la subvención» y que por tanto existía aquí una laguna punitiva. Esta afirmación quizás ha de revisarse. En primer término, no es seguro que la estafa sea tan inservible en los terrenos de la malversación. Pues cuando la norma que otorga la subvención impone al tomador la obligación de poner en conocimiento de la administración aquellos hechos nuevos que obligarían a devolver la ayuda una vez obtenida, puede plantearse razonablemente la estaba en comisión por omisión, en cuanto que el beneficiario se encuentra en una posición de garantía establecida por la ley (art. 11) y su silencio equivale a afirmar que los hechos que llevan a la revocación, total o parcial de la subvención no se han cumplido. Repárese en que en el derecho alemán la modalidad de malversación no se ha incluido expresamente en el § 264 StGB hasta 1988. Hasta este instante se entendió mayoritariamente que estos casos podían ser abarcados sin problemas por la conducta consistente en «no poner en conocimiento del otorgante aquellos hechos que sean relevantes para la subvención, infringiendo la normativa para la concesión de ésta». A decir de la doctrina más cualificada, la nueva modalidad de malversación tiene un cometido un tanto residual: sancionar aquellos supuestos en los que el beneficiario que ha malversado la subvención no tenía obligación alguna de comunicar⁵⁴.

Pero por otro lado, y en aquellos supuestos en los que la estafa no sea de aplicación tampoco resulta absolutamente descabellado que en aquellos supuestos en los que la malversación de la subvención ocasione un perjuicio patrimonial se piense en el delito de apropiación indebida. Como es conocido, desde mediados de los años 90

54 Al respecto Tiedemann, LK, § 264, marg. 1, (33 Lieferung), 2000. La reforma del derecho alemán ha venido motivada por la ratificación del CPIF que incluye como conducta expresa (art. 1) «el desvío de los fondos».

el delito de apropiación indebida ha sufrido una ampliación jurisprudencial a partir de la cual se entienden comprendidos en él los comportamientos de «gestión desleal de sumas de dinero»⁵⁵. Los supuestos de malversación allí cuando se frustra el fin de la subvención contienen una estructura similar a la gestión desleal. Es cierto, no obstante, que a parte de esta identidad en lo tocante al bien jurídico y al núcleo de la conducta típica, la aplicación del delito de apropiación indebida requeriría que la relación entre el tomador de la ayuda y la entidad otorgante pudiese ser incluida dentro los títulos característicos del este delito. En este sentido debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el que la concesión de la subvención transmita la propiedad no es obstáculo para apreciar la existencia de esta figura, pues éste hecho es común a gran parte de los supuestos de gestión desleal de dinero. Igualmente, y a diferencia de lo que ocurre en la *Untreue* (§ 266 StGB), el art. 252 no incorpora una relación de salvaguarda patrimonial y tampoco es *conditio sine qua non* que exista una especial relación de confianza como nota común a todos los títulos⁵⁶. Desde el punto de vista del tenor literal del art. 252, la subvención, en cuanto que donación modal, implica también la obligación de entregar o devolver si se incumple la carga. Es cierto, no obstante, que esta interpretación puede parecer algo forzada y resulta relativamente sencilla de rebatir desde muchas de las construcciones teóricas que se han efectuado de este delito. Pero no puede dejarse de lado que la apropiación indebida ha mostrado en la práctica judicial una elasticidad hermeneútica sorprendente y que en el marco de la delincuencia patrimonial clásica hemos disfrutado de piruetas interpretativas mucho más atrevidas. La reconducción de los supuestos de malversación al delito de apropiación indebida aportaría una penalidad igual para los dos grandes grupos de fraude, cuando se produce un perjuicio patrimonial –frustración del fin–⁵⁷.

Llegados a este punto, es decir, si admitimos que el perjuicio patrimonial –la frustración del fin– ya queda cubierto por el delito de estafa (o la apropiación indebida), las explicaciones para dar autonomía y sentido a la figura del fraude de subvenciones son únicamente dos. La primera consiste en entender que el bien jurídico del art. 308 continúa siendo el incumplimiento de las condiciones vinculadas al fin

55 Vid. Silva Castaño, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Dykinson, Madrid, 1997.

56 Cfr. Perez Manzano, en Bajo Fernandez (dir), *Compendio de derecho penal* (Parte Especial), vol. II, Ceura, 2000, p. 485.

57 No se ha insistido por ser ello casi obvio que el concepto de patrimonio es común a todos los delitos patrimoniales, lo que quiere decir que cuando en la apropiación indebida se admite como bien jurídico el patrimonio en los casos de gestión desleal de sumas de dinero este tiene idéntico contenido al que posee en la estafa y por tanto admite, conforme a la teoría personal, los casos de frustración del fin como daño. Como es conocido De la Mata Barranco (*Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, PPU, Barcelona, 1994) ha interpretado ya esta figura desde la teoría personal.

de la subvención (por sí sólo, modulando o junto a la protección de la institución), de tal modo que la función del delito consistiría en sancionar conductas merecedoras de pena pero que no pueden ser encajadas dentro de la estructura del delito de estafa.

La segunda posibilidad pasa por admitir que en el delito de fraude de subvenciones el bien jurídico protegido no se articula en torno al perjuicio patrimonial. La función del art. 308 consistiría en tutelar el programa normativo de la subvención, en cuanto que expresión de la capacidad de planificación y dirección económica del Estado (o de la UE) a través de la institución de la subvención pública. Y ello con independencia del perjuicio patrimonial cuya existencia no resulta abarcada por los delitos de fraude de subvenciones (306, 308, 309 y 628). Desde el punto de vista de la subvención como institución de derecho público tan relevante puede resultar el «fin primario» de la subvención, cuya frustración daría lugar al perjuicio patrimonial, como el modo en que éste a de conseguirse o las condiciones necesarias para acceder a disfrutar la subvención o su mantenimiento⁵⁸.

Ciertamente, la primera de las dos posibilidades apuntadas parece prima facie la más razonable y acorde con el principio de *última ratio* y fragmentariedad del derecho penal. Abundando en lo que se señalaba anteriormente la función del fraude de subvenciones consistiría en sancionar aquellas conductas que producen una frustración del fin de la subvención, pero en las que es inoperante el delito de estafa por no acomodarse a la estructura típica de este delito. Estos es, y básicamente, se trataría de sancionar los supuestos en que es imposible demostrar una relación causal entre engaño y error, ya sea porque la administración actúa creyendo que «todo está en orden», con lo cual el engaño, no genera error alguno que influya en el acto de disposición (la concesión de la subvención), ya sea porque el funcionario o autoridad encargada de conceder la subvención es parte de la trama. Esta interpretación, sin embargo, no resulta acorde con el marco valorativo. La razón es sencilla: no creo que estos comportamientos supongan un merecimiento y necesidad de pena menores a los casos de fraude de subvenciones que pueden sancionarse como estafa (o apropiación indebida), sobre todo si se piensa que sólo van a resultar punibles en subvenciones o ayudas que superen los 10.000.000 de pts.

58 Esta interpretación del bien jurídico absolutamente desvinculada de lo patrimonial es la propuesta por Tiedemann en relación al § 264, vid. *Wirtschaftsbetrug*, Berlin-New York, de Gruyter, § 264, marg. 11 y 14, en donde señala expresamente que la «frustración del fin es superflua» en el art. 264 y que el único bien jurídico protegido por este delito es la soberanía de planificación que tiene la administración sobre las finanzas públicas («Planungshoheit in Bezug auf öffentlichen Finanzmittel»). Ahora bien, en el derecho penal alemán a la vista de que la pena del fraude de subvenciones es igual a la de la estafa, que además este supone un delito de peligro y que además no existe cuantía alguna puede mantenerse coherentemente que el §264 es un delito especial y que la relación entre ambos preceptos es la del concurso de normas.

Así las cosas, solo es imaginable una explicación coherente del actual panorama legislativo español, la cual pasa por una lectura no patrimonial del delito de fraude de subvenciones, en la línea que anteriormente se comentaba. Lo que supone que el fraude de subvenciones (art. 308) será de aplicación:

a) En la modalidad descrita en el art. 308.1 al incumplimiento de aquellos requisitos o condiciones que regulan la concesión de la subvención pero que lesionen el resto de fines del programa subvencionado o simplemente supongan un menoscabo de los principios de objetividad y concurrencia que se expresan en la norma legal que fija la subvención. De este modo, quedarían abarcados, los supuestos en los que el autor pese a cumplir con el fin de la subvención no reúne otros requisitos que son necesarios para su obtención.

b) Asimismo el art. 308.1 habrá de aplicarse también a los supuestos en los que se frustra el fin de la subvención pero no puede sancionarse a través del delito de estafa por no cumplir con alguno de sus requisitos típicos. Ciertamente, estos supuestos habrían de sancionarse con una penalidad mayor a los anteriores, pero en el marco de la regulación actual, el mayor merecimiento de pena sólo puede tenerse en cuenta en el momento de la determinación de la pena.

c) Por lo que se refiere a los supuestos previstos en el art. 308.2, el delito de apropiación indebida, en su modalidad de gestión desleal de sumas de dinero, o la estafa en comisión por omisión serán de aplicación cuando la malversación implique un perjuicio patrimonial (frustración del fin). El marco de actuación del art. 308.2 viene determinado por una reinterpretación del término «fines» que aparece en esta modalidad de acuerdo con el bien jurídico propuesto. Por fines habrá que entender aquellos objetivos marcados por la norma que establece la subvención distintos al fin principal de la subvención. De este modo uno de los ámbitos de aplicación de este supuesto se produciría en aquellos casos en los que pese a haber cumplido con el fin de la subvención, lo ha realizado de forma diversa a como estaba previsto en su programa normativo.

La interpretación que se propone de la modalidad de malversación estimo que tiene especial virtualidad en relación a un grupo de casos que hasta ahora tenían difícil encaje en la modalidad de malversación. Se trata de aquellos supuestos en los que el autor ha obtenido lícitamente la concesión, pero después dejan de darse las concesiones necesarias para su mantenimiento o para su renovación, en casos de que sean subvenciones periódicas. La redacción del art. 308.1 que se refiere exclusivamente a la «concesión» impide la inclusión de estos casos dentro de su radio de acción. De acuerdo cuanto se lleva dicho, si el disfrute indebido de la subvención lícitamente otorgada, pero que habría de ser revocada o no renovada, supone la frustración del fin serán de aplicación el delito de apropiación indebida o incluso el de estafa. En aquellos supuestos en el que la pérdida del derecho a seguir disfrutando

de la subvención no afecte a su fin principal, pero sí que lesione otras condiciones del programa de la subvención será de aplicación el art. 308.2. No obstante, para que esto sea posible y puesto que esta modalidad requiere el «incumpliendo las condiciones establecidas» será preciso que la norma que concede la subvención imponga entre sus condiciones la obligación de notificar aquellos hechos que deban poner fin a la condición de beneficiario de la subvención.

Pero aún existen más repercusiones de esta reinterpretación que han de considerarse:

En primer lugar, dotan de coherencia a la relación entre los delitos de fraude de subvenciones, estafa y apropiación indebida pues atienden, como ha quedado expuesto a bienes jurídicos diversos. En aquellos casos en que se produzca el perjuicio patrimonial (frustración del fin) y además se lesionen, en subvenciones mayores a 10.000.000, otros aspectos del programa normativo de la subvención será de aplicación un concurso ideal de delitos. Cuando únicamente se haya producido la frustración del fin será de aplicación únicamente el delito de estafa (o la apropiación indebida), si bien el juez debe tener presente en la medición de la pena que a su vez ha sido vulnerado, pues ello resulta inmanente, el bien jurídico característico de los fraudes de subvenciones.

Una segunda consecuencia de la interpretación propuesta es que permite una interpretación conforme al CPFI y además permite articular coherentemente las relaciones entre los fraudes comunitarios (art. 306, 309 y 627 y 628 del CP). En efecto, tal como está redactado el art. 1 del CPFI el bien jurídico establecido se acerca más a la configuración que acaba de desarrollarse. Este precepto interpretado literalmente exige considerar como fraude «la percepción o la retención *indebida* de los fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades...». La expresión «indebida» abarca más supuestos que aquellos en que se produce una frustración del fin, pues también cuando se incumplen otros requisitos del programa legal de la subvención se estaría percibiendo o reteniendo indebidamente fondos europeos. Si esta comprensión resulta correcta la interpretación que aquí se mantiene no resultaría ya sólo razonable, sino también obligada como consecuencia de la ratificación del Convenio por el Estado español. A esta conclusión no se le puede objetar que el art. 308 se refiere exclusivamente a subvenciones nacionales. Pues como ya se ha puesto de manifiesto en otro lugar el art. 308 funciona como precepto común, por exigirlo ahora el principio de asimilación, cuando la subvención comunitaria supera los 10.000.000 de pts.⁵⁹. En otras palabras: el art. 308 conjuntamente con los fraudes comunitarios tendrían un mismo bien jurídico y una idéntica extensión

59 Nieto Martín (not. 2), p. 389 ss.

típica⁶⁰, residiendo la virtualidad de los art. 306 etc. en proporcionar una tutela, ya sea como delito ya como falta, de los fraudes de subvenciones comunitarias inferiores a 10.000.000 pero superiores a 4.000 ecus. Fraudes que en cuanto supongan un perjuicio patrimonial (frustración del fin) habrán de ser sancionados por el delito de estafa o apropiación indebida, pues el que los delitos contra el patrimonio amparen también el patrimonio de la UE es consecuencia obligada del principio de determinación⁶¹.

Una tercera implicación importante afecta a lo que a mi juicio resulta otro de los problemas claves de las relaciones entre la estafa (y ahora también apropiación indebida): el que hace referencia a la excusa absolutoria del art. 308.3. Las interpretaciones patrimonialistas del delito de fraude de subvenciones, aparte de no explicar bien las relaciones concursales con la estafa, se encuentra ante un grave problema a la hora de explicar por qué en los casos de frustración del fin que van a ser sancionados como fraude de subvenciones tiene operatividad la excusa absolutoria y no en aquellos otros a los que les es de aplicación el delito de estafa. A partir de la interpretación aquí propuesta resulta coherente que la excusa absolutoria se reserve exclusivamente para los casos de menor gravedad previstos en el art. 308, pero no para aquellos que ocasionan un perjuicio patrimonial efectivo. Políticamente no resulta admisible tratar mejor al autor de un voluminoso fraude de subvenciones constitutivo de estafa que al autor del «timo de la estampita». Es más, dado que los delitos de fraudes comunitarios, según lo expuesto, constituyen una unidad con el art. 308 que sólo por una cuestión de técnica legislativa se han ubicado en preceptos diferentes no existe inconveniente alguno en aplicar la excusa absolutoria a los supuestos de fraude de subvenciones comunitarias no constitutivas de estafa.

Como es lógico el bien jurídico propuesto tiene otras implicaciones importantes en la interpretación del tipo. Existen dos que resultan evidentes. De un lado, las diferentes cuantías previstas en los art. 306, 308, 309 y en el art. 628 han de interpretarse en el sentido que se refieren a la cuantía de la subvención obtenida y no al perjuicio patrimonial penalmente relevante⁶², como propone un sector doctrinal⁶³. Esta conclusión es obligada pues la intención del legislador es proteger penalmente la ejecución del programa normativo de subvenciones superiores a esta cuantía. El

60 Conforme a la interpretación propuesta se concilia también la extensión típica del primer apartado del art. 306

61 Esta interpretación resuelve también el problema de la falta prevista en el art. 628 (Nieto Martín (not. 2), p. 407, cuya penalidad era más benévola que la prevista en las sanciones administrativas, y ello porque a partir de ahora puede ser de aplicación el delito de estafa y, es su caso, al igual que ocurre con las subvenciones nacionales, en concurso ideal con la correspondiente falta.

62 Se trata de la doctrina mayoritaria, por todos Arroyo Zapatero, (not. 1), p. 100 ss; Martínez Bujan, (not. 51), p.399.

63 Cfr. Gómez Rivero (not. 51) p. 172 s.

bien jurídico defendido, sin embargo, no arroja nuevos argumentos acerca de si la cuantía ha de considerarse parte del tipo o constituye una condición objetiva de punibilidad, en cuanto que deja intacto el argumento principal de esta última tesis; esto es: que el incumplimiento del programa de la subvención es una conducta anti-jurídica independientemente de la cuantía de la subvención y que la cuantía supone una restricción del ámbito típico⁶⁴.

La segunda consecuencia que se deriva del bien jurídico tutelado radica en que únicamente entrarían dentro del radio de protección de la norma aquellas subvenciones o ayudas cuyos requisitos resultan regulados por una norma jurídica, pues obviamente sólo en estos supuesto puede violarse el programa normativo de la subvención. De este modo las denominadas «subvenciones paccionadas»⁶⁵, aquellas cuyas condiciones se establecen a través de un contrato entre el ente subvencionador y el beneficiario, quedan fuera del ámbito de protección de los delitos de fraude de subvenciones. Y ello por mucho, que en atención al principio de legalidad presupuestaria, deban estar previstas en los correspondientes presupuestos (nacional o comunitario, donde, por cierto son relativamente frecuentes)⁶⁶.

b) Funcionarios públicos y fraude de subvenciones

En la fenomenología práctica del fraude de subvenciones se pone de manifiesto como es relativamente frecuente la intervención de funcionarios públicos tanto nacionales como comunitarios. Fruto de esta experiencia es sin duda el I Protocolo al CPIF en el que se requiere de los estados firmantes que establezcan disposiciones tendentes a sancionar tanto la corrupción pasiva como la activa cuando ello «cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades europeas»

64 Arroyo (not. 1), p. 102. Ahora bien, debe reconocerse que desde el momento en que el CPIF exige la sanción de la tentativa (art. 2) y la consideración de la cuantía como condición objetiva de punibilidad excluye su castigo. Debe reconocerse que una interpretación del tipo conforme al Convenio y al art. 280 del TCE –protección eficaz– constituyen argumentos importantes para considerarla parte del tipo.

65 Ejemplos de subvenciones paccionadas son los contratos programas con empresas públicas o privadas (art. 91 TRLGP) o los conciertos educativos con centros privados (art. 45 ss de la Ley Orgánica 8/1985 del Derecho a la Educación; sobre estos y otros ejemplos vid. Sesma Sánchez, *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 591 ss. En cuanto que a decir del art. 81 de la LGP la forma general para acceder a este tipo de subvenciones es el «concurso público» no cabe descartar la aplicación del art. 262 del CP.

66 En el mismo sentido en relación al parg. 264 StGB, Tiedemann, LK parg. 264, marg. 5. En cuanto que esta restricción típica afecta a las subvenciones paccionadas comunitarias y nacionales no se violaría el principio de asimilación del art. 280 del TCE. Cuestión distinta es la relativa al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 1 del CPF que exige la incriminación del fraude en relación a cualquier tipo de «fondo» procedente de los presupuestos comunitarios. En cualquier caso, la posibilidad de aplicar los delitos de estafa y apropiación indebida puede servir para cumplir con las exigencias del convenio.

(art. 2). Esta infracción, al igual que la contenida en el 3 del *Corpus Juris*, contiene un doble bien jurídico: la imparcialidad de los funcionarios públicos y la Hacienda pública comunitaria. Existen ordenamientos, singularmente, el alemán en el que el fenómeno de la corrupción y sus imbricaciones con el fraude de subvenciones se abordan no desde la perspectiva del funcionario, sino del autor. De este modo el § 264 StGB considera casos especialmente graves de fraude los supuestos en los que: a) el autor abuse de sus competencias o de su posición como funcionario público y b) cuando el autor se aproveche de la colaboración de un funcionario público que abusa de sus competencias o de su posición. Las penas en este caso pueden abarcar desde los seis meses hasta los seis años. La razón político criminal de fundamentan la mayor penalidad resultan evidentes: la situación de desamparo en la que se encuentra la administración en estos supuestos es considerablemente superior y por tanto también se ven incrementados el merecimiento y la necesidad de pena⁶⁷.

En lo que sigue se analizará las implicaciones que en el derecho español tiene la participación de un funcionario público, encargado de la gestión de las ayudas, en el fraude de subvenciones. Y ello con la intención de examinar tanto las posibles carencias que el CP puede presentar en este punto, como el régimen punitivo de este grupo de casos.

Comenzando por el apartado de carencias, la primera de ellas radica en lo imperfecto de nuestro derecho penal internacional. El procesamiento en nuestro país de un funcionario comunitario de nacionalidad española que ha participado en un fraude de subvenciones representa una tarea bien compleja: pues coloca al juez ante una disyuntiva nada acorde con el principio de legalidad en cuanto que no existe precepto normativo alguno que le indique de acuerdo a qué ordenamiento han de juzgarse los hechos (básicamente: si el del país desde el cuál realizó el acto de participación o desde el ordenamiento español). Y este mismo problema, pero a la inversa, existiría en el caso de que se quisiera juzgar en nuestro país a un funcionario español o comunitario pero con nacionalidad española que desde nuestro territorio ha colaborado en un fraude realizado en otro Estado miembro. Resulta injustificable que un contexto donde la criminalidad transnacional cada vez es más importante el CP o la LOPJ no contenga una cláusula similar al § 9 del StGB en el que se regulan los supuestos de participación desde el extranjero en un hecho que tiene lugar en el interior del territorio alemán y aquellos en los que se participa desde éste territorio en un delito cometido en el extranjero. La segunda dificultad es aún más llamativa y mucho más sencilla de explicar: funcionarios a los efectos del CP español únicamente son los nacionales, en el art. 24 no tienen cabida ni los comunitarios, pese a

67 Cfr. Tiedemann, (not. 58) § 264, marg. 148 ss.

que tengan nacionalidad española, ni mucho menos los de terceros países⁶⁸. Algunas de las deficiencias que acaban de señalarse cesarán cuando entren en vigor el CPFI y el I Protocolo que contienen disposiciones de derecho penal internacional tendentes a evitar problemas como los que acaban de exponerse.

Una vez conocidas las limitaciones, conviene poner de manifiesto los distintos modos de participación del funcionario en el fraude. En este sentido resulta aconsejable distinguir entre aquellos supuestos en el que el funcionario encargado de la gestión de subvenciones interviene en el momento de la concesión, esto es lo que sería en el haz de conductas pertenecientes al art. 308.1 y 309 (segunda parte), de aquellos otros en la que la conducta afecta al momento del control de una subvención ya asignada, conductas que afectan al art. 308.2 y 306. En la primera variante la conducta más grave que puede realizar el funcionario encargado de la subvención es su concesión a sabiendas de que el solicitante – o el mismo, si directa o indirectamente, va a ser el beneficiario – no reúne los requisitos necesarios⁶⁹. En la segunda alternativa, la conducta más relevante es la que hace referencia a supuestos en los que la subvención habría de ser revocada, cosa que no ha tenido lugar porque el funcionario encargado de la vigilancia ha omitido comunicar a la autoridad responsable una serie de circunstancias que hubieran llevado a la revocación de la misma o él mismo, si es competente, no procede a su revocación constándole que no se dan los requisitos para el mantenimiento de la ayuda.

Lo que sorprende del tratamiento punitivo que el Código penal español otorga a estas conductas es que el primer grupo (aquellas que se refieren a la fase de concesión) resulta sancionado de un modo mucho más severo que las que afectan al control de la subvención. En efecto, la concesión irregular de una subvención es constitutiva en nuestro ordenamiento de un delito de malversación de caudales públicos, precepto que opera como ley principal frente al fraude de subvenciones

68 De otra opinión Acale Sánchez (not. 4), p. 67, el que el art. 24 mencione a los Parlamentarios europeos no constituye un argumento decisivo en cuanto que se estaría refiriendo exclusivamente a los Parlamentarios de nacionalidad española. De nuevo en este aspecto resulta modélico el derecho alemán que a través de la Ley contra el cohecho comunitario (EUBestG) promulgada el 21 de septiembre de 1998 ha acomodado este ordenamiento a las obligaciones del I Protocolo equiparando expresamente a los funcionarios y jueces alemanes los de otros estados miembros y los Comunitarios (vid. para más detalles Wassmer, RP n° 3, enero 1999, p. 123).

69 Dejo de lado, por tanto, conductas que pueden realizar un funcionario distinto a aquel competente para la concesión de la subvención, como puede ser la emisión de documentos, declaraciones o certificados falsos o la influencia en el funcionario que ha de conceder la subvención. En estos casos el funcionario habrá de ser considerado partícipe (generalmente necesario) en el delito de fraude de subvenciones (o estafa) cometido por el particular y además incurrirá en posibles delitos de funcionarios, como la falsedad documental o el tráfico de influencias.

(art. 308.1 o 309)⁷⁰. Esta calificación trae consigo un régimen punitivo mucho más severo tanto para el funcionario, como para el particular que habrá de ser considerado generalmente inductor del delito de malversación⁷¹. Pues, de un lado, los fondos aún han de seguir considerándose fondos públicos y, de otro, el funcionario encargado de conceder la subvención reúne sin duda alguna la especial característica de autoría («tener a su cargo por razón de sus funciones») que el delito de malversación requiere. Dicha severidad se manifiesta en tres notas distintas: una penalidad mucho más severa que la que dispone el delito de fraude de subvenciones, existencia de delito con independencia de la cuantía de la subvención y imposibilidad de recurrir a la excusa absolutoria (art. 308.3).

Frente a esta situación la respuesta del CP ante el funcionario encargado del control, y en su caso revocación de la subvención, resulta mucho más benévola, en cuanto que su comportamiento no pasará de ser un acto de cooperación en el fraude de subvenciones (o apropiación indebida) realizado por el particular. Y ello porque obviamente los fondos han dejado de tener el carácter de públicos desde el momento que se han incorporado al patrimonio del particular⁷². La cuestión es más grave aún en aquellos casos – probablemente sólo de laboratorio – en los que el beneficiario de la subvención se encuentra, por ejemplo, en una situación de error (malinterpreta una disposición de la norma subvencionadora) y el funcionario encargado del control silencia este extremo. El principio de accesoriedad de la participación y el hecho de que el fraude de subvenciones – sobre todo en la modalidad de malversación – constituya un delito especial impide cualquier tipo de responsabilidad. Un ejemplo basta para ilustrar de la desigualdad con que se tratan estos supuestos: mientras que el funcionario público que concede irregularmente una subvención «nacional» de nueve millones de pesetas resulta sancionado con una pena de prisión de seis a tres años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años (art.432), el mismo funcionario que descubre con posterioridad a la concesión de la subvención que no se están cumpliendo los requisitos necesarios y silencia este extremo resultará

70 En estos casos obviamente es imposible que exista delito de estafa puesto que no puede existir «error» alguno.

71 Sobre las relaciones entre malversación y fraude de subvenciones vid. ya Arroyo Zapatero (not. 1), p. 48 y 132.

72 O al propio patrimonio del funcionario, si el es el beneficiario mediato o inmediato de la subvención. Este supuesto tiene importancia en aquellos casos en los que el funcionario-beneficiario en un primer momento cumple con los requisitos de la subvención, pero posteriormente la aplica a «fines» distintos a los previstos en el programa subvenciona o dejan de existir con posterioridad los requisitos necesarios para su mantenimiento. En los supuestos en que la subvención es periódica o renovable y el funcionario sabiendo que ya no está en posesión de los requisitos se autoconcede la subvención la figura de la malversación aparecerá nuevamente en escena.

impune (claro está, salvo que exista un delito de cohecho etc., pero aquí no se estaría tutelando el patrimonio público).

Esta situación, que contraviene los más elementales criterios de justicia material, puede solventarse por vía interpretativa, aunque probablemente requiera una intervención expresa del legislador en el sentido que después se apuntará. La jurisprudencia relativa al delito de malversación de caudales públicos ha señalado en alguna ocasión que basta con un «derecho expectante» para que un determinado bien se considere «caudal público»⁷³, sin necesidad tan siquiera de éste se encuentre en posesión de un funcionario que deba proceder a la incorporación definitiva del bien en las arcas de la administración. En cuanto que la subvención concedida irregularmente, aquella cuyo beneficiario no reúne con posterioridad a su concesión los requisitos necesarios o la que se ha malversado, en todo o en parte, ha de ser reintegrada a la administración podría plantearse la posibilidad de considerarla como un caudal público y con ello nada impediría sancionar por malversación al funcionario encargado de la gestión que, silenciando determinados hechos o omitiendo dictar el acto de revocación, permite que el particular siga disfrutando de su subvención.

Admitir esta interpretación supondría, de un lado, sancionar de igual modo las conductas del funcionario encargado de la concesión que las de aquel al que se le encomienda el control, pero de otro y fundamentalmente, traería consigo un importante replanteamiento de la respuesta punitiva ante el fraude de subvenciones. Pues de hecho supondría, que siempre que exista participación por parte de funcionarios público – ya sea en fase de gestión o de control – el régimen punitivo a aplicar sería el del delito de malversación, que desplazaría a las disposiciones relativas al fraude de subvenciones, la estafa y el delito de apropiación indebida. Es decir, de hecho, una respuesta penal absolutamente diferente del fraude de subvenciones según intervengan o no en él funcionarios públicos encargados de la gestión de la subvención y que lógicamente resultará más estricto en los casos de «intervención», en cuanto que existiría delito con independencia de la cuantía y sin posibilidad de regularización.

Las posibilidades –o incluso la bondad– de esta interpretación son, sin embargo, relativamente escasas y ello pese a que político criminalmente no sea desacertada. La línea jurisprudencial extensiva que antes se indicaba se produjo sólo en relación a un grupo de casos específicos que acaecieron a principios de los años sesenta y que desde entonces no se ha vuelto a utilizar. Sus apoyos doctrinales son pocos, por no decir nulos, y además puede ser cuestionada desde el punto de vista del principio de legalidad⁷⁴. Por otro lado, tampoco debe desconocerse que durante la tramitación de la Ley del Tribunal de cuentas se discutió expresamente la posibilidad de que

⁷³ Vid. Roca Agapito, *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, Bosch, 1999, p.141 ss.

⁷⁴ Vid. con ulteriores referencias Roca Agapito ob. cit., p. 144.

los fondos de una subvención constituyeran caudales públicos aun después de su concesión, opción que se rechazó finalmente⁷⁵.

De este modo, estimo que la solución más eficaz sería de carácter legislativo, pues como antes apuntaba las razones político criminales que amparaban la interpretación propuesta resultan más que razonables, sobre todo si se repara en que en la aparición del fraude de subvenciones la participación de funcionarios públicos no constituye en absoluto un hecho aislado, aparte de afectar a supuestos extremadamente graves. De este modo podría ampararse una solución legislativa consistente en lo siguiente:

Primero: sancionar, en el marco de los delitos de prevaricación, y con idénticas penas a las que contempla este delito, la conducta del funcionario público encargado del control de la subvención que silencie la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que regulen las subvenciones públicas o bien los términos del acto administrativo de concesión de la subvención en aquellos supuestos en los que el conocimiento de estos hechos por parte de la administración deba dar lugar a la retirada total o parcial de la ayuda. Con iguales penas se habrá de sancionar al funcionario o autoridad competente para la revocación de la ayuda (o su renovación) que conociendo estas circunstancias no procede a su retirada⁷⁶. Esta figura delictiva habrá de ser de aplicación con independencia de la responsabilidad del particular beneficiario de la subvención con el fin de que fuera de aplicación en aquellos supuestos en los que éste carece de responsabilidad (por ejemplo, por no actuar dolosamente).

Segundo: dentro de los delitos de fraude de subvenciones, nacionales y comunitarias, debería incluirse una agravación similar a la existente en el parág. 264 del CP alemán con el fin de sancionar con mayor dureza al particular que en su fraude se sirve de la complicidad del funcionario público. Este lugar, probablemente, sería el adecuado para incluir el delito de corrupción activa en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad al que obliga el I Protocolo al CPIF. En estos supuestos, la mayor dureza punitiva quizás no tenga por qué afectar decisivamente a la cuantía de las penas, bastaría con que fuese sancionado el fraude con independencia de su cuantía y además sin posibilidad de «regularización». Por otro lado, estas agravaciones constituirían ley especial en relación a los actos de complicidad del particular en el delito de malversación realizada por el funcionario público. Con ello los delitos de fraude de subvenciones recobrarían su centralidad, pérdida como se ha visto ante los delitos de malversación, cuando se encuentran implicados funcionarios públicos encargados de la gestión de la subvención.

⁷⁵ Cfr. Arroyo Zapatero (not. 1), p. 48.

⁷⁶ Una figura delictiva similar se proponía ya en Nieto Martín (not. 2), p. 23, not. 81. A esta propuesta, mejorándola, se ha sumado Acale Sánchez en (not. 4), p. 57.

El Fiscal Europeo se ha convertido en Derecho vigente por el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Véase Lorena Bachmaier Winter (Coord.) *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons 2018 y Ligeti, K. (ed.): *Toward a Prosecutor for the European Union, Vol. 1, A comparative Analysis*, Hart/Beck, 2012.

PARTE IV.
CUESTIONES
DE LA PARTE ESPECIAL

EL RECURSO A LAS FUERZAS ARMADAS EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO: JUECES, POLICÍAS Y MILITARES

Introducción. I. El principio de separación de las fuerzas armadas de la tutela de la seguridad pública. II. La reciente superación de fronteras entre la seguridad interior y exterior. III. El caso de España. De la completa desmilitarización de la seguridad pública a la ampliación del concepto legal de la defensa nacional. IV. La experiencia de México en el contexto Latinoamericano. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN¹

La cuestión sobre las condiciones y límites de la intervención de las Fuerzas Armadas militares en la prevención y combate del crimen organizado y de la seguridad ciudadana, más allá de las organizaciones policiales, era una cuestión pacífica en el contexto europeo hasta que la emergencia del nuevo terrorismo, que en los últimos meses ha provocado reacciones político jurídicas, por fortuna algunas en mero proyecto, que invita a estudiar comparadamente este problema en las experiencias europeas y especialmente con la de un país como México en el que las manifestaciones extraordinarias del crimen organizado han sorprendido al Estado de modo tal que se ha recurrido de modo directo al servicio de las fuerzas armadas. La cuestión europea era relativamente pacífica como consecuencia de dos factores. Uno es de orden organizativo y de especialización de las fuerzas de seguridad, que en determi-

1 En *Le recours à la force armée dans la lutte contre le crime organisé: juges, policiers et militaires. Mélanges en l'honneur de Genevieve Giudicelli-Delage*, Dalloz, Paris 2016, pp. 243-257. En español en prensa en México

nados países disponen tradicionalmente de cuerpos con una estrecha relación con las fuerzas armadas, como las fuerzas de la Gendarmería en Francia, los *Carabinieri* en Italia y la *Guardia Civil* en España, que es modelo que se consolida en Europa hasta el punto de que se ha creado una *Gendarmería Europea* por un tratado internacional de 2007 del que son parte los Estados citados y otros más, que se pone a disposición de la Unión para tareas de seguridad policiales². El otro ha sido la experiencia de la intervención militar de Gran Bretaña en Irlanda del Norte depurada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se trata de experiencias nacionales pero comunicadas por una estructura similar: una parte de las fuerzas policiales se organiza y se forma como policía y la otra se organiza con estructuras de mando militar y está capacitada y materialmente dotada para tomar parte en actividades de Defensa Nacional en el exterior, su disciplina es militar, bien de modo permanente, bien solo en la realización de tareas militares. La disposición de tales estructuras policiaco-militares ofrece a los Estados una capacidad reforzada en las labores de prevención y represión de la delincuencia ordinaria y común, así como de la propia paz pública con «estilo» policial: enfrentamiento suave y proporcionado, con formación especializada para una acción respetuosa de los derechos civiles, a la vez que dota de la posibilidad de emplear la Gendarmería y sus equivalentes en fuerzas con capacidad de reacción y medios militares ante el terrorismo o, en su caso, ante el crimen organizado. La cuestión es en verdad no solo de la capacidad técnica o estratégica sino sobre todo de garantía de que la intervención represiva del Estado se realice conforme a las leyes civiles, lo que incluye el respeto general de los derechos llamados precisamente «civiles» y su control por la jurisdicción ordinaria y no la militar u otras especializadas. Todo ello pertenece a la esencia del sistema democrático de Derecho.

En estos días de la emergencia terrorista de nuevo tipo todo tiembla en el debate público sobre estas cuestiones. Ya al atentado del 11 de septiembre de 2001 siguió una declaración de guerra al terrorismo que se ejecutó *de modo militar*, especialmente con la invasión de Irak. Todo se trató de ese modo, con Derecho de guerra, con efectos devastadores para las vidas de millones de personas, con la generación de un terrorismo potenciado mil veces, y allí donde el Derecho dificultaba alcanzar la aniquilación del adversario se recurrió al Derecho Penal del enemigo, es decir a la tortura regulada y a Guantánamo. En Europa, especialmente tras los atentados en Francia y Bélgica, se han producido proyectos legislativos que rompen con la tradición democrática mencionada y parece que no se hubiera aprendido nada de la experiencia del despropósito de la *war en terror*. La repetida declaración de «guerra al terrorismo» que ha seguido a los atentados de París y de Bruselas ha disparado una deriva securitaria frente a la no es fácil resistir como lo ha hecho Mireille Delmas-Marty en *Le Monde* del 25 de

2 Ver en <http://www.eurogendfor.org/espanol> (sic)

marzo de 2016, llamando a resistir no sólo contra el terrorismo sino contra las del Estado de Derecho y advirtiéndole de que se arriesga que el derecho de excepción se convierta en la regla.³ Notable es también el crítico dictamen de la *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme* sobre el proyecto de ley constitucional de protección de la Nación de 18 de febrero de 2016, que preside Christine Lazerges.

Por su parte, México ha experimentado un espectacular proceso de descentralización del Estado desde mediados de los 90 sin que ese proceso de traslación del poder haya podido ser gobernado eficazmente en el enfrentamiento del problema de una descomunal «guerra» protagonizada por el crimen organizado en México, que tomó el relevo tras la pérdida de la hegemonía de las redes colombianas, con una demanda mantenida o incrementada de drogas desde Estados Unidos y desde donde se ha proporcionado a los criminales armas de combate y pesadas tan eficaces como las de la corrupción, que ese mismo crimen organizado ha impuesto habilidosamente en unas Administraciones en transición. Al final el problema expuesto en términos de síntesis era que para enfrentar ese crimen organizado y de tan brutal carácter no había policía preparada, confiable y capaz, y hubo de recurrirse a las fuerzas armadas, casi como único instrumento. Los problemas para los derechos humanos generados por las características de dicha intervención hicieron preguntarse en México ¿quién puede ser legítimamente fuerza pública en el Estado Constitucional?, además de la policía civil de seguridad, ¿pueden serlo también las fuerzas armadas? Centraré este texto en el abordaje de un único aspecto de esta compleja problemática: el de si las fuerzas armadas pueden legítimamente realizar tareas de protección de la seguridad pública y, si es así, en qué condiciones de operatividad y de jurisdicción deben hacerlo, pues el modo legítimo de actuar establecerá los límites de su acción en el ejercicio del cargo y, a su vez, la jurisdicción aplicable determinará el alcance de la tutela de los derechos fundamentales de quienes son objeto de aplicación de la fuerza⁴. Y

3 En línea además con su reciente libro: Delmás-Marty, M. *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, Paris 2013. También v. el dictamen de la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos de 18 de febrero de 2016 *Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation* que preside Christine Lazerges.

4 Sobre las demás cuestiones se remite a tres libros publicados en los últimos años por el Instituto Nacional de Ciencias Penales: *La fuerza de la razón y la razón de la fuerza: el uso legítimo de la violencia*, de Mendieta Jiménez, González Ruiz y otros, y *El uso legítimo de la fuerza*, coordinado por el antiguo Procurador General Eduardo Medina Mora Icaza, así como *El uso de la fuerza pública en un Estado Democrático de Derecho* de 2011. De parte española se recomienda un clásico de los años 90 *Ejercicio legítimo del cargo y uso de las armas por la autoridad*, de Isabel Sánchez García, que incluye un completo programa expositivo del Derecho comparado y muy recientemente, apenas pasado el tiempo del terrorismo «cotidiano» de ETA, el que contiene la motivación y propuesta de una regulación que podíamos llamar de seguridad pública del postterrorismo interno: *Una propuesta alternativa de regulación del uso de la fuerza policial*, del Grupo de Estudios de Política Criminal, publicado por Tirant lo Blanch en 2011.

aquí radica la novedad en México: la reforma del fuero militar por la ya no tan reciente ley que modifica los artículos 37 y 57 del Código de Justicia Militar.

II. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS DE LA TUTELA DE LA SEGURIDAD PÚBLICA

El uso de la fuerza pública es un problema jurídico complejo en todo Estado Democrático de Derecho. Lo es siempre el ejercicio de la llamada coacción inmediata estatal, que produce efectos ablatorios de los derechos fundamentales y libertades básicas, pero lo es aún más cuando la criminalidad se presenta en formas agresivas, con empleo de armas de fuego, inclusive de guerra, resistiendo con armas a los requerimientos de la fuerza pública y, por lo tanto, cuando el ejercicio de la fuerza pública reviste las características de la fuerza armada.

En condiciones ordinarias la coacción pública y el uso de la fuerza armada en el territorio nacional tiene lugar por parte de las fuerzas de seguridad o de policía. Cuando por las circunstancias de que se trate, quien emplea la fuerza armada sean las propias fuerzas armadas o militares, los problemas jurídicos se incrementan de modo notable, tanto por razones políticas y de gobernación como por lo que comporta de riesgos para los derechos fundamentales.

En general los países atribuyen campos de acción diferentes a las fuerzas de seguridad pública y a las fuerzas armadas, reservando la fuerza militar para los conflictos vinculados a la seguridad exterior del estado, para la defensa nacional. Las fuerzas de seguridad pública se preservan para la seguridad interior.

La actuación por parte de la policía y su empleo de medios ablatorios, como la detención personal, los interrogatorios y muy particularmente el uso de las armas de fuego, está sometido a un estatuto legal y jurisprudencial muy elaborado. Por lo común, los comportamientos ilegales más graves en perjuicio de los derechos fundamentales de la acción policial constituyen delitos que se someten al conocimiento del fuero común, sin reserva de fueros especiales, sin privilegios y autonomías que suelen redundar en maleficio de los derechos de los ciudadanos y en ocultamiento de la verdad.

Con contornos más o menos fluidos este sistema de separación de competencias ha sido así por razones políticas constituyentes de las respectivas sociedades. Se reflejan ya así en el tiempo republicano de Roma con la prohibición de traspasar las murallas de la ciudad a los generales y a sus legiones. Con ello se ha tratado desde entonces de evitar la intromisión de las fuerzas militares o de sus mandos en la autonomía de la política. La seguridad ciudadana interior de la ciudad se atribuía a la competencia de la policía y la seguridad exterior a los ejércitos. En la actualidad solo en los países democráticos rige este principio y sólo los regímenes dictatoria-

les se desprecupan del mismo, ya que su desempeño del poder suele asentarse en exclusiva en el uso de las armas, al menos en el hecho constituyente de su régimen político. El principio de atribución separada de las competencias para la seguridad interior y para la seguridad exterior requiere, como todo principio, numerosas reglas. Naturalmente, en la historia de cada país hay experiencias que fundamentan específicas formas y modos de regular constitucional y legalmente esa distribución competencia entre policía y fuerzas armadas. Pero los principios son los principios y podemos identificarlo recurriendo a un viejo padre el Estado liberal de Derecho, Otto Mayer. El maestro alemán estimaba, en fecha temprana como 1888, que las autoridades militares solo podrían utilizar sus medios coactivos de forma legítima en tiempos de paz y entrando en el terreno en principio reservado a la policía en tres supuestos: en legítima defensa de sus personas e instalaciones, a requerimiento de auxilio en protección de determinados servicios relevantes y en aquellas circunstancias en las que su intervención coactiva resulta legítima de acuerdo con las normas de derecho común, es decir, allí donde el militar también puede intervenir como ciudadano particular, es decir, en legítima defensa de terceros o estado de necesidad⁵.

En términos políticos no necesitamos esperar al maestro alemán que escribía en francés por ser entonces catedrático de Estrasburgo, sino que nos basta con recurrir a un mexicano bien atractivo, Ponciano Arriaga, Constituyente de 1857, cuyo voto defendiendo el que hoy es el texto del artículo 129, cuyo texto recoge la Suprema Corte en las Sentencias de 1996 y 2000 sobre la constitucionalidad de la intervención de las fuerzas armadas en auxilio de las fuerzas de seguridad pública civil.

Las reglas suelen distinguir entre situaciones ordinarias y excepcionales, dentro de las cuales y en lo que a la seguridad interior se refiere se suele distinguir entre los estados de alarma o de necesidad por calamidad pública, de excepción, de crisis política, de sitio, de grave amenaza interior o exterior al normal funcionamiento del Estado. Solo los estados de sitio suelen conceder todo el espacio de la seguridad pública a las fuerzas armadas. En la acción de las fuerzas armadas

5 Desde su *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* de 1888 en Estrasburgo, muy bien proyectado sobre el derecho español por Aguirreaz kuenaga, I.: *La coacción administrativa directa*, Madrid: Civitas 1990. Sobre evolución jurídica de la defensa nacional y las Fuerzas Armadas en España ver López Ramón, F.: «La evolución democrática de la Defensa Nacional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 80, 2007, p. 11 y ss. Para los problemas de la intervención de las fuerzas armadas en materia de seguridad publica v. Arroyo Jiménez, L.: «Nuevas tareas para las fuerzas armadas», en Ortega Alvarez, L. (Dir), *La seguridad integral europea*, Edit. Lex Nova: Valladolid 2005, 195-225 y con elementos posteriores a la Ley de 2005 en Arroyo Jiménez, L./Garrido, N.: «Policeman, Soldiers and secret services. A look to de situation in Spain and in Europe», en *European Review of Public Law*, 20-1-2008, p. 583 – 620. Para la perspectiva desde el Derecho europeo y desde los principales países v. Philippe Bonditti e. a., «Le role des militaires dans la lutte contre le terrorisme», *Centre d'Études en Sciences Sociales de la Defense*, 2008. Número monográfico sobre Militaires et securié interieur, de la Revista Cultures et Conflits, 2004.

se puede distinguir también, a su vez, dos situaciones, la ordinaria o la acción en situación de paz y la extraordinaria en estado de guerra, pero en los últimos decenios y sobre todo en el tiempo reciente ha surgido un nuevo estatuto consistente en las acciones militares de mantenimiento de la paz que en unas ocasiones se trata de acciones militares de guerra y en otras propiamente de paz, con misiones policiales o de protección civil⁶.

Por su parte, en las situaciones ordinarias la seguridad pública se reserva a las fuerzas y cuerpos de seguridad por lo común de orden civil y que pueden ser de carácter federal, del estado o municipales. Al margen de que la existencia de las dos primeras solo se produce en los estados federales o similares, interesa señalar que en casi todos los países suelen existir fuerzas de policía de carácter mixto militar-policial. Este es el caso de la «Guardia Civil» española, de la gendarmería francesa o de los Carabinieri italianos. Se trata de fuerzas que tienen en origen un carácter civil o militar que por lo común operan como civiles y en circunstancias extraordinarias se revisten de todas las competencias militares. Los ordenamientos resuelven de esta manera fricciones internas del sistema para las necesidades que se plantean en el interior del país en relación a las necesidades de capacidad de fuego, ajusta al modo y manera de la acción policial, al campo y a la ciudad, etc.

Las diferencias entre las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas y en los institutos mixtos de modo correspondiente, estriban tanto en el sistema de formación, disciplina, protocolos de intervención y jurisdicción a que se someten sus integrantes por delitos y faltas, como por su capacidad de fuego, en lógica proporcionalidad con la ordinaria capacidad de resistencia y de agresión, respectivamente de las fuerzas militares hostiles frente a las que suele ofrecer la criminalidad ordinaria tradicional.

Dando por buena la existencia tradicional de una separación competencial entre policía y fuerzas armadas acorde con el binomio seguridad interior-seguridad exterior o defensa nacional, en los últimos años se han producido cuatro fenómenos que han sorprendido al régimen tradicional y han impuesto reglas complementarias más allá de las provocadas por las guerrillas territoriales latinoamericanas de los 60 y 70 y del caso singularísimos de fuego cruzado por los carteles y guerrillas de Colombia, asunto que en su fenomenología no tiene comparación con nada de lo que nos ocupa, aunque resulta una tendencia general, por diversos fenómenos políticos y criminales, lo que se ha venido en llamar política de militarización de la seguridad pública en América Latina⁷.

6 Manacorda, S. y Nieto, A., *El Derecho penal entre la guerra y la paz / Criminal Law between War and Peace*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2009.

7 Vid. Wacquant, L.: «The militarization of urban marginality: Lessons from the brazilian Metropolis», en *International Political Sociology* 2, 2008, p. 56-74

II. LA RECIENTE SUPERACIÓN DE FRONTERAS ENTRE LA SEGURIDAD INTERIOR Y EXTERIOR

Los fenómenos generadores de innovación legislativa y jurisprudencial han sido, por orden, primero, el terrorismo local como el de Irlanda del Norte y del que parece haber concluido de ETA en España; segundo, el terrorismo internacional en la versión del 11-S y sucesivos; tercero, las misiones militares internacionales de paz y de guerra, en especial la que se configura con la denominación de *peace keeping*; cuarto, la piratería en alta mar y en el mar de los estados fallidos y quinto, y último, el crimen organizado de ocupación territorial.

Más allá de las reacciones legislativas e institucionales a la primera de las formas del fenómeno terrorista que ha sido hasta ahora el asunto más estudiado⁸, resulta evidente que todos los demás fenómenos han tomado por sorpresa a los sistemas jurídicos depurados conforme a los principios del Estado de Derecho, que habían incorporado o intentado incorporar al sistema legislativo regulador de la acción de protección de la seguridad pública bajo el principio del respeto de los derechos humanos y además habían sometido al derecho militar a profunda modernización, restringiendo el catálogo de los delitos militares al que los define por su naturaleza y no por el sujeto de comisión, así como sometimiento al proceso penal disciplinario militar a las reglas del debido proceso penal o disciplinario.

Omitiré aquí la referencia a lo que ha supuesto el terrorismo de *Al Queda* a la difuminación de las barreras entre seguridad interior y exterior que han sido muy bien expuestas por Ulrich Sieber⁹.

Así, entre la paz y la guerra, entre los enemigos combatientes y civiles inocentes han surgido realidades mucho más complejas. De un lado las operaciones de mantenimiento de la paz responden a una delicada graduación que va desde el mantenimiento de paz a su propia imposición lo que le acerca a veces a la condición de fuerzas de mantenimiento del orden, fuerzas de seguridad pública y otras, a fuerzas armadas dedicadas a la conquista de un territorio o a puras fuerzas de ocupación. La estructura internacional de estas agrupaciones militares deriva en que su regulación jurídica sea un ejemplo de «inter-legalidad». Un intrincado laberinto jurídico regula los aspectos jurídicos de tales fuerzas: derechos nacionales, convenciones

8 Ver la reciente bibliografía y sus referencias: García Rivas, N., e. al. *El derecho penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo: Albacete 2007. Serrano-Piedecabras, J.R. / Demetrio, E.; Eds, *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010. Pérez Royo, J. (Dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, Madrid 2010.

9 Sieber, U.: «Grenzen des Strafrechts. Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht», en *ZStW* 119. 2007. 1 y ss. «Límites del Derecho penal», *Revista Penal*, vol. 22, p.125 y sig.

internacionales, el derecho de las organizaciones internacionales como la OTAN, Naciones Unidas o la Unión Europea. Para regular la actividad de dichas fuerzas nacionales en el exterior o comúnmente internacionales se ha venido elaborando desde el fin de la Segunda Guerra Mundial una tecnología jurídica que distingue dos instrumentos básicos: por una parte las reglas constituyentes de la agrupación militar y que definen la estructura de la organización, las normas jurídicas que regulan la actividad, el régimen de responsabilidad penal y el sistema jurisdiccional al que se atribuye el conocimiento de las infracciones, lo que se denomina por las siglas SOFAS, (*Status of Forces Agreements*) así como las reglas que definen los límites de la intervención armada y las condiciones del uso disuasorio o letal de las armas que coincide sustancialmente con situaciones próximas al estado de necesidad o la legítima defensa y que se denominan reglas de enfrentamiento, ROE, por «*Rules of Engagement*», que varían adecuadamente según se trate de operaciones ofensivas o de puro *peace keeping*¹⁰.

Nada queda ajeno a las *Sofa* y *Rules*, tanto se trate de delitos militares, como el disparo por un carro de combate contra un objetivo civil como era el hotel Palestina destinado a los periodistas extranjeros en Bagdad¹¹, como si se tratara de delitos comunes cometidos por militares, como por ejemplo agresiones sexuales.

Otro tipo de problemas se plantean cuando las fuerzas armadas de la misión internacional en el extranjero desempeñan funciones policiales. Este fue el caso de la misión española –así como la de otras naciones– en la antigua Yugoslavia. Allí las tropas españolas tenían que desempeñar una función que tienen constitucionalmente vetada en el ordenamiento nacional, consistente en, por ejemplo, disolver a civiles que se oponían sin armas a la misión militar o cerrar emisoras de radio que incitaban a la limpieza étnica. Era también de su competencia la lucha contra el crimen organizado. En verdad, en operaciones de paz como la mencionada u otras, la misión militar consiste precisamente en sustituir todo un aparato de Estado, incluido el policial, por inexistencia del mismo. La fuerza militar sustituye el vacío de las fuerzas de seguridad, no las desplaza.

Pero las operaciones militares en el exterior de estos tiempos han dado lugar a un fenómeno relativamente novedoso: el de la privatización de servicios militares y de seguridad, incorporando empresas privadas que además comenzaron a hacerlo

10 Manacorda, S./Nieto, A. (Edit.) *Criminal Law between War and Peace. Justice and cooperation in criminal matters in international military interventions/El derecho penal entre la Guerra y la paz. Justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Edit., UCLM y SIDS, Cuenca 2009.

11 Jar Couselo, G.; *La muerte de José Couso, ¿un crimen de guerra?*, en Manacorda, S. / Nieto, A., Ed. *Criminal Law between War and Peace*. 2009, cit. p. 517 y ss. Así como otras contribuciones sobre casos semejantes, v. Constantin von der Groeben, Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein, en *German Law Journal*, SSN: 2071-8322 p.469 – 492, 2010.

sin estar sometidas al derecho penal militar de las fuerzas armadas a las que acompañan ni al de las que del territorio extranjero en el que operan. El fenómeno que alcanza desde el puro mercenarismo hasta servicios de mero aprovisionamiento llegó a características de escándalo hasta el punto de hacer aparecer al Derecho penal militar como un derecho protector de los derechos humanos en los territorios ocupados frente a la actuación de las empresas contratistas liberadas de hecho y de derecho del deber de someter sus actuaciones a las reglas del derecho penal militar¹².

En la piratería que asola el mar Indico en general y muy particularmente en el golfo de Adén, con el inmenso territorio de Somalia y su costa sin Estado, ha dado dos graves disgustos, por una parte, ha recuperado un viejo delito que se creía extinguido, aunque fue un espejismo más de los generados por la división del mundo en bloques militares, que no dejó territorio sin estar sometido a control, ni a sus naves marítimas ni aéreas. Pero, a su vez, ha puesto de manifiesto que el tiempo no pasa en vano y que no solo no cabe que las armadas cañoneen directamente a los piratas y los manden al fondo del mar, aunque algunos países si lo sigan haciendo, sino que es necesario operar con los protocolos propios que rigen la Fuerzas Armadas frente a delitos que no son militares y por lo tanto ante los cuales éstas actúan en condición de policía judicial. Y así, tras el esfuerzo logístico y económico de desplegar los operativos militares en el mar Índico resultó que las fuerzas de los respectivos países no tenían claridad sobre la norma jurídica aplicable, especialmente como consecuencia de que se había producido una resolución de alto valor jurídico con poca publicidad y menor capacidad de transmisión de entendimiento de carácter propio de la Unión Europea, la operación *Atlanta*, en la que al parecer en su *Sofa y Roe*, más o menos explícitos, se disponía la transferencia de la jurisdicción penal civil propia de cada país a un país tercero, Kenia, que por proximidad se hacía cargo de mantener en prisión a los detenidos y de enjuiciarles y mantener en la prisión keniana a los que resulten condenados. La confusión fue máxima cuando en el curso de las primeras acciones descubrían unos que la competencia no era de la jurisdicción militar y que como nadie había pensado en la hipótesis de que a las funciones de policía a miles de kilómetros de distancia no resultaban aplicables reglas tan elementales como la más o menos inmediata puesta del detenido a disposición del Juez de instrucción, situado naturalmente en la metrópoli. Descubrían otros en ésta que se había realizado una transferencia de jurisdicción penal sin que nadie cabalmente se hubiera dado cuenta

12 Almqvist, J., *Contratistas militares privados*, en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Dir.): *Piratas, mercenarios, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*. Universidad de Castilla-La Mancha y SIDS, Cuenca, 2010. p. 97 y ss. Sobre el estatuto de los empleados civiles de Fuerzas militares, distinción de mercenarios, etc. Rodríguez-Villasante, J.L., en *Derecho penal militar. Cuestiones fundamentales*, Director León Villalba, J., Valencia, Tirant, 2014, p. 279 y ss. Sólo en 2014 se produjeron condenas graves por los crímenes de 2007, El País, 23 octubre 2014.

y, lo que es peor, siguieron sin darse cuenta de que el ejercicio de la competencia para el enjuiciamiento sobre los delitos internacionales como la piratería puede ser objeto de acuerdo entre los países que compartan el principio de la justicia universal. En definitiva, con la irrupción de la piratería se ha descubierto que la misión militar consiste en el enfrentamiento armado pero civil, neutralizando y deteniendo a los piratas, pero actuando al menos a partir de ese momento como policía judicial, un auxilio de la jurisdicción ordinaria, que para mayor confusión podía ser la de Kenia, lo que ha llevado a profundas reformas legislativas en algunos países¹³.

Un fenómeno nuevo y extraordinario es también el de la criminalidad organizada en no pocos países, muy especialmente en México. Sus formas cataclísmicas, su penetración en espacios de poder público, las debilidades de estructura antigua de los cuerpos de seguridad y la complejidad competencial plantearon el reto de la incorporación de las fuerzas armadas a la tutela de la seguridad pública, o, mejor dicho, a la tutela de la seguridad pública frente a la criminalidad organizada violenta, ya desde los primeros 90.

III. EL CASO DE ESPAÑA. DE LA COMPLETA DESMILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA A LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO LEGAL DE LA DEFENSA NACIONAL

El caso de España, a los efectos de valorar el sistema de distribución competencial entre las fuerzas de seguridad civil y las fuerzas militares es de interés, no por ejemplar, sino por ejemplificativo de un ordenamiento jurídico levantado de nueva planta como reacción a dos siglos de guerras civiles –la primera de las cuales dio comienzo con el levantamiento popular contra la invasión francesa– y de militarización de la vida nacional a base de pronunciamientos y que culmina con el alzamiento militar que da lugar a la guerra civil de 1936 y a los 40 largos años de Dictadura. La Constitución de 1978 hace tabula rasa de toda la anterior tradición jurídica y excluye a las fuerzas armadas del control del orden público o dicho de otro modo, excluye el modelo militarizado de mantenimiento del orden público¹⁴ atribuyendo el artículo 8 y 104 de la Constitución a fuerzas armadas y cuerpos de

13 Menarc, C.: *Rapport d'information sur la piraterie maritime*, Assemblée Nationale n° 1670, mayo 2009; Gómez Rivero, C.: La represión penal de la piratería marítima, en Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Dir.): *Piratas, mercenarios, jueves y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*. UCLM y SIDS, Cuenca 2010, p. 53 y ss. Salvatierra, M.: *El próspero negocio de la piratería en África*, Catarata, Madrid, 2010. Geiss, R. / Petrig, A.: *Piracy and Armed Robbery at Sea – The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*. Oxford, Oxford University Press, 2011.

14 Por todos v. Balvé, M.: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*. Alianza, Madrid 1984 y Stanley P.: *Ejército y sociedad en la España liberal (1908-1936)*, Akal. Madrid 1977.

seguridad la condición de organizaciones bien diferenciadas y con cometidos propios. La intervención militar está excluida en los estados de alarma y de excepción, solo se admite en el llamado estado de sitio, que está estrictamente vinculado a la amenaza de una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional que no puede resolverse por otros medios.

En 1980 se adoptó en cumplimiento de la constitución la primera Ley orgánica de la defensa nacional y de la organización militar y bajo la presidencia de Felipe González se produjo una reforma en el año 1984, ambas orientadas a reforzar el control del ejecutivo sobre las fuerzas armadas y excluyendo toda misión vinculadas a la seguridad pública. Criterio tan restrictivo solo se ha modificado por la Ley de defensa nacional de 2005, es decir, superados los debates subsiguientes al 11-S y sus consecuencias legislativas y políticas. Por su parte todo el derecho penal militar sustantivo y procesal se ha modernizado de modo radical¹⁵. Esta ley de 2005 ha llevado a cabo una ampliación del ámbito de la defensa nacional, haciéndose eco justamente de las necesidades de superación de una visión rígida entre seguridad interior y exterior. Su artículo 2 es bien significativo: «la política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su constitución de los valores superiores, principios e instituciones que en esta se consagran, del estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Así mismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacional, en el marco de los compromisos contraídos por el reino de España». A su vez, el artículo 15 de dicha Ley se hace cargo de las nuevas dicho aquí necesidad dispone que « el cumplimiento de las misiones de las fuerzas Armadas y el desarrollo de su contribución complementaria o subsidiaria de interés público requieren realizar diferentes tipos de operaciones, tanto en territorio nacional como en el exterior, que pueden conducir a acciones de prevención de conflictos o disuasión, de mantenimiento de la paz, actuaciones en situaciones de crisis y, en su caso, de respuesta a la agresión. En particular las operaciones pueden consistir en:

- a) La vigilancia de los espacios marítimos.
- b) La colaboración en operaciones de mantenimiento de la paz y estatalización internacional conforme a los tratados y compromisos establecidos,
- c) El apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo y a las instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo, en las tareas de búsqueda y salvamento,

15 V. Jiménez Villarejo, J., La reforma de la justicia militar realizada en España, en Manacorda, S./Nieto, A. Ed. *Criminal Law between War and Peace...* 2009, cit.

- d) La respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas,
- e) La colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad y otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente, y
- f) La participación con otros organismos nacionales e internacionales para preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles en el extranjero, de conformidad con los criterios de coordinación y de asignación de responsabilidades que se establezcan.

Como puede advertirse, no hay en la nueva asignación de funciones una ampliación de la defensa nacional más que en el reconocimiento expreso de las misiones internacional de paz, en la respuesta militar contra agresiones terroristas mediante aeronaves y lo que sí nos interesa especialmente, la referencia a la *colaboración con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo*. Nada más, todo el resto de la seguridad pública permanece excluido de toda posible intervención de las fuerzas armadas.

Pero mientras que la colaboración que se reclama y se presta por las fuerzas armadas en las situaciones de calamidad pública lo es por su capacidad de organización y de medios, cuando se trata de colaborar con las fuerzas de seguridad lo que se reclama es la vigilancia y efecto aseguratorio que proporciona la presencia del personal militar, aunque sea en tareas de mera presencia y de vigilancia. En estas tareas de presencia y vigilancia se ha realizado ya la colaboración de las fuerzas armadas antes de la expresa previsión legal de 2005. Al fin y al cabo, se trataba de presencia y vigilancia en las redes de comunicaciones, como líneas ferroviarias y aeropuertos que puede ser considerados por sí mismos de interés para la defensa nacional.

En realidad, el problema es sobre todo el de definición de las condiciones y de la forma de actuación de los efectivos militares en relación a los particulares, más aún cuando en supuestos especiales de vigilancia se puede derivar la necesidad de funciones identificadoras, de registro o de afectación a la libertad ambulatoria de los ciudadanos, llegándose incluso a la detención personal, lo que nos sitúa en el espacio de la coacción administrativa directa y aquí no cabe ingenuidad. El propio Otto Mayer, decía que incluso en relación a la colaboración de mera presencia debe ésta estar previamente regulada con objeto de que los «individuos que sufran coacción sepan a qué atenerse, puesto que no se puede olvidar que el personal militar actúa siempre con las formas severas en cuando al uso de la fuerza que le son peculiares».

Pues bien, en la actualidad en España las condiciones y la forma de la colaboración de las fuerzas armadas con las fuerzas de seguridad no está expresamente desarrollada y a falta de desarrollo solo cabe aplicar los principios y son básicos

los siguientes: si las fuerzas armadas son llamadas a colaborar con las fuerzas de seguridad en virtud de la disposición legal en la lucha contra el terrorismo, las condiciones y la forma de actuación de las fuerzas militares como fuerzas de policía tienen que someterse a los mismos términos jurídicos de la propia policía. Los militares convertidos en policías deben acomodar sus protocolos y sus limitaciones a los que rigen la actividad de las fuerzas y cuerpos de seguridad¹⁶. A su vez será necesario determinar, en el caso de incurrir en comportamientos que superen el nivel de la infracción propiamente disciplinaria a qué estatuto y órgano judicial queda sometida su responsabilidad.

Un indicio de la complejidad de esta cuestión y de la necesidad de una solución legislativa se pone de manifiesto en el tratamiento de la responsabilidad penal de los miembros de la Guardia Civil, quienes si su actuación se produce en condición de fuerzas armadas quedan sometidos al conocimiento del código penal militar y si actúan en condición de fuerzas de seguridad al código penal común. La Ley de régimen disciplinario (Ley O. 127/2007) dispone que el Código penal militar no será aplicable a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil, salvo en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares. Sin embargo este tenor literal resulta discutido en la Justicia Militar¹⁷. Por fortuna en la experiencia española las intervenciones de las fuerzas militares ordinarias en colaboración con las fuerzas de seguridad en la lucha contra el terrorismo se reducen las circunstancias muy excepcionales y en tareas tan singulares como las enunciadas que hasta ahora no han revestido complejidad. Seguro que nada sería así si la colaboración hubiera de haberse prestado para luchar contra el crimen organizado con las características con las que se presenta en México.

IV. LA EXPERIENCIA DE MÉXICO EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

Mientras que en el escenario europeo el factor desencadenante de tensiones en la configuración de los aparatos policiales y militares es el actual terrorismo vinculado al islamismo fundamentalista y sus atentados masivos, el factor que llama hoy en América Latina a la intervención de las fuerzas armadas en tareas policía policiales es el crimen organizado¹⁸. Los procesos de transición democrática de los años 90

16 Cfr. Arroyo Jiménez, L.: *Policemen, soldiers*, cit., p. 118 y ss.

17 Vid. De León Villalba, F. J. (coord.), *Derecho penal y disciplinario militar*. Tirant lo Blanch/UCLM. Cuenca, 2006, con referencias.

18 Una alta selección bibliográfica podría ser la que sigue: *Crimen organizado en América Latina y el Caribe*, Luis Guillermo Solís y Francisco Rojas Aravena (Editores). Santiago, Chile: Catalonia, 2008. Rojas Aravena, F. *Democracia, seguridad y crimen organizado*. Documento de Referencia.

habían resituado a las fuerzas armadas del continente en las tareas de la Defensa Nacional y alejadas de la intervención en los asuntos internos más allá de las catástrofes, salvo en Colombia. La superación de la era de las guerrillas y de las juntas militares cerraba el periodo de vigencia de las doctrinas de la «seguridad nacional» en que los norteamericanos habían formado a los militares del Sur.

Pero pronto irrumpió el crimen organizado vinculado al tráfico de drogas, que iría incrementándose con otros nuevos tráficos, como el de armas y el de personas, y encontrando muchas facilidades en buena parte resultado del marco económico globalizado y desregulado desplegado tras el fin de la división del mundo en bloques militares. El crimen organizado ha terminado por aparecer en numerosos países de América Latina con alta «densidad criminal»¹⁹, como un desafío directo a la seguridad nacional de esos países y para sus democracias, por disputar el crimen a los estados el territorio o el dominio político de las instituciones representativas y de administración²⁰.

Manifestaciones de esa dimensión nueva del crimen organizado se encuentra en buena parte del continente latinoamericano²¹. Además de la situación colombiana, baste mencionar que en Brasil se alcanzaron sólo en el estado de Río de Janeiro en 2011 más de 30.000 muertes violentas. En Centroamérica y especialmente en el llamado Triángulo Norte, Guatemala, el Salvador y Honduras, alcanzan los tres las más altas tasas de homicidios de todo el mundo²².

El punto crítico se alcanzó en México con ocasión de las luchas entre los grandes carteles para afirmarse en sus respectivos territorios, con manifestaciones de extraordinaria crueldad entre ellos y provocando lo que el presidente de la República denominó «pérdida de territorialidad», es decir pérdida del control territorial por parte de las estructuras institucionales. Una verdadera «insurgencia criminal»²³

Democracia para la Paz, la Seguridad y el Desarrollo. Diálogo Subregional de los Miembros del Sistema de la Integración Centroamericana y México. San José, Costa Rica, 11 al 13 de mayo de 2011. <http://www.kas.de/wf/doc/3832-1442-4-30.pdf>; Rojas Aravena, F. *Los desafíos de la seguridad en Iberoamérica*, en Cuadernos de Estrategia, Ministerio de Defensa, Diciembre, 2012. Madrid. IEEE.es; Alda Mejías, S., La participación militar en el combate contra la violencia criminal p. 199 y ss., en *Los desafíos de la seguridad en Iberoamérica*, en Cuadernos de Estrategia, Ministerio de Defensa, Diciembre 2012. Madrid. IEEE.es

19 Garzón, J. C.; *The Rebellion of Criminal Networks: Organized Crime in Latin America and the Dynamics of Change* en Woodrow Wilson Center update on the Americas, Wilson Center.org, marzo 2012, (consult. 1.4.2016).

20 Benítez Manaut, R., El crimen organizado en Iberoamérica, en *Los desafíos de la seguridad en Iberoamérica*, cit., p. 153 y ss. Cfr Blackwell, A., Secretario de Seguridad OEA, Reunión Hemisférica de Alto Nivel contra la Delincuencia Organizada Transnacional en Organización de Estados Americanos (OEA). México: 2012. <http://www.oas.org/csh/spanish/DOT.asp>.

21 Rojas Aravena, F. *Crimen organizado en América Latina y el Caribe*, cit. 2008.

22 Global Study on Homicide, UNODC, Vienna, 2013, p. 32

23 Benítez Manaut, R., *El crimen organizado en Iberoamérica*, cit., p. 170.

Las muertes violentas son un indicio revelador de la dimensión epidémica del crimen organizado y aunque no es pacífico el inventario baste mencionar aquí que el Atlas²⁴ ofrece con datos oficiales los siguientes para los años 2000 a 2011: 156.954 víctimas de homicidio y asesinato, de los cuales fueron civiles 150.349 y miembros de fuerzas policiales y militares 6605. A esa emergencia de tal clase de crimen organizado no había un sistema policial capaz de hacerle frente eficazmente y de librarse de la corrupción. El fenómeno se vino produciendo en el periodo de descentralización y democratización del México contemporáneo, agotado el tiempo de la «presidencia imperial» que llevaba consigo un alto grado de disciplina política y de todos los demás órdenes. Éste proceso político modernizador y sus graves efectos colaterales de descontrol del crimen y de la limpieza de las mucho más autónomas administraciones y ha sido muy bien explicado por el actual director del Centro de investigaciones jurídicas de la UNAM Pedro Salazar Ugarte. El gobierno del presidente Calderón declaró una guerra al crimen organizado aplicando plenamente las fuerzas armadas y desplazando o sustituyendo las corporaciones policiales en las que no se confiaba como exentas de control por el crimen organizado. Haciendo frente a una delincuencia fuertemente armada con equipamiento militar, las fuerzas armadas recompusieron parcialmente la situación del poder territorial, pero que llegó también a intervenir en conflictos de «orden público». El resultado de esa intervención ha sido también el panorama que reflejan los informes de los relatores especiales de Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas, sobre tortura, sobre ejecuciones extrajudiciales, así como el informe del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI), destacado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de acuerdo con el gobierno de México para el estudio del caso los estudiantes desaparecidos de Ayotzinapa²⁵. Dentro de todos los factores determinantes de la crítica situación destaca tanto el protagonismo de acciones desproporcionadas y sin garantías de las Fuerzas Armadas como de la falta de exigencia de responsabilidades de éstas, amparadas en el fuero militar que les aseguraba una protección frente a las reclamaciones de las víctimas civiles. En términos jurídicos la

24 *Atlas de la seguridad y la defensa de México* 2012, Colectivo CASEDE, <http://www.casede.org/> Cuadro 28. De gran interés son los estudios sobre letalidad policial Carlos Silva Forné, Catalina Pérez Correa y Gutiérrez Rivas, R.; *Uso de la fuerza letal. Muertos, heridos y detenidos en enfrentamientos de las fuerzas federales con presuntos miembros de la delincuencia organizada*, en *Desacatos*, núm. 40, septiembre-diciembre 2012, pp. 47-64, también <http://www.nexos.com.mx/?p=25468>.

25 Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns. Adición México. A/HRC/26/36/Add.1; Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a México. A/HRC/19/58/Add.2; Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/28/68/Add.3, 29 diciembre 2014. Todos los documentos oficiales están en línea. De entre los informes de ONGs es destacable el de Human Rights Watch, *Impunidad Uniformada*, 2009.

cuestión del enjuiciamiento de militares por los tribunales de esta clase, con exclusión de los tribunales civiles, en los casos de delitos no militares y contra víctimas civiles en vulneración de derechos fundamentales comunes, fue denunciada desde 1997 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶. La propia Corte Suprema en Sentencia de 2012, desencadenada a partir de las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 2009, caso Radilla Pacheco y en tres de 2010, casos de Fernández Ortega, de Rosendo Cantu y de Montiel y Cabrera, declaró contrarios la Constitución por contrarios a la Convención Interamericana, el citado fuero militar para delitos cometidos por militares contra civiles. De la Corte Suprema es especialmente notable la certificación del juicio de inconvencionalidad: «El artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es inconvencional al violar los artículos 2 y 8.1 de la convención americana de derechos humanos. A) La competencia por razón de fuero para conocer y sancionar los delitos cometidos por militares, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, en perjuicio de civiles, corresponde a la jurisdicción penal ordinaria. B) La competencia por razón de fuero para conocer y sancionar los delitos cometidos por militares, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, en perjuicio de civiles, corresponde a la jurisdicción penal federal» (Amparo en Revisión 134/2012, vid. en la web de la Corte). La sentencia de la Corte dio lugar a la Ley de reforma del Código de Justicia Militar de 13 de junio de 2014, que al modificar los artículos 37 y 57 de dicho Código ha excluido de la justicia militar los hechos cometidos por militares sobre civiles. Pero dicha Ley no ha sido suficiente ni para sustituir toda la normativa afectada ni para evitar las vías de hecho de la propia Justicia Militar²⁷. Los penosos resultados de la investigación y enjuiciamiento de fuero común en el asunto Tlatlaya son ejemplo de la magnitud de la tarea²⁸.

26 García Ramírez, S., *La Jurisdicción Penal Militar en la Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997-2007)*, San José, 2007.

27 Vid el cuidadoso Dictamen de la Ley de reforma v. en *Gaceta Parlamentaria*, 4012-2, 30 de abril 2014, en línea. Góngora Maas, J. J., *La reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar a la luz de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Jurisdicción militar*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, diciembre 2015, pp. 1253-1270; Espinosa, A. C.; *Ensayo sobre la implementación de la reforma penal en México*, Criminogénesis, n° 13, junio 2016. Para la Justicia penal militar mexicana en el contexto latinoamericano v. Carlos Espinosa, A.; *Jurisdicción Militar: Estudio Latinoamericano del Modelo de Justicia*, Editorial Porrúa. México 2014.

28 Nota de prensa de la CNDH 186,2016-06-30 A dos años de los hechos ocurridos en San Pedro Limón, municipio de Tlatlaya, Estado de México, la CNDH informa del estado de cumplimiento de la recomendación 51/2014, a lo que se ha añadido a finales de mayo sobre el sobreseimiento de la causa de los seis militares acusados por la PGR. También New York Times, 26.6.2016: *En México, la letalidad desproporcionada de sus fuerzas armadas genera preocupación*.

V. CONCLUSIONES

La tradicional separación de competencias entre la seguridad interior y exterior del Estado pertenece a los principios fundacionales del Estado democrático de derecho. La separación entre la seguridad exterior e interior se ha difuminado sobre todo como consecuencia de los fenómenos de las operaciones militares de mantenimiento de la paz, de la lucha contra la piratería en alta mar y contra el crimen organizado ultra violento. No resulta contrario a los principios del estado democrático de derecho que las fuerzas armadas sean llamadas con fundamento en la Constitución respectiva y en las leyes del desarrollo, a colaborar con la autoridad civil y con la policía en la tarea de tutelar la seguridad pública. Pero si el Estado opta por esta vía, tanto por razones del crimen organizado en América Latina, como por el terrorismo o el control de fronteras en Europa, se debe garantizar legislativamente que las fuerzas armadas operativas en la defensa de la seguridad pública adopten los protocolos de comportamiento y acción de las fuerzas de seguridad y, a su vez, la ley debe establecer que las incidencias que alcanzan más allá de los delitos estrictamente militares de las que resulten víctimas personas civiles, potenciales o reales, sean sometidas a la jurisdicción penal común en evitación de los privilegios que representa el fuero especial militar en la investigación de delitos comunes cometidos por militares, que puede dar lugar a desprotección de los derechos fundamentales de los civiles, así como a la deslegitimación de las propias Fuerzas Armadas ante la opinión pública, lo que redundaría en grave daño a la democracia constitucional.

DE LA LUCHA CONTRA LA ESCLAVITUD Y LA TRATA DE BLANCAS A LA PROSCRIPCIÓN DEL TRÁFICO DE SERES HUMANOS

INTRODUCCIÓN¹

La trata de los seres humanos, su prohibición y persecución penal, así como la armonización internacional de sus instrumentos legales se ha venido desarrollando desde fines del siglo XVIII en cuatro fases. La primera es la de la abolición de la esclavitud. La segunda, la de la lucha contra la trata de «blancas» al comienzo del siglo XIX y del tiempo de la creación de la Sociedad de Naciones y hasta la constitución de las Naciones Unidas. La tercera fase es la que se extiende a lo largo de la guerra fría y hasta la caída del muro de Berlín. La cuarta, y en la que nos encontramos, comienza con el desencadenamiento de la globalización y continua en el momento actual, el de la crisis financiera internacional y del modelo de la globalización sin reglas.

1. La primera fase es la de la abolición de la esclavitud y de la trata de esclavos negros, que se proclama con la creación en Londres de la primera ONG de la Historia, la Asociación para la Abolición de la esclavitud en 1787, por los revolucionarios franceses en la Asamblea Nacional en 1794, por la Conferencia

1 Versión en francés; «De la lutte contre l'esclavage et la traite des blanches à la proscription du trafic d'êtres humains» en *Les chemins de l'harmonisation pénale. Société de Législation Comparée*. Paris, 2008. pp. 105-126 y en castellano; «De la lucha contra la esclavitud y la trata de blancas a la proscripción del tráfico de seres humanos» en *Los caminos de la armonización penal*, Presentación Luis Arroyo Zapatero y coordinación de Marta Muñoz de Morales, Tirant lo Blanch y Universidad de Castilla la Mancha. Valencia, 2009, pp. 129-153.

Internacional de 1815, y que comienza a realizarse en Gran Bretaña en 1833 y en Francia a partir de 1848, tras los apasionados reclamos de Alphonse de Lamartine, y así sucesivamente, en un proceso complejo, incompleto y discontinuo, con gran polifonía de actores —en términos recuperados por Nadia Capus en este mismo libro— y en el que se recurre a toda clase de instrumentos jurídicos: *hard law* como las leyes inglesas de prohibición de la trata, del *soft law*, como las propuestas compensatorias de Gran Bretaña a los países que debieran renunciar a ella —en territorios a Francia o en dinero a España— así como el *cannonen law*, es decir la acción militar o de guerra como el enfrentamiento militar de la guerra civil norteamericana representada por *Gettysburg* o el bombardeo inglés de los barcos negreros en el puerto de Río de Janeiro. Todo ello un largo proceso llevado a cabo durante más de un siglo, brillantemente descrito muy «a la grille» por John Braithwaite y Peter Drahos en su *Global Business regulation* ² con la primera aparición ya entonces del triángulo de actores públicos estatales e interestatales, desde la conferencia de Bruselas de 1889, los actores económicos privados encarnados en las industrias negreras, los filósofos y teóricos de la economía como Adam Smith ³ y la sociedad civil con la primera ONG citada.

2. La segunda fase se extiende desde 1904 a 1949, se desarrolla como una acción internacional contra la «trata de blancas», lo que significa, en una síntesis del trabajo de Nadja Capus⁴ un sistema que bascula entre la defensa de la mujer y la protección de la honestidad de las costumbres contra el ejercicio de la prostitución, para terminar cayendo el peso de la represión sobre de la protección «las buenas costumbres». En efecto, las primeras movilizaciones de repercusión internacional y legislativa son fruto en Inglaterra del falso escándalo levantado por la Pall Mall Gazette en una serie de reportajes falsos sobre la trata de blancas en 1885. En el último año del siglo la propia *Internationale Kriminalistische Verei-*

2 V. Braithwaite, J. Y Drahos, P.; *Global business regulation*. Cambridge University Press, 2000. p. 222 y ss. Vid. También, Hochschild, A.; *Enterrad las Cadenas* Ediciones Península, versión original, *Bury the Chains: Prophets and Rebels in the Fight to Free an Empire's Slaves*, Houghton Mifflin Boston 2006. Para una crónica del proceso v. *Chronology of American Slavery*, en <http://www.innercity.org/holt/contents.html>. El proceso en España puede seguirse en Rodríguez, G.; *La idea y el moviendo antiesclavista en España durante el siglo XIX*, Ateneo de Madrid 1887, p. 321 y ss. (en [www. AteneoMadrid.com/biblioteca-digital/librosfolletos.htm](http://www.AteneoMadrid.com/biblioteca-digital/librosfolletos.htm)).

3 Vid. Peset, J. L.; *Ciencia y marginación: sobre negros, locos y criminales*. Ed. Crítica. Barcelona, 1993.

4 Vid. Capus, N. : *La répression de la traite des êtres humains au tournant du XIX siècle : une illustration de la polyphonie des efforts d'harmonisation pénale*, en Delmas Marty, M. / Pieht, M. / Sieber, U. ; *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, París 2008.

nigung reclama la armonización penal internacional.⁵ En 1902 un primer congreso internacional celebrado en París invita a la protección de las mujeres mayores víctimas de engaño o violencia y de las menores en general en las migraciones internacionales. Pero mientras los gobiernos limitan las recomendaciones internacionales de su actuar a lo indicado, las organizaciones internacionales privadas, especialmente la Internacional católica de obras de protección de las jóvenes⁶, y otras que aluden en su nombre directamente a la «higiene moral y social» y a la «moral pública» tienen más éxito en la legislaciones internas. Aunque los países latinos limitan la represión penal al tráfico de mujeres menores y de mayores víctimas de fraude o violencia los países germánicos y anglosajones la establecen sin limitación de medios ni edades, de lo que es paradigmático, incluso en el nombre del congresista que bautiza la ley, la *Mann Act* de 1910⁷, el modelo norteamericano, en el que se castiga como delito federal la ayuda a la entrada de mujeres de cualquier edad con propósitos inmorales en todo caso, es decir sin engaño ni violencia alguna. El Tratado de Versalles confió a la Sociedad de Naciones el velar por la trata de jóvenes y niños, así como del opio y otras sustancias nocivas. En 1921 adopta una Convención internacional relativa a la represión de la trata de mujeres y niños, limitando lo primero a las menores y a las mayores víctima de abuso – lo que propiamente se corresponde con el término *traite*, frente al de *traffíc*⁸, pero una nueva Convención de 1933 se titula expresamente como «relativa a la represión de la trata de mujeres mayores» lo que recupera la falta de límites.

3. La tercera fase se abre con el comienzo de la guerra fría y concluye con la caída del muro de Berlín y la disolución de los bloques político-militares en 1989. Esta fase se caracteriza porque apenas comenzada se renuncia a la construcción de un verdadero orden jurídico internacional basado en la Declaración de los Derechos humanos de la Carta de San Francisco y posteriormente, en 1948, de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su expresión más acabada es la renuncia a la creación de una Tribunal penal internacional permanente y un sistema internacional de protección de los Derechos Humanos. Todo ello se sustituye por un férreo sistema de división del mundo y de control del mismo por las potencias hegemónicas respectivas, que reduce en gran medida las áreas necesitadas de armonización e institucionalización internacional. En tal periodo solo

5 *Bulletin de l'Union Internationale de Droit pénal*, 1899-1900, p. 202 y ss. Berdugo, I.; *El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa, su desarrollo hasta 1940*, Tesis, Univ. Complutense de Madrid. 1976. S. 149 ss. En www.defensesociale.org.

6 Vid. Vales Failde, J. ; *La protection des jeunes filles en Espagne*, Madrid 1912.

7 Vid. Langum, D.J. *Crossing Over the Line: Legislating Morality and the Mann Act*, Chicago, 1994.

8 Vid sobre la terminología *infra* nota 29 y texto.

se abordan aquellas materias de interés común a los dos bloques que no comportan conflicto ideológico. A su vez, y en lo que a nuestro tema respecta, la movilidad internacional terrestre, marítima o aérea está sumamente controlada. Las fronteras terrestres están aseguradas por una «telón de acero» y no hay barcos ni, aún menos, aviones fuera de control, y, menos aún, piratas.

En los años 1945 y 1951 Naciones Unidas recupera, por una parte, convenciones internacionales de la era de Sociedad de Naciones (relaciones diplomáticas, estupefacientes, trata de mujeres, publicaciones obscenas.) y genera otras nuevas, como la relativa al genocidio (1948) y al estatuto del refugiado (1951). Se crean también relevantes organizaciones internacionales como la OMS y se mantiene alguna anterior como, principalmente, la OIT.

Durante las cuatro décadas siguientes a 1950 la construcción del orden jurídico internacional se proyecta sobre el comercio internacional, los transportes marítimos y aéreos, navegación, circulación vial, el propio Derecho de los Tratados.... etc. Lo más relevante es, sin duda, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el de Derechos económicos, sociales y culturales, pero escindidos unos de otros y sin un instrumento eficaz de protección de los primeros al estilo de las Comisiones y Cortes europea e interamericana, ciertamente posteriores⁹. No obstante, se adoptan en este periodo otras convenciones relevantes para un orden jurídico internacional de derechos humanos: contra la discriminación racial (1966) imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad (1968), apartheid (1973), derechos de la mujer (1979), medio ambiente (1979), la toma de rehenes (1979), los relativos al control de armamento (desde 1980), la Convención contra la tortura (1984).

4. La fase actual comienza en el propio y significativo año 1989, con la Convención sobre derechos del niño, contra el reclutamiento y utilización de mercancías y el Protocolo para la abolición de la pena de muerte. En 1990 se adopta la Convención para la protección de los derechos de los trabajadores inmigrantes y sus familias –en cumplimiento de los convenios de la OIT– y a ello sigue una década rica en producción normativa internacional que alcanza su más alta expresión en 1998 con la Convención sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional y, en el año 2.000, con la Convención contra la delincuencia organizada transnacional y los protocolos sobre trata de personas y de migrantes, así como sobre armas, para concluir con la Convención contra la corrupción de 2003.

⁹ Cfr. Delmas-Marty, *M. Les forces imaginantes du droit*, I, p. 56 y s. y 198 y s. y II, p. 210, III, p. 51

Merece ser destacado que en este periodo cuando se supera el sistema del GATT y se crea la Organización Mundial del Comercio en 1995, en la que destaca la adopción de un sistema de «solución de diferencias» que representa un vigoroso sistema de aseguramiento de la vigencia del derecho adoptado por los miembros de la OCM, de mucho interés, aunque se trate aquí solamente de Derecho económico.

5. Una excepción a la discontinuidad de los periodos es el desarrollo y evolución de la Organización Internacional del Trabajo¹⁰, creada en 1919 por la Sociedad de Naciones. Los dos bloques se sienten cómodos ante una institución anterior a ellos mismos y para una materia en la que no sólo no hay contradicción ideológica sino una, al menos aparente, comunidad de intereses: la armonización de las normas básicas del trabajo, la libertad sindical y el derecho a la huelga, las condiciones mínimas de trabajo, de seguridad social y de seguridad y salud.

La OIT, en pleno vigor hoy en día a casi 90 años de su creación y de funcionamiento ininterrumpido, no es sólo la más antigua institución internacional viva, sino un extraordinario ejemplo de institución armonizadora internacional, a partir básicamente de su «tecnología» del *tripartismo*, que combina un núcleo reducido de derecho duro, en forma de Convenios Internacionales, con un sistema de recomendaciones propias del *soft law* que respeta un amplio «margen nacional de apreciación», cuya superación no se determina de modo vertical o meramente jerárquico, sino de modo horizontal o por consenso, en base a opiniones y dictámenes de comisiones de «expertos» que cumplen funciones «quasi-jurisdiccional»¹¹. Pero en las cuestiones más relevantes terminan convirtiéndose en Derecho consuetudinario con progresiva validez jurídica plena frente al Derecho interno¹². En la historia de la OIT se advierte que la armonización jurídica internacional es, sobre todo, un proceso lento, incompleto¹³ pero inexorable. Aunque, ciertamente, la OMC mucho más joven camine hoy a mucha mayor velocidad¹⁴.

6. Al periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial pertenece más que el problema de las migraciones de carácter socio-económico el de los desplazados y refugiados, para lo que primero se constituye la Organización Internacional de

10 V. Olea, A. /Casas; *El Derecho del Trabajo*, Madrid, 2004, 24ª ed. pages 711 et s.

11 Gravez, E. ; *Les mecanismes de control de l'OIT*, en *Melanges Valticos*, p. 3. y ss.

12 Vid. Marleau, V. ; *Reflexion sur l'idée d'un droit international coutumier du travail*, en *Mélanges Valticos* p. 363 y ss.; Maopain, F. ; *Persuasion et contrainte aux fins de la mise oeuvre des normes et objectifs de l' OIT*, en *Melanges Valticos* p. 687 y ss.

13 Extamente en lo «flexible» del Derecho internacional del trabajo está su virtud, v. Georg P. Politaquis, *Deconstructing flexibilities in international labour Conventions*. Una perspectiva interesante respecto del programa por «un trabajo decente», vid. A..Supiot, A./Reynaud, E.; *Protección social y trabajo decente. Nueva perspectiva para las normas internacionales*, La Ley, Madrid 2006, versión francesa en *Semaine social Lamy*.

14 Cfr. Delmas-Marty, M. : *Les forcés imaginantes du droit*, II. p. 210 y ss.

Refugiados en 1946 y luego se adopta la Convención en 1951. Sigue presente la preocupación por la «trata de blancas» y de mujeres, a cuyos efectos se recuperan en Lake Succes entre 1947 y 1949 los instrumentos internacionales –junto con los relativos a las «publicaciones obscenas»– del primer tercio del siglo y se cierra con la adopción en 1950 de un Convenio y un Protocolo para la represión de la «trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena» (Nueva York, 21 de enero de 1950).

Sin embargo, la cuestión de los «seres humanos» que emigran y la trata de estos seres humanos se relegan al ámbito especializado de la OIT, que también en el año 1949 recupera mediante revisión su propio convenio de 1939. Lo hace en el marco de su 32ª Conferencia en Ginebra mediante la «Convención sobre los trabajadores inmigrantes». 25 años más tarde, la crisis del petróleo de 1973 ha llevado consigo gravísimos problemas sociales en los países productores con abundante mano de obra inmigrante y produce a su vez nuevos impulsos migratorios a otros países lo que lleva a adoptar un nuevo Convenio internacional sobre los trabajadores migrantes (C143) que complementa el Convenio de 97 de 1949, sobre todo el de ámbito de la «migraciones abusivas». Reaparece así de nuevo la «trata» de seres humanos y el llamamiento a los estados a perseguir a los «organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de inmigrantes con fines de empleo y a los que emplean a trabajadores que hayan emigrado en condiciones ilegales (art. 3). Todo ello a fin de evitar los «abusos» consistentes en su sometimiento durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o la propia legislación nacional «del país en que se encuentren (art. 2). El artículo 5 reclama que la persecución de los traficantes no quede limitada al territorio en el que plasma su actividad, sino donde se halle su centro de operaciones, lo que supone reclamar para la trata la calificación de delito de persecución universal, como en su día se había reclamado para la de las blancas. En el art. 6 dice que «deberán adoptarse disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores inmigrantes, así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión» para la organización de inmigrantes con fines de empleo que se definen como abusivos y contra los que colaboren deliberadamente con ello «con fines lucrativos o no». El Convenio de 1975 es, pues, un reclamo de armonización internacional de la lucha contra la trata de seres humanos a la búsqueda de empleo en condiciones abusivas o con fin de someterse a condiciones de tal clase. En todo caso, es precisamente la crisis del petróleo de 1973 y sus efectos sobre las economías de los países desarrollados lo que va a desencadenar en los últimos el endurecimiento de las políticas de cierre de fronteras y de bloqueo de la inmigración¹⁵.

15 V. OIT, *Etude d'ensemble 1999*, par. 131, et OIT, *Une approche équitable*, 2004, par. 239.

A su vez, Naciones Unidas, desde la instancia de la Comisión de Derechos Humanos, procede a la elaboración y aprobación de una Convención de protección de los Derechos de los trabajadores inmigrantes y su familia que se aprueba en 1990 y se que se diferencia de las anteriores Convenciones de la OIT entre otros aspectos en que ésta tiene aún menor número de ratificaciones: solamente 13 países han ratificado la firma y ninguno de ellos es receptor de inmigrantes¹⁶. La recesión económica posterior a la Guerra de Irak I, bien pudo ser un factor limitante del efecto de la convocatoria. Sólo Bélgica, Francia, Alemania, Noruega, España y Reino Unido, como países de recepción de inmigrantes habían ratificado la C-97 OIT. Sólo Suecia ratificó la C-143. Ninguno de ellos la Convención de 1990 de Naciones Unidas.

I. MIGRACIONES LEGALES E ILEGALES EN EL TIEMPO DE LA GLOBALIZACIÓN

Pero una nueva –y hasta ahora– última fase de globalización económica y migraciones comienza con la disolución de los bloques políticos y económicos y con la vía libre a la globalización económica que se produce en los alrededores de 1990. La globalización genera una gigantesca migración de capitales y empresas e impulsa movimientos migratorios humanos masivos¹⁷. A su vez, las capacidades tecnológicas disponibles facilitan de forma extraordinaria el transporte de personas y, por su parte, existe una disponibilidad extraordinaria de barcos fuera de todo control, que hace posible el desplazamiento intercontinental de centenares de personas en un solo movimiento. Los grandes aviones, por más controlados, reducen la inmigración sin control. La mitad de los inmigrantes ilegales en España entraron por el Aeropuerto de Madrid, pero un sistema de control eficiente bloquearía en el periodo estival la economía turística. La necesidad económica de migrar en busca de trabajo y oportunidades y la disponibilidad de medios para el desplazamiento se producen en un modo también globalizado de la comunicación audiovisual. Si a la necesidad y posibilidad se le añade la visualización del paraíso de la abundancia desde las otras orillas puede decirse que la economía y la cultura contemporánea han generado en los países en desarrollo una *compulsión* a la migración¹⁸.

16 Cfr. Dialogo de Alto nivel sobre migración internacional y el desarrollo AGNU 14-15 Sep. 2006 (ILO-IMP-PAI 1-11-04) y Bacre Waly Nidiaye Director de la División des procedures des droit de e'homme sur Haut comisariátat de Nations Unies aux Droits del-homme.

17 Sobre la mundialización de las migraciones en el tiempo de la globalización v. Arango, J.; *Las migraciones internacionales en un mundo globalizado*, en «Vanguardia Dossier» n° 22, 2.007, p. 10 OIT, *Une mondialisation juste*, 2004, par. 429 et s; Stalker, *Workers without frontiers*, 2000, 21-25 y 117-119.

18 Jóvenes chinos pagan hasta 45.000 dolares por un transporte ilegal a los Estados Unidos, *cfr. Etude d'ensemble*, 1999, note 8.

Pero lo que singulariza las migraciones globalizadas actuales frente a las de los momentos anteriores de principios del siglo XX, hacia América y de mediados del XX de los países ribereños del mediterráneo del sur y norte, es que las migraciones estaban reguladas e incluso gestionadas. Las actuales, sin embargo, se realizan a pesar y en contra de las reglamentaciones de los países deseados¹⁹. Además, la globalización migratoria se desarrolla contra una demanda limitada y poco elástica: La demanda de trabajo efectivo se ha reducido en una industria computerizada, además, la economía busca costes laborales más bajos que sólo se encuentran en los países fuente de migración. Por su parte las sociedades de la abundancia occidentales ven en los salarios más bajos de los inmigrantes el riesgo para su nivel de vida²⁰ pasamos del *wanted but not welcome* al actual *needed but not welcome*. Además, los nuevos inmigrantes comportan choques culturales mayores que entre católicos y protestantes o entre norte o sur europeos. Aparece así mismo el problema real y simbólico de la relación entre inmigración y delincuencia²¹.

La síntesis de la nueva situación conforme a los datos de la OIT²² es la siguiente: en 2005 más de 190 millones de personas vivían fuera de su país de origen por razones de trabajo, de agrupamiento familiar, de refugio o asilo. En 1970 se estimaba la cifra en 82 millones. En el año 2.001 la estimación se refería a 175 millones de personas, de los que 86 eran económicamente activos. Se estima en 250.000 millones de dólares el monto anual de los recursos enviados por los emigrantes a sus países de origen. Entre el 10 y 15% de la inmigración actual comporta situaciones irregulares por falta de autorización para el ingreso o la residencia, lo que da lugar a altos niveles de explotación, trabajo forzoso y abuso de derechos humanos. Una buena parte de esta migración ilegal se realiza mediante precio y en condiciones que puede y debe hablarse de trata de seres humanos. Y todo induce a pensar que el fenómeno y el problema no van sino a incrementarse. En los Estados Unidos han pasado de 8,5 millones de inmigrantes irregulares en el año 2000 a 9,3 en 2004, a pesar de los incrementados controles establecidos tras el 11 de septiembre de 2001. En Europa se estima en 500.000 el incremento anual de inmigrantes irregulares²³. Es preciso resaltar que, al fenómeno contemporáneo de las migraciones masivas, los países de recepción reaccionan con el cierre físico y jurídico de las fronteras, lo que empuja a las personas a acudir a las redes de tráfico de mano de obra y de

19 V. Arango, J.; Las migraciones internacionales en un mundo globalizado, en «*Vanguardia Dossier*» n° 22 2.007 p. 11.

20 Cfr. Viana Remis, E.; *La inmigración en Europa*, 2000, p. 870-872.

21 V. Solivetti, L. M.; *Immigrazione, integrazione e crimine in Europa*, 2004

22 OIT, Comunicación, junio 2.006: ilo.org/comunication. Vid Arango, J.; *Las migraciones internacionales en un mundo globalizado*, en *Vanguardia Dossier* n° 22, 2.007, p. 8 y s.

23 Cfr. Gosh; *Managing migration: whither the missing regime?*, 2005; ver también OIT, *Une approche équitable*, 2004, par. 396.

seres humanos en general. Las redes exigen precios cada vez más elevados por los servicios que prestan para evitar los controles y las reglamentaciones sobre inmigración lo que exige a los candidatos incurrir en deudas financieras y morales enormes que los sitúan en una posición de dependencia grave y de confinamiento que favorece la explotación y el abuso de su trabajo, lo que conduce no pocas veces a unas condiciones próximas a la esclavitud. Una dependencia y vulnerabilidad que resulta aún más gravosa para las mujeres y los niños²⁴.

A. La inmigración como problema político y la trata de seres humanos como problema moral: Entre Tampere y Palermo

La inmigración se advierte en no pocos sectores sociales y políticos como un riesgo para el bienestar y para la seguridad, en especial respecto de aquellos sectores de la misma que no manifiestan disposición a integrarse culturalmente o de aquellos que se ven implicados en los problemas de la criminalidad. Simultáneamente, las condiciones en las que se desarrolla el tráfico de migrantes cuando deben atravesar los mares resultan en no pocas ocasiones dramáticas, comportando numerosos muertos y desaparecidos, dejando las *pateras* sobre las playas a seres humanos en condiciones de salud miserables y a miles de inmigrantes sin posibilidades de ocupación en los puertos de la española Costa del Sol, de Niza, Brindisi o Lampedusa²⁵. Pero no se trata solamente de peligros en el mar, pues las condiciones de transporte por tierra resultan en no pocas ocasiones también mortales²⁶. La buena conciencia de los ciudadanos europeos reacciona ante estos hechos, retransmitidos a menudo en directo por las televisiones con impulsos de solidaridad y exigencias de justicia para que los traficantes sean castigados.

La inmigración se convierte así en un problema político, explotado en buena medida por parte por la extrema derecha europea, que empuja a los gobiernos y al conjunto de los partidos políticos a endurecer las medidas de control de los inmigrantes y al rechazo de los irregulares, a intentar mejorar las políticas de gestión de las migraciones, así como a luchar contra la trata de seres humanos. Este objetivo fue proclamado especialmente por el Consejo Europeo de Tampere de 1999. En él se proclamó que estaba «determinado a combatir en los orígenes

24 Para una evaluación de los costos individuales para los inmigrantes clandestinos, v. Petros, *The cost of human smuggling and trafficking*, 2005.

25 El *Rapport 2005* de la «*Global Commission on International Migration*» establece que anualmente y en el curso de intentos de atravesar el Mediterráneo mueren 2000 personas y 400 mejicanos fallecen intentando atravesar el Río Grande, *cfr.* p.37.

26 El caso más representativo es el de los 58 chinos muertos por asfixia en la parte trasera de un camión en el puerto de Dover en 2000. Ver la casuística en www.monde-diplomatique.fr/Dossiers/migrants/.

la inmigración clandestina, especialmente actuando contra los que se dedican a la trata de seres humanos y a la explotación económica de los migrantes» Insistió igualmente en la «adopción de disposiciones legislativas que prevean sanciones severas para esta forma grave de criminalidad» e invitaba a adoptar un instrumento legislativo a estos efectos antes de 2002. Y en este marco de una política europea común en materia de asilo e inmigración» y en particular, con vistas a la gestión de los flujos migratorios. Estos objetivos se basaban en el Tratado de Ámsterdam, cuyo artículo 63.3 b autorizaba específicamente al Consejo a adoptar medidas en materia de política de migraciones y contra la inmigración clandestina y la estancia ilegal. Por otra parte, como consecuencia de la integración del acervo de Schengen por parte del Tratado, el Consejo se comprometía a establecer sanciones castigando el paso no autorizado de fronteras exteriores de la Unión, así como sanciones adecuadas contra quien a fin de sacar provecho económico ayude o intente ayudar a extranjero a ingresar o permanecer ilegalmente en el territorio común (artículo 27.1). Estas disposiciones eran continuación de anteriores Recomendaciones del Consejo, especialmente de la datada en 22 de diciembre de 1995, en materia de armonización de medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegal, la de 27 de agosto de 1996, relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de países terceros, así como de diversas medidas acordadas contra la trata de mujeres a fines de explotación sexual, en particular, de la Resolución del Parlamento europeo de 19 de enero de 1998.

Por su parte, las conclusiones de Tampere relativas a la «lucha contra la delincuencia a escala de la Unión reclamaban un incremento de la cooperación entre los Estados, mediante la creación de «equipos conjuntos de investigación», como primer paso para luchar contra «la trata de seres humanos», así como contra el tráfico de drogas y el terrorismo y, a su vez, declaraba a la «trata de seres humanos y, en particular, la explotación de mujeres» sector prioritario para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes por parte de los Derechos penales nacionales, junto con los sectores ya tradicionales de los delitos financieros, el tráfico de drogas, la explotación sexual de la infancia, la delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico (conclusión 48).

En suma, el Consejo Europeo en Tampere establecía entre sus decisiones básicas la elaboración de una política general común sobre inmigración y su control y, dentro de ella la adopción de legislación comunitaria para la lucha contra la trata organizada de seres humanos y la explotación de los migrantes, materia a la que considera igualmente prioritaria a los efectos de armonización de las legislaciones penales nacionales²⁷.

27 V. Arroyo Zapatero, L.; *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*, 2001, cit.

B. Los Protocolos de Naciones Unidas

Naciones Unidas aprobaron en el año 2.000 tres protocolos a la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, de los que nos interesan el Protocolo para «prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños» y «el protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire». Esta decisión de Naciones Unidas se caracteriza por ofrecer un tratamiento separado de la trata de mujeres y menores para la explotación sexual y la trata de personas para la migración ilegal. La diferenciación de instrumentos responde a la tradición de la acción internacional contra la trata de «blancas» y a la vieja preocupación por las buenas costumbres y de la lucha contra la prostitución que, como se verá más adelante, no sólo no ha desaparecido nunca, sino que ha renacido sobre nuevos fundamentos. En verdad, aunque el primer protocolo se denomina «para prevenir, reprimir et sancionar la trata de personas», inmediatamente añade «especialmente mujeres y niños», y el conjunto del protocolo está construido para esta finalidad. Los trabajos preparatorios ponen de manifiesto que en su versión inicial el protocolo se refería tan solo al tráfico de mujeres y niños, a lo que tras diversas vicisitudes se añadió la referencia a las «personas»²⁸.

El objeto de protección del protocolo es la libertad de las personas y de las mujeres mayores de edad frente al uso de la fuerza, la amenaza, el engaño o el abuso de situación de vulnerabilidad, cuando se producen con la finalidad de someterles a explotación, situación o relación que el propio protocolo define como explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud y prácticas análogas y – como añadido de última hora– la extracción de órganos. Cuando las mujeres –y las personas en general– son objeto de los medios tipificados en el primer inciso del párrafo que se acaban de citar la alegación de consentimiento de la misma se declara irrelevante (artículo 3 b) y, en todo caso, en el supuesto de menores de 18 años (apartados c y d del mismo artículo). Pero esta cláusula, en lo que se refiere a personas mayores de 18 años, excluye la incriminación cuando solicitan o aceptan el reclutamiento de modo «voluntario», no constreñido por amenaza, fuerza, abuso, fraude o engaño, es decir, el Protocolo excluye la obligación de incriminación y persecución de la «trata» *no forzada*, o sea del mero tráfico. Son tres preceptos los de referencia en los que se nuclea un debate viejo y nuevo sobre la libertad para concertar «los tratos» destinados a la prostitución, y en donde lo que mantiene abierta la discusión es la interpretación de cuál sea la constelación fáctica que da lugar a la especial «situación de vulnerabilidad», pero es evidente que los responsables de de la redacción del texto quisieron evitar la fórmula tradicional de la Convención de 1949 y sus predecesoras que incriminaban directamente la sola explotación de la explotación

28 Cfr. *Travaux Préparatoires*, 2006, p. 322.

de la prostitución y el proxenetismo²⁹. Precisamente la propia Comisión del crimen de las Naciones Unidas explica la diferencia entre «trata» de personas (en francés *traite de personnes*, en inglés *trafficking in persons*) del «tráfico ilícito» de migrantes (también «*trafic ilicite de migrants*» en francés, pero que la versión inglesa traduce por «*smuggling of migrants*») en que el emigrante, aunque se vea a menudo sometido a condiciones peligrosas o degradantes en el origen de los hechos, ha consentido ser objeto del tráfico, mientras que la víctimas de la trata no consintieron originariamente con libertad en ello.³⁰

El Protocolo de represión del tráfico de emigrantes, por su parte, se refiere al hecho de proporcionar con ánimo de lucro («fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero o material») la entrada ilegal de una persona en un país del que no es nacional ni residente permanente, e incrimina los actos cometidos a tal fin consistentes en la producción de documentos de viaje o de identidad fraudulentos o en procurar, proporcionar o poseer tal documento, así como en el permitir la estancia a un extranjero residente irregular a través de los medios indicados antes o por cualquier otro medio ilegal. Compromete a los Estados a adoptar medidas legislativas para conferir a estos hechos la categoría de infracción penal, incluida la punición de la tentativa, la inducción y la complicidad, así como la agravación de las penas en los supuestos en los que el acto de tráfico ponga o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes o se dé lugar a un trato inhumano o degradante y especialmente si se pretende someterlos a explotación. En los artículos 7 y siguientes se prevén medidas especialmente adecuadas para el tráfico ilícito por mar, que es materia que plantea problemas de jurisdicción, en particular por los barcos de bandera fraudulenta o sin bandera y en aguas internacionales, con expresa autorización para visita y registro de buques y, en todo caso, cuando la vida de las personas corra peligro inminente.

En efecto, se puede aceptar en abstracto un nivel de gravedad diferente desde el punto de vista de los Derechos Humanos entre los casos de *trata* y los de *tráfico de personas* que justificaría la diferenciación de los instrumentos jurídicos, pues la trata implica siempre un grave ataque a la libertad de las personas y sus derechos fundamentales, mientras que el tráfico de inmigrantes pueden implicar solamente un perjuicio a los intereses públicos en el ámbito del mercado de trabajo y del sistema financiero o de la seguridad social, que son comportamiento que merecen a primera vista una sanción menor que la que corresponde a la trata. Pero no se podría sostener lo mismo cuando se trate de los casos más graves de mero tráfico previstos en el artículo 6.3 de Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes cuando se efectúa

29 Cfr. *Travaux preparatoires* 2006, p. 324, punto 4, y 334.

30 Cfr. http://www.unodc.org/unodc/en/trafficking_victim_consent.html, consultado el 14/10/2007.

en circunstancias de puesta en peligro de la vida o de la seguridad de los migrantes o cuando estos sean objeto de un trato inhumano o degradante, o cuando su destino sea la explotación. Y son precisamente estos aspectos del tráfico de migrantes los que los medios de comunicación nos ponen cotidianamente ante nuestros ojos. Estos casos agravados de tráfico presentan el similar grado de desvalor, o superior, a de los supuestos menor agrios de la trata». Al final, lo que ocurre es que la consideración jurídica separada en diferentes instrumentos de ambos fenómenos tiende a atenuar la reacción frente al tráfico de personas migrantes –cuya distribución por sexos alcanza al 50%– respecto de la trata de mujeres y niños³¹.

C. Los instrumentos de armonización del Derecho penal de la Unión Europea

En junio de 2002 el Consejo Europeo adoptó una Decisión Marco (629/JAI) relativa a la «lucha contra la trata de seres humanos» y en el mes de diciembre del mismo año adoptó otra Decisión Marco (946/JAI) «dirigida a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares» que venía precedida de una Directiva (2002/90/CE) para la «definición de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular».

La Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos persigue la armonización de las infracciones ligadas a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual y declara punibles el reclutamiento, el transporte, el traslado, el alojamiento y la acogida posterior de una persona, incluido el traspaso del control sobre la misma en los casos en los que concurra: a) violencia, fuerza, amenaza, rapto, b) cuando se haya empleado fraude o engaño, c) cuando se haya realizado con abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, manera tal que la persona no haya tenido verdaderamente otra elección que la de someterse a ese abuso o, finalmente, cuando haya mediado oferta o aceptación de pagos o ventajas para obtener al consentimiento de una persona que disponga de autoridad sobre otra, a fin de explotación laboral o de los servicios de esta persona, comprendido en todo caso el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas equivalentes., o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía. La Decisión Marco declara también punibles la instigación, la participación, la complicidad y la tentativa.

La Decisión Marco exige que las infracciones sean castigadas con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, a la vez que susceptibles de dar lugar a la extradición. Igualmente deben ser punibles con penas privativas de

31 Un estudio detallado y comparado sobre la trata el tráfico puede consultarse en Geronimi, *Aspects juridiques du trafic et de la traite des travailleurs migrants*, Genève, 2002, p. 8. Para los datos sobre la distribución por sexo de los inmigrantes v. Taran/Moreno-Fontes, *Getting at the roots: Stopping exploitation of migrants workers by organized crime*, Genève, 2002, p. 6-8.

libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a 8 años cuando se cometan en las circunstancias siguientes: a) que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima; b) que se comete contra una víctima que se particularmente vulnerable. Se considera que una víctima se encuentra en un estado particularmente vulnerable cuando no ha alcanzado la mayoría de edad sexual prevista por la legislación nacional y la infracción haya sido cometida con fines de explotación de la prostitución del otro y de otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía; c). La infracción haya sido cometida mediante violencia grave o haya causado a la víctima daño s particularmente graves; d). que la infracción se haya cometido en el marco de una organización criminal tal y como se define en la Acción Común 98/733/JAI, y con independencia de la pena que para esta se contemple.

La Directiva que define la ayuda a la entrada, la circulación y la estancia irregular, seguida de la Decisión Marco para su represión son fruto de la técnica consistente en combinar el Primer con el Tercer Pilar del Derecho de la Unión Europea³².

La primera define el tráfico (*smuggling*) como el hecho de ayudar «intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio o a transitar a través de este vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros», y lo mismo dispone en relación a la ayuda a la permanencia, si bien aquí se exige expresamente que esté presente el ánimo de lucro. Si se da un propósito lucrativo, lo que excluye el castigo a la punición de la cooperación solidaria o humanitaria la Directiva obliga a prever, «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias». Por su parte de Decisión Marco exige que esas sanciones sean de las que dan lugar a la extradición y que se prevean penas privativas de libertad cuyo máximo no sea inferior a 8 años cuando las infracciones sean cometidas con ánimo de lucro, y en algunas de las circunstancias siguientes: en el Marco de las actividades de una organización delictiva definida por la acción común 98/733/JAI o poniendo en peligro la vida de las personas objeto de la infracción.

32 Sobre la cuestión de una Directiva que describe los comportamientos combinada con un Decisión Marco que establece las sanciones v. Nieto Martín, A.; *Posibilidades y límites de la armonización del derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo*, en Bajo Fernández, (dir), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Madrid, 2006, p.195 y s. Sobre la transposición en las legislaciones nacionales v. Weimbergh, A. u. Santamaría, V.; *The evaluation of european criminal law. The example of the Framework Decisión on combating trafficking in human beings*, Iee, Brussels 2009.

D. La Convención contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa

El Consejo de Europa ha adoptado en 2005 una Convención sobre la lucha contra la trata de seres humanos con pretensión de validez en ese inmenso territorio entre Lisboa y Vladivostok. En un único instrumento presenta una buena síntesis de los dos Protocolos de Naciones Unidas y de las Decisiones marco de la Unión Europea, formulando una trata de seres humanos que contempla por igual a las víctimas masculinas y femeninas, así como abarcando los supuestos más graves de puesta en peligro de la vida de las víctimas del tráfico de migrantes. Así mismo, renuncia a la exigencia de que la trata implique un cruce de fronteras o la intervención de una organización transnacional con lo que da cabida, por lo tanto, a una trata puramente «nacional»³³. A su vez, mantiene y perfecciona las cláusulas de protección de las víctimas de los instrumentos anteriores.

II. DE LOS DELITOS DE TRATA Y TRÁFICO DE PERSONAS AL DELITO DE EMPLEO ILEGAL DE TRABAJADORES MIGRANTES

Entre 2002 y 2007 la Unión Europea ha llevado a cabo una intensa acción política y legislativa en materia de inmigración, pero quedaba por abordar un elemento clave en la lucha contra la explotación de las personas en el trabajo: la incriminación de los empresarios que emplean a trabajadores extranjeros en situación irregular. Ciertamente, quizá el factor más relevante de impulso a las migraciones irregulares consiste en que los países de destino realizan un efecto de llamada con la permisión del empleo de inmigrantes irregulares³⁴. La presencia relevante de trabajo fuera de la ley, de la ley fiscal y de los seguros sociales, así como de la ley reguladora de los permisos de residencia y trabajo no sólo victimiza a los trabajadores inmigrantes que son radicalmente discriminados en los trabajos de las *tres d* («*dirty, dangerous and difficult*») y escasamente pagado y que rechazan los residentes regulares³⁵ que es el estado de cosas que han ido pretendiendo combatir los convenios internacionales de la OIT y de Naciones Unidas, sino que, inclusive cuando no se llega a este elevado grado de discriminación, el empleo ilegal produce un perjuicio notable de la Hacienda pública general y de la Seguridad social que, además provoca un efecto de competencia desleal y de alteración del tejido económico local³⁶. A tal fin, se presentó en 2007 una Proposición de Directiva para la imposición de sanciones a empleadores de residentes ilegales que provengan de países terceros (COM, 2007, 249, 16 de mayo de 2007). La Comisión estima en su exposición de motivos que

33 V. Explanatory Report en www.conventions.coe.int, última consulta el 14.10.07.

34 Cfr. Rodríguez Piñero; *La OIT y los trabajadores migrantes*, en *Mélanges Valticos*, p. 561.

35 Stalker; *Workers without frontiers*, OIT, Ginebra, 2000, p. 233.

36 V. Castles et al., *Migration and integration as challenges to European society*, 2003, p. 27 y s.

los residentes irregulares ascienden a una cifra entre 4'5 y 8 millones de personas, buena parte de los cuales prestan trabajo en negro, concentrándose especialmente en los ámbitos de la construcción, la agricultura, la limpieza y la restauración. La generalidad de los países cuentan con elementos sancionadores de estas prácticas ilegales de los sancionadores, pero su grado de aplicación es muy desigual³⁷ y genera tensiones entre territorios de cada Estado y del conjunto de la Unión. La Comisión estima que la situación tiende a deteriorarse y a generarse un efecto espiral, lo que hace necesario una armonización europea de los instrumentos sancionadores y de las políticas de aplicación del derecho que incluye el de un sistema de inspección sistemático en los puestos de trabajo. La Directiva, definitivamente adoptada el 30 de junio de 2009 comienza por armonizar cuestiones jurídicas que en no pocos países de la UE pueden parecer elementales, como el deber del empleador de comprobar si el trabajador extranjero tiene autorización de residencia y trabajo y guardar copia de la misma antes de iniciar este y a notificar a la autoridad competente el comienzo y el fin de la relación laboral. La Directiva reclama sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra los empleadores que contraten trabajadores extranjeros en situación irregular, consistentes en multas de cuantía relacionada con el número de personas ilegalmente empleadas y que además cubran los costes de retorno del trabajador en situación irregular. También se debe garantizar que el empleador pague todo lo que adeude al trabajador, así como los impuestos y contribuciones sociales. A tales efectos se presume, salvo que el empleador demuestre lo contrario, la relación de empleo existente se estimara en al menos 6 meses. También se prevén sanciones de exclusión de las subvenciones y contrataciones públicas y el cierre temporal o permanente del establecimiento. Si ya lo expuesto es relevante, lo es más la previsión en los artículos 9 y 10 de las «*criminal offence*,» por la que se obliga a los Estados a configurar como infracción criminal el empleo de residente irregulares de modo repetido o habitual, cuando afecte a un número significativo de trabajadores o cuando se impongan condiciones de trabajo particularmente discriminatorias respecto de los empleados regulares, o cuando el empleador sea consciente que emplea a una víctima de la trata. Las sanciones para estos supuestos más graves también deben de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. También se prevé la responsabilidad civil y penal de las personas morales. Estamos, sin duda ante uno de los asuntos de mayor discusión político criminal en la Europa del próximo tiempo.

37 V. Martín y Miller; *Employer sanctions: French, German and USA experiences*, Genève 2000, p. 52-54.

III. TRATA, TRÁFICO, LIBERALIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN Y EL NUEVO DELITO DE PAGO POR SERVICIOS SEXUALES

Mientras desde el año 2000 se sucedían y perfeccionaban los instrumentos armonizadores de la represión de trata de personas y de migrantes, se producía a la vez en Europa dos movimientos contradictorios sobre aspectos cercanos a lo anterior. Por una parte, se ha venido produciendo la liberalización legislativa o jurisprudencial del ejercicio de la prostitución y de la cooperación con la misma, tradicionalmente conocida como proxenetismo. Así ha ocurrido sucesivamente en España, Alemania y Holanda. En España fue el Código Penal de 1995 al hilo de una jurisprudencia que había rechazado la imposición de penas por la sola ayuda logística a la prostitución, sin circunstancias ulteriores de mayor relieve³⁸. De plena legalización y no solo despenalización son ejemplos las Leyes del año 2000 en los Países Bajos y del año 2001 en Alemania. En este último país la «*Prostitutionengesetz*» de 2001 declara conforme al ordenamiento el ejercicio de esta actividad de *sex work* con todas sus consecuencias jurídicas de orden comercial, fiscal y de seguridad social, frente a una tradición de prohibición que viene desde la Ley de la lucha contra las enfermedades de transmisión sexual de 1927 y de la vigencia de la consideración de la prostitución como hecho contrario a las «buenas costumbres» y al orden público³⁹. Estos fenómenos de legalización de la prostitución se producen acompañados del impulso jurisprudencial de Tribunales laborales y administrativos. Así en Alemania una amplia discusión había acompañado las sentencias de los más altos tribunales administrativos y civiles. En España lo que ocurría más bien era que el país se liberaba de la imposición, mediante una dictadura odiosamente larga, de la moral católica más tradicional, que no admitía, ni siquiera hoy, más sexo que el orientado a la reproducción, aunque ahora los gestores de la moral católica –siempre varones– se envuelvan en el velo de la dignidad de la mujer. En todo caso, el debate sobre estas cuestiones esta en el orden del día del espacio europeo, tras la sentencia de Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 20 de noviembre de 2000⁴⁰.

El movimiento contrario viene representado por el llamado modelo sueco, en el que no sólo se criminaliza toda cooperación en la gestión de la prostitución, sino que se incrimina al cliente del sexo de pago con una pena que va desde la multa hasta la prisión de hasta seis meses⁴¹. Este criterio ultrareactivo de la proscripción radical de la prostitución es sostenido por un poderoso movimiento feminista que alcanza

38 V. Muñoz Conde; *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2007, p. 250 y s.

39 Galen, V.; *Rechtsfragen der Prostitution: Das Prostitutionsgesetz und Seine Auswirkungen*, Munich, 2004.

40 Caso *Jenny*, también v. Conclusiones de l'Avocat Général de 25.4.2002, affaire C-100/01

41 Cfr. (en francés) *La prostitution et la traite des êtres humains*, Feullet de Documentation, Ministère de l'Industrie, de l'Emploi et des Communications de Suède, Stockholm, octubre 2004.

en Suecia la paridad en la composición del Parlamento surgido de las elecciones de 1998, que fue el que elaboró y aprobó dicha Ley⁴². Varios sectores feministas pertenecientes a orientaciones diferentes e, incluso, opuestas, participan en este debate centrado en la idea de la dignidad de la mujer. Entre ellos se cuentan desde los que asimilan pornografía y violación, lo que incluye toda prostitución como violación, hasta los que mantienen que la mujer es libre para ejercer esta actividad penosa, tanto como algunos trabajos u oficios, siempre que no lo haga «forzada», es decir, si ejerce la prostitución sin ser víctima de la trata⁴³. Parece como si todos los valores, las ideologías, los movimientos sociales se hubieran dado cita en este debate que se abre de nuevo cuando parecía cerrado.

42 Para una exposición de la génesis de esta Ley v. Miro Ardevol; *Consideraciones sobre la prostitución y su legalización*, 2006, p. 34-38.

43 Hay una contribución de notable valor e interés: Maqueda Abreu, M. L. Feminismo y prostitución, en «El País» 1.4.2006. Sobre la idea de la dignidad de la mujer v. Alonso Alamo, M. ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual, en *Revista Penal*, 19,2007, p.3 –20.

PROPUESTA DE UN EURODELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

En noviembre¹ de 1969 asistí a la primera lección de Derecho penal de Don Marino Barbero en la Universidad de Valladolid. Los alumnos asistimos a ella con el interés y la expectación que había despertado la noticia de las condiciones de su persona como liberal comprometido que acompañó su viaje de Murcia a la vieja ciudad castellana. Nadie quedó desengañado: superando el lenguaje esopiano de la época, brochazo a brochazo, que cortaba el aire del aula de grados de la Facultad, fuimos transportados desde el Código penal hasta el penal de Carmona, para acompañar a Julián Besteiro en la hora de su muerte y aprender la primera palabra en lengua alemana, cuya sola expresión en castellano resultaba francamente sediciosa y emocionante, y para aprender desde entonces quien era Don Luis Jiménez de Asúa y para aprender que para los que le escuchábamos todo estaba por aprender. Nada de lo que entonces podía ser importante quedó expresa o implícitamente fuera de aquella lección, la cual, con las que la siguieron, dejaron marcada huella en mi persona y en mi destino profesional. No era entonces España un país anhelado por nadie de fuera de nuestras fronteras, salvo por los que la habían perdido por la fuerza. Era entonces España un país de emigrantes, de una emigración forzada por las necesidades materiales y, no pocos, por la renovada persecución política. Pero estoy seguro de que si entonces hubieran regido las condiciones de hoy, las de una España que por su libertad y por su bienestar es tierra de promisión para tantos, en alguna

1 En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos "in memoriam"*, volumen: II, páginas, 25-43, 2001, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Castilla la Mancha y de la Universidad de Salamanca, Salamanca y Cuenca. Publicado en Colombia: Revista Dos mil Tres mil, 7, 2003, páginas 11-29.

parte de la primera lección nos hubiera llamado Don Marino la atención sobre la miserable situación de esa marea de seres humanos que quieren alcanzar nuestras costas y sobre la criminal condición de quienes trafican con sus cuerpos y con sus sueños, y que constituyen hoy el cuerpo social más alejado del debido respeto a los derechos humanos. Es pues el presente un buen tema de homenaje a mi Maestro.

INTRODUCCIÓN

Los complejos problemas que plantean hoy en Europa los fenómenos migratorios hacen de la inmigración, de su control, de la integración de los inmigrantes y de la tutela eficaz de los derechos de los mismos el más relevante problema de la Unión Europea en la actualidad². El problema tiene también una evidente dimensión penal y político criminal. Por una parte, sea cual sea la política de control de la inmigración, y es manifiesto que tiene que haber alguna, es necesario un sistema de aseguramiento eficaz de las normas de dicha política y será inevitable un aseguramiento penal de la misma frente, al menos, a su vulneración organizada: el tráfico organizado de seres humanos. Por otra parte resulta también evidente que una buena parte de los inmigrantes se encuentran en una posición material que favorece su victimación mediante el abuso de las situaciones de necesidad en que puede encontrarse. Y la primera de ellas es, precisamente, la situación de necesidad de emigrar desde su país a cualquiera de los países de promisión, abuso que se produce en el marco del tráfico clandestino de inmigrantes. En segundo lugar, realizada la inmigración, la situación de necesidad da ocasión a la explotación del trabajo humano, agravada en los supuestos de carencia de permiso de trabajo, como fuerza de trabajo ordinario o en el marco de la explotación sexual, fundamentalmente de mujeres. En no pocas ocasiones a todo lo anterior se añade la explotación en el alojamiento, sometiendo a los inmigrantes a alojamientos contrarios a la dignidad humana y mediante precios abusivos.

2 Particularmente relevante en el orden político y cultural es el libro ahora en español de Giovanni Sartori, *La sociedad multiétnica*, Taurus, Madrid 2001. Para el complejo y descentrado debate español con motivo de la regulación legal de la materia es particularmente agudo el artículo de José Luis Díez Ripollés, Inmigración y política, publicado en *El País* de 23 de marzo de 2001. Además, Arlacchi, P., Schiavi. *Il nuovo traffico di esseri umani*, Rizzoli, Milan 1999; U. Martínez Veiga, *La integración social de los inmigrantes extranjeros en España*, Trotta, Madrid 1997; J. Goytisolo y Sami Nair, *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la emigración en España*, Aguilar, Madrid 2000; J. De Lucas, El marco jurídico de la inmigración, en «Jueces para la Democracia», n° 38, 2000, p. 3 y ss.; S.O.S. Racismo, *El Ejido, racismo y explotación laboral*, Icaria, Barcelona 2001.

I. LA POLÍTICA COMUNITARIA SOBRE INMIGRACIÓN COMO FUNDAMENTO DE UNA INCRIMINACIÓN HOMOGÉNEA DEL TRÁFICO DE SERES HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA

El Consejo Europeo en su reunión de Tampere de octubre de 1999 proclamó entre sus acuerdos (nº 23) que *«está decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los emigrantes»*. A su vez, *«insta a que se adopte legislación que prevea sanciones rigurosas para este grave delito»* e invita al propio Consejo a que *«a partir de una propuesta de la Comisión adopte legislación a tal efecto antes de finales del año 2000»*. Todo ello lo proclama en el marco acordado de definición de una «política de asilo y migración común de la UE» y, en especial, en orden a la gestión de los flujos migratorios (conclusiones, Ap. A, nº 10 a 27).

Todo ello se fundamenta en el Tratado de Amsterdam, cuyo art. 63.3 b, autorizó específicamente al Consejo para adoptar medidas sobre política de migración, y contra la inmigración y la residencia ilegal. A su vez, el Convenio de Schengen, incorporado al acervo comunitario por el tratado de Ámsterdam, compromete a las partes contratantes a *«fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de las fronteras externas (art. 3.2) y especialmente a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio»* (art. 27.1). Todo ello se ha acompañado por dos Recomendaciones del Consejo, una de 22.12.95 sobre armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y otra de 27.8.96, sobre lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros países, además de todas las medidas acordadas contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual (vid. últ. Res. del Parlamento europeo de 19.1.1998, con referencias anteriores).

Por su parte, las conclusiones de Tampere relativas a la «lucha contra la delincuencia a escala de la Unión» (ap. C), reclaman un incremento de la cooperación entre los Estados, mediante la creación de «equipos conjuntos de investigación», como primer paso para luchar contra «la trata de seres humanos», así como contra el tráfico de drogas y el terrorismo (concl. 43) y, a su vez, declara a la «trata de seres humanos y en particular la explotación de mujeres» sector prioritario para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes por parte de los Derechos penales nacionales, junto con los sectores ya tradicionales de los delitos financieros, el tráfico de drogas, la explotación sexual de la infancia, la delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico (concl. 48).

En suma, el Consejo Europeo en Tampere ha establecido entre sus decisiones básicas la elaboración de una política general común sobre inmigración y su control y, dentro de ella la adopción de legislación comunitaria para la lucha contra la trata organizada de seres humanos y la explotación de los migrantes, materia a la que considera igualmente prioritaria a los efectos de armonización de las legislaciones penales nacionales.

Se cruzan en las Conclusiones de Tampere dos políticas, la primera, de mayor tradición, la lucha contra la criminalidad organizada en sectores especiales adoptada por el Consejo Europeo de junio del 97 con el «Plan de Acción» al efecto y, la segunda, más reciente, derivada de la triple fuente de la política del mercado único de trabajo, de la política de asilo y sus problemas, y de la política común de migración y asilo, comenzada a desarrollar en su estrategia en el Documento de la Presidencia del Consejo Europeo del 1 de enero de 2000 (Presidencia Austriaca n° doc. 09809/99).

Este «Documento de estrategia sobre la política de migración y asilo» pone de manifiesto la conexión entre política de mercado de trabajo y política de migración y asilo (vid. Doc. Cit., ap. 96 y s.) A su vez, establece como una de las estrategias básicas de la reducción de la migración ilegal la lucha contra las redes clandestinas de inmigración a cuyos efectos considera imprescindible inversión y coordinación en materia policial, así como la existencia de «severas penas para toda organización que introduzca inmigrantes ilegales contra remuneración», normas eficaces de asistencia judicial y una práctica de la extradición sin reservas (Doc. Cit. n° 70). También recomienda una lucha consecuente contra toda forma de economía sumergida que explote el empleo ilegal de extranjeros (Doc. cit. n° 97).

En definitiva, en mi opinión, está en el orden del día de la política criminal de la UE la creación tanto de un «eurodelito» de trata organizada de seres humanos como la armonización de las legislaciones penales nacionales en dicha materia.

II. DERECHO COMPARADO EUROPEO

Los Estados europeos cuentan en sus ordenamientos con tipos penales de diverso orden para combatir la inmigración ilegal y el tráfico ilegal de personas:

a) Italia

Italia ha llevado a cabo una reforma legislativa del conjunto de la materia migratoria a través del texto único sobre inmigración aprobado por decreto ley de 25 de julio de 1988 que incluye las incriminaciones penales.³

³ Vid. Virgilio, M. *Libertà sessuale e nuove schiavitù*, en L. Fioravanti, *La tutela penale della persona*, Giuffrè, Milan 1999.

1. El tipo básico se constituye por la conducta consistente en realizar una actividad dirigida a favorecer el ingreso de extranjeros en el territorio del Estado con vulneración de las disposiciones reguladoras del Texto único, lo que castiga con prisión de hasta tres años y multa de hasta 30 mill. (art. 11.1). Sobre este tipo configura dos tipos agravados:

2. Con reclusión de cuatro a doce años castiga la misma conducta si se comete con ánimo de lucro, por tres o más personas puestas de acuerdo entre sí, o con el propósito de que ingresen cinco o más personas y si el transporte o el ingreso se realiza utilizando servicios de transporte internacional o documentos falsificados (art.12.3).

3. Con reclusión de 5 a 15 años se castiga el hecho si el hecho se orienta al reclutamiento de personas destinadas a la prostitución o de menores para aprovecharse de ellos mediante su empleo en actividades ilícitas (art. 12.3).

4. Para el momento posterior al ingreso en el territorio prevé el castigo con reclusión hasta cuatro años de quien favorezca la estancia ilegal del extranjero con la finalidad de obtener un provecho injusto de su situación de ilegalidad (art. 12.5). Este tipo capta incluso los supuestos de empleo clandestino de trabajadores extranjeros que se preveía con anterioridad en la ley 943 de 1986, art. 12.

b) Francia

Francia regula la materia en el Código del Trabajo, que incluye el Derecho penal del trabajo, y en anexo al Código penal.

1. Una Ordenanza de 2 de nov. De 1945, modificada en 1992, castiga en primer lugar al propio extranjero por la entrada o la estancia ilegal en territorio francés con pena de un año de prisión y multa. Así mismo castiga con prisión de 5 años y multa a quien desde el territorio francés ayude de modo directo o indirecto o facilite o intente facilitar la entrada, la circulación o la estancia irregular de un extranjero.

2. El Código de Trabajo castiga con prisión de tres años y multa el reclutamiento e introducción ilegal de extranjeros, pena que se eleva a cinco años si la intervención del autor en cualquier momento de la operación se realiza de manera habitual y a título de intermediario (art. 364-6 en rel. Con 341-9).

3. También el Código de trabajo castiga el empleo de extranjeros sin permiso de trabajo con prisión de 3 años y multa (art. 364-3 en rel. con el art. 341-6).

4. El Código penal, por su parte incluye un nuevo tipo de gran interés que encuentra adecuada plasmación en los supuestos de trabajadores extranjeros sin permiso de residencia o trabajo: la imposición de condiciones de trabajo muy perjudiciales abusando de la vulnerabilidad o situación de dependencia de la persona o el sometimiento a condiciones de alojamiento incompatibles con la dignidad humana (art. 255 13 y 14).

5. Sólo se advierte otra referencia a extranjeros en el delito de proxenetismo, cuando se trate de personas incitadas a la prostitución antes o después de su entrada en el territorio, que se castiga con prisión de 10 años y multa, que se eleva a 20 si se trata de una banda organizada (art. 225-7 y 8).

c) Alemania

Alemania aborda el problema del tráfico de extranjeros en diversas leyes penales accesorias, principalmente en la Ley de fomento del empleo (AFG) de 1969 y en la Ley sobre extranjería (AG) de 1990. El Código penal aborda el tráfico de extranjeros a efectos de su explotación sexual (par. 180 b y 181).⁴

1. La Ley sobre extranjeros castiga con prisión de hasta 5 años o multa a quien incita o ayuda al extranjero a entrar clandestinamente («Einschleusen von Ausländer») en el territorio con ánimo de lucro o repetidamente o a favor de varios extranjeros. La pena se eleva a la de prisión desde 1 a 10 años si realiza la conducta de modo habitual («gewerbsmässig») o como miembro de una banda dedicada a esta actividad (par. 92 y ss. AG).

2. Un supuesto especial contempla la ley de procedimiento de Asilo, al castigar con prisión de hasta tres años a quien induzca o ayude a un extranjero a presentar una solicitud abusiva de asilo, pena que se grava si se realiza de modo habitual o como miembro de una banda (par. 84 y ss.).

3. La ley de fomento del empleo castiga con prisión el tráfico ilegal con trabajadores extranjeros con prisión hasta 3 años y multa, que se eleva a prisión de seis meses a 5 años si se hace con habitualidad o con puro ánimo de lucro. Con las mismas penas castiga al empresario que emplea trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones muy desproporcionadas respecto de las de los trabajadores alemanes de actividades similares (par. 227 y 227 a) AFG, ahora todo ello en el Código de la seguridad social, par. 406 y s. SGB).

4. El Código penal alemán, en sus parágrafos 180 b y 181, bajo el título de tráfico de personas, incrimina la inducción o forzamiento a la prostitución mediante el abuso de la situación de desamparo que deriva de la circunstancia de encontrarse la víctima en un país ajeno, lo que sólo tiene aplicación en el ámbito que nos ocupa si se trata de personas que se encuentran ya e ilegalmente en territorio alemán, pero no capta el tráfico ilegal internacional de estas personas con dicha finalidad.

5. España.

El Código penal de 1995 disponía de tres preceptos destinados a incriminar el tráfico de personas. El art. 312 castigaba el tráfico ilegal de mano de obra y el

4 Un planteamiento global y sistemático vid. Dreixier, M. *Der Mensch als Ware, Erscheinungsformen modernen Menschenhandelns unter strafrechtlicher Sicht*, P. Lang, Frankfurt, 1998.

empleo de extranjeros sin permiso de trabajo, el art. 313 el tráfico clandestino con inmigrantes extranjeros y el 188 el tráfico de personas, incluidos los extranjeros, con propósito de explotación sexual.⁵ La LO 4 de 11 de enero de 2000, «sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», reguladora de toda la materia de extranjería y migraciones, ha introducido un delito «contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», como art. 318 bis, destinado a incriminar la promoción, el favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, que castiga con prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, penas que eleva a prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses si la conducta se realiza con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima. Las penas se agravan en los respectivos casos si en la comisión de los hechos se pusiere en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima fuere menor de edad. Todas las penas se elevan respectivamente al grado superior si el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. A ello se añade la inhabilitación de seis a doce años si el autor fuere funcionario.

A su vez, la Ley ha incrementado la pena tradicional del tráfico con mano de obra del art. 312 desde la prisión de seis meses a dos años hasta la de dos a 5 años, lo que parece excesivo, y ha incluido entre los fines que definen como criminal una asociación el de promover el tráfico ilegal de personas (art.515 6º).

III. FORMULACIÓN DE UN EURODELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS.

A la luz de la experiencia jurídica comparada expuesta se formula en lo que sigue una propuesta de tipo que se justifica en los ulteriores apartados.

1. Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa quien, con ánimo de lucro y como miembro de una organización o en relación con ella

- a) reclute personas con la finalidad de transportarlas ilegalmente o fraudulentamente hacia el territorio de la Unión europea.

5 Baylos. A. y Terradillos, J. Notas sobre las migraciones ilegales y su tratamiento en el Código penal de 1995, en *Cuadernos de Relaciones laborales*, 10, 1997. los mismos, *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid 1997, Conde-Pumpido Ferreiro, C. *Comentario al art. 318 bis. Código penal*, Actualización 1999, Trivium, Madrid 2000 Higuera Guimerá, J. F. Tráfico ilícito de personas, en *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales, III*, Ministerio de Justicia 2000; Serrano Piedecabras, J. R. El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal, en *Manuales de formación continuada* nº 5, CGPJ, Madrid 2000; Maqueda Abreu, M. L. El tráfico de personas con fines de explotación sexual, en *Jueces para la Democracia*, 38, 2000, p.25 y ss.

- b) el transporte con esta finalidad u organice de otro modo su entrada ilegal o fraudulenta, o
- c) una vez introducidas, las oculte o transporte clandestinamente u organice de otro modo su estancia ilegal o fraudulenta.

La pena privativa de libertad será de diez años y se elevará la multa cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

- a) haya empleado violencia, intimidación o engaño.
- b) haya puesto en peligro la vida o la salud de la persona o infringido un trato degradante.
- c) las personas sean menores de 16 años de edad o incapaces.
- d) las personas estén destinadas a la explotación sexual o laboral o cualquier otra finalidad que resulte contraria a la dignidad de la persona.

Estas conductas serán punibles, aunque se realicen en un tercer Estado en el que no tengan carácter delictivo.

Por organización se entiende una asociación estructurada de más de dos personas que, establecida durante un cierto periodo de tiempo, actúe de manera concertada con el fin de realizar los comportamientos descritos en el número primero o cualquier otra que tenga como cometido la realización de delitos sancionados con pena o medida privativa de libertad superior a cuatro años.

La pena prevista en los números 1 y 2 se elevará cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

- a) El autor sea funcionario público y realice la conducta prevaliéndose de su cargo.
- b) El autor tenga poder de decisión dentro de la organización o asociación delictiva.

IV. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

El estudio de las disposiciones penales de Alemania, Francia, Italia y España, así como la política comunitaria, evidencian los bienes jurídicos relevantes: la política migratoria, la libertad sexual de los inmigrantes y la protección de sus derechos laborales. Más que la conceptualización de estos intereses, quizás la cuestión político criminal más compleja resida en definir los ámbitos respectivos de intervención del derecho penal y del derecho sancionador administrativo conforme a los principios de última ratio y fragmentariedad.

La política migratoria constituye la actividad estatal que tiene como objetivo gestionar de modo adecuado los flujos migratorios. Con ello se persiguen objetivos

de índole muy variada, que puede abarcar desde la prevención de problemas sociales (marginalidad, delincuencia, etc.), hasta preservar la identidad cultural de una sociedad. No obstante, los fines prioritarios de toda política migratoria son la regulación del mercado de trabajo y la conservación del nivel de prestaciones sociales. La política de cupos migratorios ha perseguido tradicionalmente que no aumente desmedidamente la demanda de trabajo con la consiguiente caída de los salarios. En algún país como Alemania y Francia existe un gran interés incluso en que los inmigrantes realicen su trabajo sin ser sometidos a discriminación alguna, pero si se observan con algo de detenimiento estas disposiciones pronto sale a la luz cómo la intención del legislador no es sólo la tutela del inmigrante frente a posibles discriminaciones, sino también la tutela de los salarios del mercado, evitando el riesgo de que bajen los salarios por efecto del hecho de que los inmigrantes acepten trabajos en condiciones salariales y otras que no aceptaría ningún nacional. Ampliamente conectado a cuanto acaba de señalarse se encuentra la pretensión de preservar el nivel de prestaciones sociales que caracterizan al Estado del bienestar. La llegada incontrolada y masiva de extranjeros sin recursos económicos y sin posibilidad de trabajar obligaría a arbitrar medidas asistenciales con el fin de evitar problemas sociales y además a integrarlos en el sistema educativo y sanitario. La política migratoria trata de conseguir que los imparable flujos migratorios se realicen de modo tal que no desborden la capacidad financiera y asistencial del estado.

La política criminal de los países miembros establece, según se ha comprobado, una protección penal exhaustiva de la política migratoria, castigando todo el haz de conductas que tiene que ver con la inmigración ilegal. Prueba de ello es el castigo penal incluso del propio extranjero que inmigra ilegalmente en los ordenamientos francés y alemán, a diferencia de lo que acaece en España donde sólo se le sanciona administrativamente. La propuesta que aquí se hace, encaminada a la armonización de las legislaciones estatales, ha preferido seleccionar únicamente aquellas conductas de mayor gravedad y dejar en la competencia penal o administrativa de los Estados miembros el resto de las infracciones menos graves, particularmente la de conductas cuya gravedad parece más discutible como, singularmente, el castigo del inmigrante ilegal.

Pero el bien jurídico de la política inmigratoria no se tutela de modo universal sino fragmentariamente, frente a los ataques más graves, que se identifican en las conductas realizadas interviniendo una organización e inspiradas en el ánimo de lucro. Así, los supuestos de especial gravedad que se han seleccionado exigen la presencia de una organización más la actuación con ánimo de lucro. La existencia de una estructura organizada aumenta considerablemente la peligrosidad de este tipo de conductas en cuanto que permite el tráfico ilegal a gran escala. En España y Alemania existe una agravación de la pena con idéntica fundamentación. No obs-

tante, dado que el concepto de organización ilegal aún no ha sido absolutamente perfilado ni por el legislador ni por la jurisprudencia, como prueba el hecho de que en ocasiones se subsuman bajo este concepto supuestos de mera codelincuencia, se ha optado por incorporar la exigencia de ánimo de lucro, con el fin de garantizar que sólo los casos verdaderamente graves serán sancionados y eludiendo así el riesgo de castigar, por ejemplo, a una ONG que introduce o acoge inmigrantes desinteresadamente o incluso por razones humanitarias.

Conjuntamente con el tipo básico que tiene como bien jurídico protegido la política de inmigración, se ha incluido en el apartado 2 de la propuesta un catálogo de subtipos agravados de carácter pluriofensivo que presta protección a bienes jurídicos fundamentales del extranjero que con más frecuencia son puestos en peligro o lesionados.

El supuesto a) recoge lo que podríamos denominar la «inmigración forzada» y debe ponerse principalmente en relación principalmente con la conducta y fase de reclutamiento. La inclusión de los supuestos de violencia o coacción se incluyen más por razones sistemáticas que por la frecuencia criminológica de estos supuestos, pues dada la gran cantidad de «solicitudes» para inmigrar ilegalmente es muy dudoso que se intimide o se ejerza violencia con esta finalidad, salvo en el caso de menores. Claro está que se puede ejercer esta violencia, intimidación o engaño una vez llegado al país de destino, más entonces nos encontraríamos ya en concurso real con los delitos de amenazas, coacciones, los relativos a la prostitución, etc. Lo que aquí se desea castigar es exclusivamente forzar a una persona para que abandone su país. Mucho más frecuentes son en la práctica las conductas de engaño sobre las condiciones de la inmigración, en donde lo prometido y en lo que el inmigrante confía y por lo que paga es por un trabajo ordinario y resulta ser un destino en el escenario de la prostitución.

En el número b) se incrimina la añadida puesta en peligro de la vida o de la salud, la integridad corporal o la lesión de la dignidad de la persona en los modos o medios de realizar el tráfico. Con ello se incriminan aquellos supuestos en que bien los medios de transporte para la entrada o el tránsito o bien la forma de garantizar la estancia (ocultación) conlleva un grave riesgo. La realidad que subyace a este apartado es ampliamente conocida: desde las «pateras» hasta los casos en que los inmigrantes se «almacenan» en pequeños locales o contenedores de cualquier clase hasta que son llevados a su lugar definitivo. Aquí quedaría incluido igualmente, por existir peligro para la salud o la vida, los supuestos en que se obliga al inmigrante a transportar drogas en el interior de su cuerpo con el fin de pagar así el pasaje a la organización.

En los casos de peligro para la vida o salud corporal podría discutirse la eficacia del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad o, dicho de otro modo, los efectos que para la imputación objetiva pueda tener la autopuesta en peligro por

parte del inmigrante. Pero es que, aunque en este punto nos encontramos ante un bien jurídico individual cuya puesta en peligro determina la existencia de delito, es necesario precisar que el consentimiento no tiene validez en relación a aquellos tipos que tienen como finalidad proteger los bienes jurídicos individuales de la parte más débil dentro de una relación. Existe acuerdo doctrinal en que el consentimiento no tiene eficacia alguna en aquellos tipos que presuponen una cooperación de la víctima y que sirven precisamente para su protección (abusos sexuales, usura etc.).

El supuesto de menores e incapaces presenta escasas dificultades para su legitimación. Los riesgos que de una situación de ilegalidad se desprenden para el menor son mucho más relevantes, graves y ciertos que en el caso de los mayores. El tipo podría además actuar como un tipo de recogida en supuestos de tráfico de niños. En el ámbito internacional, el art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (20/11/1989) obliga en su art. 11 a los Estados partes a adoptar «medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños al extranjero».

El último apartado sanciona la inmigración ilegal cuando ésta tiene como fin la explotación sexual, laboral o cualquier otra finalidad contraria a la dignidad humana; constituye por tanto un delito de peligro respecto de estos bienes jurídicos. No obstante, puede mantenerse con el fin de justificar aún más la intervención penal que en todos estos supuestos existe ya un trato degradante. El supuesto arquetípico de trata de seres humanos es el siguiente: un ciudadano de un tercer país desea entrar en la UE y para ello se pone en contacto con una persona o una organización que le promete su introducción a cambio de un precio, como generalmente estas personas carecen de recursos económicos saldarán su deuda con lo único que tienen: su cuerpo y su fuerza de trabajo, que pondrán en manos del traficante para que lo venda, bien como objeto de explotación sexual, laboral o cualquier otro fin degradante (introducir droga, venta de órganos etc.). Es decir, el precio por la entrada es colocarse durante algún tiempo en una situación de propiedades materiales similares a la esclavitud.

Esta modalidad representa la zona de intersección entre los delitos de trata de seres humanos, y especialmente la «trata de blancas», y la inmigración ilegal, en cuanto que el tipo propuesto sólo castiga los casos de tráfico de mujeres cuando va unida a una inmigración ilegal. Al menos el art. 188.2 del CP español, en consonancia con la Acción común de la UE de 24 de febrero de 1997, no exige para la comisión del delito la existencia de una entrada o tránsito ilegal, con lo cual su radio de acción resulta más amplio que el tipo propuesto, que en un hipotético concurso de normas habría de aplicarse como consecuencia del principio de especialidad. Y ello no sólo por la existencia de un bien jurídico adicional (la política migratoria), sino también por la mayor indefensión en que probablemente se coloca a la persona en situación de residencia ilegal.

V. LA CONDUCTA TÍPICA BÁSICA: RECLUTA Y ORGANIZACIÓN DE LA ENTRADA O ESTANCIA ILEGAL O FRAUDULENTO DE EXTRANJEROS

A la hora de enunciar los tipos básicos en el derecho de los países miembros que se ha examinado a la hora de describir las conductas típicas se bascula entre dos opciones, configurar el delito en torno a expresiones como el «tráfico ilegal» o la «entrada clandestina» (p. ej., art. 313 CP español o el par. 92 de la Ley alemana de extranjería) y, en su caso, adjuntando a esta característica la descripción de distintos comportamientos típicos con términos como introducción, ingreso, transporte etc. (arts. 318 bis del CP español, art. 21 de la Ordenanza francesa de 2 de nov. de 1945, art. de la ley italiana de 6 de marzo de 1988). Esta última opción parece más conforme con el principio de legalidad, en cuanto que el concepto de tráfico resulta más indeterminado.

Conjuntamente con la ilegalidad se emplea la expresión «fraudulento» en algunos supuestos, con la finalidad de captar el aprovechamiento por parte del sujeto activo del tráfico de las situaciones de aparente ilegalidad inicial o de cualquier otra condición a la que se sujeta la legalidad de la estancia. Se trata en definitiva de posibilitar el castigo de comportamientos en fraude de ley. La realidad muestra una amplia gama de conductas de este tipo. Por ejemplo, los supuestos en los que el organizador del tráfico induce y prepara al extranjero para presentar solicitudes abusivas de asilo –caso expresamente incriminado en Alemania a consecuencia de relevancia criminológica– o aquellos otros en los que se organiza una entrada legal con visado de turista y posteriormente se le retiran los medios económicos o los documentos de identidad para garantizarse el pago, pero también el supuesto mucho más frecuente de solicitud de visado para una estancia temporal de turismo o estudios pero con la finalidad de establecimiento definitivo.

En la selección de comportamientos típicos se ha optado por no incriminar exclusivamente la entrada, como quizás ocurra en el ordenamiento español (art. 318 bis y 313) sino también la estancia. Ello resulta lógico desde la perspectiva de los bienes jurídicos tutelados, pues los dos pueden lesionarse en ambos momentos.

La expresión organizar pretende abarcar aquellos casos en que el autor, aunque no transporte directamente al extranjero, domina aquellas condiciones bajo las cuales se produce su entrada. La fórmula empleada es más restrictiva y taxativa que la utilizada en los derechos penales nacionales donde se utilizan expresiones bien conocidas y criticadas como la de «favorecer» o «ayudar».

Por lo que se refiere al comportamiento consistente en el transportar hacia el territorio de la UE la propuesta adelanta la barrera de la consumación al incriminar supuestos en los que aún no se ha producido el ingreso. Esperar a este momento sería coherente en un tipo penal destinado exclusivamente a la tutela de la política

migratoria o el mercado laboral (ej. art. 313 del CP español) pero no cuando entran en juego otros bienes jurídicos, de mayor importancia, que pueden ser lesionados con antelación.

De los comportamientos descritos quizás el que puede presentar mayores reparos desde el punto de vista del principio de ofensividad es el reclutamiento, en cuanto que pudiera estimarse que supone una conducta demasiado alejada de la lesión del bien jurídico. Pero tal idea no resulta acertada, pues la conducta de reclutamiento es especialmente significativa en relación a la modalidad de explotación sexual o laboral ya que es en este momento donde se produce generalmente el pacto, la venta de la fuerza de trabajo o de la libertad sexual a cambio del paso de fronteras, que como se ha señalado ya supone un atentado contra la dignidad de la persona.

Por lo que se refiere a la descripción de las conductas típicas una vez que los inmigrantes han cruzado las fronteras, se ha dejado de lado conscientemente el modelo francés (art. 21 de la Ord. de 2 de nov. de 1945) que castiga genéricamente cualquier acto de favorecimiento de una estancia irregular, lo que se ampara en dos razones. La primera es, nuevamente, que desde el punto de vista del bien jurídico tutelado no tiene sentido incriminar cualquier colaboración con quien reside ilegalmente. Esta opción sólo tiene sentido dentro de una protección hipertrófica de la política migratoria. La segunda es que la descripción de los concretos actos incrementa notablemente la determinación del precepto. En cualquier caso, con el fin de abarcar modalidades de conducta merecedoras de sanción, se emplea de nuevo la expresión de organizar la estancia, que abarca tan solo las situaciones en que el autor domina las circunstancias bajo las cuales es posible la estancia irregular o fraudulenta.

La exigencia de ánimo de lucro incorpora una característica añadida al dolo del tipo objetivo que excluye de la criminalización todos los supuestos inspirados en motivaciones diferentes a la del tráfico lucrativo y que la práctica presenta, desde la colaboración desinteresada a la solidaria. También en relación con el tipo subjetivo debe tomarse en cuenta que en aquellos casos de coejecución o coautoría en los que uno de los autores sólo abarque las circunstancias objetivas que fundamentan el tipo básico será castigado conforme al mismo; igual solución debe aceptarse cuando se trata de un partícipe, aunque los autores hayan realizado el tipo agravado.

VI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Uno de los aspectos más complejos de la elaboración de la propuesta ha sido la opción sobre el modo de determinación del círculo de autores. Son bien conocidos los problemas de autoría que surgen en el ámbito de la criminalidad organizada: si se aplican los criterios tradicionales de demarcación entre la autoría y la parti-

cipación, en la mayoría de ordenamientos europeos, que carecen de la ingeniosa, aunque discutible cooperación necesaria, resultan autores solamente los sujetos que no ocupan nunca las escalas jerárquicas superiores dentro de la organización. Si se piensa, por ejemplo, en el transporte, el ocultamiento o incluso en la recluta, quien realice esta conducta será por lo común un miembro cualquiera de la banda, pero rara vez será el superior jerárquico, que verdaderamente será quien haya diseñado, impulsado y planeado el hecho o el conjunto de la actividad delictiva. Este podrá ser considerado sólo como partícipe, ya sea a título de inductor o de cómplice, lo cual resulta insatisfactorio al menos en un número considerable de casos. Con el fin de solucionar este problema se han elaborado diversas construcciones doctrinales que pretenden fundamentar la autoría del superior, bien sea a título de autor mediató o bien de coautor.

La propuesta de Roxin acerca de los aparatos organizados de poder, pese a ser formulada originariamente para los crímenes realizados por el nacionalsocialismo alemán y otras organizaciones paraestatales, tiene un alto rendimiento en este sector de la criminalidad organizada, como ha reconocido recientemente el propio TS alemán⁶. Esta construcción permite designar al jefe de la banda como autor mediató, sin dejar de considerar autor al ejecutor. El fundamento de la imputación es el denominado dominio de la organización, que se equipara a los supuestos tradicionales de autoría mediató como un caso más de dominio de la voluntad. El criterio más relevante para determinar la existencia de esta situación de dominio es el de la fungibilidad: el hombre de atrás cuenta con un número relativamente amplio de personas dispuestas a ejecutar el hecho, y domina el resultado típico en cuanto que la negativa de un ejecutor en concreto no impide su realización pues puede recurrir a cualquier otro. Un segundo requisito reclamado por Roxin es la necesidad de que el aparato de poder, el grupo organizado, esté desligado del ordenamiento jurídico. No es lógicamente necesario que esté en su intención realizar todos y cada uno de los delitos del Código penal. En última instancia, esta característica es un factor que favorece la fungibilidad, en el sentido de que los miembros de la organización cuentan con que si pertenecen a la misma deben realizar ese tipo de conductas. Sin entrar a analizar los pormenores de esta teoría, lo cierto es que, como el propio Roxin reconoce, su aplicación nunca debe ser automática, sino que resulta necesario probar la existencia del dominio sobre la organización. Y es que no en todas las organizaciones criminales existen las altas dosis de jerarquía y disciplina que son necesarias para la existencia de fungibilidad.

6 Roxin, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, en *Revista Penal*, n.º 2, 1998, p. 61 y ss.

La segunda propuesta mantenida en Alemania por Jakobs y Jescheck y en nuestro país por Muñoz Conde,⁷ consiste básicamente en considerar al jefe de la banda como coautor. Todo ello sobre el entendido de que la decisión de pertenecer a la banda puede equipararse a la decisión conjunta de cometer el hecho y que el dominio sobre la organización permite afirmar el dominio funcional del hecho. Contra esta posibilidad se ha aducido que difumina una de las ideas claves de este instituto: la necesidad que los distintos coautores se encuentren a un mismo nivel. Y es que como señala Roxin, el que actúa ejecuta una orden y esto es lo contrario de la ejecución conjunta. Por otra parte, se indica además que el no exigir la presencia del coautor en el momento de la ejecución del hecho difumina también los contornos de la coautoría. Ahora bien, tampoco debe descartarse por principio esta construcción. La responsabilidad del jefe de la banda o, más en general, de todas las personas con un poder de decisión autónoma, representa una suerte de supuesto intermedio, una tierra de nadie, entre la inducción, la autoría mediata y la coautoría. En los casos de grupos criminales fuertemente disciplinados y jerarquizados la responsabilidad del superior se aproxima a la autoría mediata, que se caracteriza, ciertamente, por una desigualdad entre el autor mediato y el ejecutor. Cuando falten estas notas, con la consiguiente disminución del grado de fungibilidad, todos los miembros de la banda aparecen en un plano de mayor igualdad, que aproxima el problema de la responsabilidad a la coautoría.

Pero, como se advierte en lo expuesto, ninguna de las construcciones elaboradas goza de una aceptación generalizada. Quizá por ello, el legislador, tanto nacional como supranacional, acuciado por las exigencias crecientes de la lucha contra la criminalidad organizada, ha optado por dos estrategias diversas. La primera consiste en redactar determinados tipos de la parte especial, particularmente aquellos en los que con mayor frecuencia interviene la criminalidad organizada, conforme a una regulación muy próxima al concepto unitario de autor, es decir, de modo tal que cualquier contribución al resultado típico permite fundamentar la autoría. Este es el caso de los tipos español, italiano y francés de inmigración ilegal, que emplean verbos tan laxos como los de favorecer, promover o facilitar. Esta opción suele acompañarse con una agravación para los supuestos en que exista una organización delictiva y, en ocasiones, una agravación de segundo grado, para los jefes de la banda. Las críticas son conocidas: su escasa compatibilidad con el principio de legalidad y última ratio en cuanto que se acaban sancionando conductas muy alejadas del núcleo esencial de la conducta típica.

7 Muñoz Conde, ¿Dominio de la voluntad en virtud del dominio de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?, en *Revista Penal*, n° 6, 2000, p. 104 y ss.

La segunda estrategia seguida contra el crimen organizado en materia de autoría reside en configurar como un delito autónomo la participación en una organización delictiva. La UE, en sintonía con las propuestas de la Naciones Unidas, aprobó en 1988 una Acción común (JAI 98/733) sobre la base del art. K.3 (hoy art. 31 TUE), relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la UE⁸. La acción obligaría a los Estados miembros a tipificar como delitos en su derecho interno alguno de estos dos comportamientos:

a) el de toda persona que, de manera intencional y teniendo conocimiento, bien del objetivo y de la actividad general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en aa) las actividades delictivas de la organización (constitutivas de delitos graves), aun cuando dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución. O bien bb) participe en las demás actividades no delictivas de la organización, pero con conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades de la organización constitutivas de delitos graves.

b) la conducta consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de delitos graves, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad.

Esta figura diseñada por la Acción común aspira a castigar al jefe de la organización del que no se pueda probar ninguna participación directa en el hecho, al igual que al resto del personal de la banda que no participando en la ejecución de los delitos concretos participa en la gestión y logística de la organización, con pleno conocimiento de la actividad criminal que entre todos desarrollan. Igualmente aseguraría el castigo de la conspiración, incluyendo en ello a los que no van a implicarse en la ejecución.

Una vez esbozada la problemática de la autoría dentro de organizaciones criminales, debe indicarse que en la propuesta se ha decidido evitar la estrategia seguida por las legislaciones nacionales y configurar el tipo de acuerdo con el sistema de autoría restrictivo (que es el se ha propuesto en la Parte General de los eurodelitos), por entender que se acomoda mejor a las exigencias del principio de determinación, ya que se describe exactamente en qué consiste el comportamiento típico, y del de ultima ratio, pues el sistema unitario conduce hasta, por ejemplo, castigar supuestos de complicidad en grado de tentativa. El *Corpus Iuris* en su art. 12 adopta también este sistema indicando que esta diferenciación responde a la «tradición histórica

8 Blanco e I. Sánchez de Paz, I. Principales instrumentos internacionales relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y la aplicación de la ley penal en el espacio y los problemas de aplicación de la ley en el espacio, *Revista Penal*, nº 6, 2000, p.3 y ss.

de Europa y a la gran parte de los ordenamientos jurídicos actuales». Este texto ha dejado de incluir en su versión 2000 dentro de la inducción los casos de «abuso de autoridad o de poder» con lo que intentaba solucionar expresamente el problema de la autoría dentro las organizaciones delictivas. Pero lo que a todas luces resulta evidente es que en la formulación de un precepto europeo el único camino metodológicamente correcto para resolver estos problemas de autoría en organizaciones criminales no puede ser otro que en una norma de parte general al respecto y no en una cláusula típica de la parte especial, como ocurre con la denostada fórmula de parte especial del favorecimiento.

VI. EXTRATERRITORIALIDAD Y SUPRESIÓN DE LA EXIGENCIA DE DOBLE INCRIMINACIÓN

El párrafo tercero de la propuesta de eurodelito establece la extraterritorialidad de la aplicación del tipo penal y además suprime la exigencia de la doble incriminación. Se trata de otra estrategia clásica en la acción internacional contra el crimen organizado⁹. La supresión de la doble incriminación, desde el punto de vista del derecho penal internacional, convierte a estos delitos en una suerte de grupo intermedio entre los supuestos de personalidad activa y justicia universal. Así, por una parte, permite castigar no sólo a españoles que cometan estas infracciones en el extranjero, sino a cualquiera que sea el autor con indiferencia de su nacionalidad, lo que es un efecto más amplio que el principio de personalidad activa, pero, por otra parte, no se castiga, como derivaría del principio de justicia universal, cualquier delito cometido en cualquier parte del mundo, sino sólo los cometidos en el extranjero que van a terminar repercutiendo dentro del territorio.

En España, la LO 11/1999, de reforma de los delitos contra la libertad sexual ha modificado el art. 23.2 de la LOPJ, en donde se contiene el principio de personalidad activa, con el fin de exceptuar el principio de doble incriminación cuando obligue a ello un Tratado internacional. Esta opción se promueve en algunos Convenios de la UE, por ejemplo, en el relativo a la Protección de los intereses financieros de la Comunidad de 1995 (art. 4) que obliga a los Estados a establecer su competencia siempre que «el autor de la infracción sea un nacional del Estado miembro..., entendiéndose que el Estado miembro podrá exigir que el comportamiento sea punible en el país donde se perpetró» aun que esta última restricción desaparece en acciones y declaraciones posteriores, particularmente tras la JAI de criminalidad organizada.

La principal crítica que se realiza contra la supresión de la exigencia de la doble incriminación es que afecta al principio de seguridad jurídica, en cuanto que no permite al ciudadano confiar en la legislación penal del país en que se encuentra.

9 Vid. de nuevo Blanco e I. Sánchez, I. cit., p. 9 y s.

Por ello sólo debe exceptuarse ante hechos graves, como son sin duda los que nos ocupan. Y, a su vez, en los supuestos en que pueda apreciarse que el sujeto actuó en una confianza razonable en la legalidad de la conducta pueden solventarse a través del tratamiento del error de prohibición.

Pero las cláusulas por las que se amplía territorialmente la competencia penal del Estado no alcanzarán plena eficacia si no se mejoran en general los medios de cooperación judicial y policial y, en particular, las normas internas e internacionales que regulan la extradición, pues como es conocido la regla de doble incriminación es básica también en esta materia. La ratificación generalizada del Convenio de extradición entre los Estados miembros de la UE de 1996 supondría un gran avance en la materia pues atenúa en su art. 3.1 esta regla, exceptuándola en los supuestos de conspiración y cooperación para cometer determinados delitos, singularmente cuando estos suponen una forma de delincuencia organizada.

Pero en relación a la trata de personas la solución no se alcanza solo dentro del espacio jurídico de la UE, sino que requiere estrechar la cooperación internacional con los países terceros y mejorar los mecanismos de extradición con los países de origen del tráfico de personas. Ahora bien, en todo caso es presupuesto de esa cooperación el que el comercio de personas sea perseguible criminalmente desde el país de destino, para lo que resulta capital la extraterritorialidad del delito.

VII. EL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

El concepto de organización criminal que se formula en el apartado 4 de la propuesta es similar al ofrecido por la reciente Acción común de la UE destinada a la lucha contra la criminalidad organizada (1998), en cuanto que contiene las dos condiciones básicas de toda organización delictiva: la permanencia en el tiempo y la existencia de una estructura. Estas dos notas garantizan la distinción entre la organización y los supuestos de simple codelincuencia, reservando para la primera el mayor rigor penal.

La definición propuesta pretende además que sean consideradas organizaciones delictivas no solo las creadas específicamente para la comisión de este delito, sino también aquellas otras que, aunque se dediquen principalmente a otras actividades no delictivas aprovechen su estructura para realizar estos delitos de trata de personas.

VIII. AGRAVANTES

El apartado 5 de la propuesta contiene dos agravantes que incrementan la pena, tanto en el tipo básico como el agravado, por comportar un grado mayor de injusto: la condición del autor de funcionario público o la de directivo de la organización. No es necesario insistir en su justificación.

La experiencia demuestra la relevancia criminológica de la corrupción de funcionarios vinculada al tráfico ilegal de personas. La agravante coincide con la establecida en el art. 318 bis del CP español. Aunque no se señala concretamente en la propuesta el concepto de funcionario con el que se opera, éste es el mantenido por el art. 3 del *Corpus iuris* que coincide, a su vez, con el ofrecido por el art. 1 del Protocolo adicional al Convenio PIF de la UE de 1995. Este concepto no resuelve, sin embargo, si se puede aplicar la calificación a funcionarios de terceros países. En este punto lo más adecuado resulta respetar la legislación de cada país. En el sentido de que sólo procede aplicar la cualificación si el sujeto resulta funcionario de acuerdo con el concepto penal que exista en su país.

Por lo que se refiere al «jefe de la organización» el fundamento de la agravante radica en establecer una penalidad más elevada cuando el autor es además directivo de la organización. Con ello se consigue distinguir la penalidad del superior de la de quien ejecuta el hecho, pero sólo es un subordinado. En cuanto a la técnica legislativa empleada, se ha preferido describir materialmente el concepto de «jefe» de la organización, atendiendo a la existencia de una capacidad de decisión autónoma. Este criterio permite aplicar la agravación no solo al «jefe» strictu sensu, sino a todos los directivos de la organización. El criterio es paralelo al empleado por Roxin en su teoría de los aparatos organizados de poder, según la cual autor mediato no sólo sería el responsable último sino cualquier persona con capacidad para transmitir órdenes dotado de un poder de decisión autónomo.

SOCIEDADES SECRETAS Y DERECHO PENAL

Bienvenidos a la Universidad de Castilla-La Mancha, a su sede en Toledo, en este Palacio Universitario del Cardenal Lorenzana¹. Deseo, ante todo, agradecer al Centro de Estudios Históricos de la Masonería Española y, en particular, a D. José Antonio Ferrer Benimelli, su amabilidad por aceptar nuestra Universidad como sede de este ya tradicional y prestigiado Symposium Internacional de Historia de la Masonería, que ya hace el número VII y es uno de los lugares de encuentro más cualificados de los cultivadores de la Historia Contemporánea, que se hace posible merced al mecenazgo de las Cortes de Castilla-La Mancha y a su Presidente el Prof. Dr. José María Barreda Fontes.

Me honra la propuesta, por parte de los organizadores, de que mis palabras fueran algo más que la expresión de la cortesía académica para con un elenco de visitantes tan ilustres y contribuyera en algo sustantivo a los trabajos de este Congreso, desde el principio de especialidad. Pero no alcanzarán mis palabras el rango de lección magistral. Me propongo tan sólo ofrecerles un repaso sobre las fuentes legales de la represión penal de las sociedades secretas en general y de

1 En *La Masonería en la España del Siglo XX*. VII Symposium Internacional de la Historia de la Masonería Española, Volumen I, Centro de Estudios Históricos de la Masonería Española y Universidad de Castilla-La Mancha. Cortes de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 3-13. Con posterioridad debe citarse el completo estudio de Guillermo Portilla Contreras, *La consagración del derecho penal de autor durante el franquismo: el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Granada, Comares, 2009.

la Masonería en particular. Se trata, en suma, únicamente de proporcionar información a los historiadores, a modo de instrumento, para que puedan insertar los acontecimientos históricos en su marco legal respectivo.

La tarea de perseguir en la historia las relaciones de las asociaciones secretas y el Derecho penal es intelectualmente atractiva. No hay sector del ordenamiento jurídico más cercano a los hechos políticos que el Derecho penal. Al menos tan cercano como el propio Derecho Constitucional. Seguir las constituciones y los códigos penales españoles es seguir la intensa vida política nacional. Así lo ha expuesto el único monografista de conjunto, Marino Barbero Santos, en su obra: *Política y Derecho Penal en España*, publicada en 1977, de muy recomendable lectura para cuantos historiadores se ocupen de algún problema penal desde los principios del siglo XIX².

Desde que, con la Revolución Francesa, triunfó el Racionalismo como guía de la organización política, el poder punitivo del Estado suele expresarse en obras legislativas omnicomprendivas que llamamos códigos penales. En ellos se regulan los principios que fundamentan la responsabilidad, los delitos y las penas. Cada tiempo histórico político tiende a expresarse, normativamente, tanto en una nueva constitución como en un nuevo código penal. No siempre a una constitución sigue un código penal. Estos códigos, a diferencia de las constituciones, son más técnicos que programáticos y, en no pocas ocasiones, los legisladores se satisfacen con reformar parcialmente el código que se encuentran vigente, sin dotarle de nueva planta; o bien con dictar leyes especiales, a la espera de tiempos políticos más holgados en los que desarrollar el trabajo técnico sin la presión política. Así ha ocurrido con el Código de la Democracia hasta diciembre de 1995.

Como he dicho, el Derecho penal se expresa también en leyes especiales, autónomas y diferenciadas de los códigos, a los que complementan sin alterarlos internamente. Suelen producirse estas leyes especiales como instrumentos transitorios a la espera de un nuevo código, pero también por razones sustantivas, temporales etc. Código y leyes especiales forman el «sistema penal» y todo el conjunto ha de tenerse en cuenta para saber la realidad penal de cada momento histórico. Por ejemplo, no basta el Código Penal para captar la realidad penal española desde los años 30 si no se tiene en cuenta la primero llamada Ley de Vagos y Maleantes y luego Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social³. Pero, con todo, el espíritu de cada época se refleja en los códigos. Basta para probarlo, la enumeración de los que se han sucedido desde el final del Antiguo Régimen y la correlación de sus fechas con los acontecimientos políticos.

2 *Política y Derecho Penal en España*, Tecnos, Madrid 1977

3 Vid. Por todos Juan Terradillos, *Peligrosidad y Estado de Derecho*, Akal, Madrid 1981.

El fin del Antiguo Régimen lo señala la Constitución de 1812 y el Derecho penal tiene su primer y liberal Código en 1822, obra del Trienio liberal y de juristas como Flores Estrada, Toreno y Martínez de la Rosa. Su entrada en vigor prevista para enero de 1823 se vio frustrada con la reacción absolutista, que hizo volver al mundo del Derecho al tiempo anterior. Precisamente una Real Cédula de 1 de agosto de 1824 sobre «masonería, cominería y congregaciones de francmasones» introducirá formalmente una gravísima represión, que se incrementa por Real Orden de 9 del mes siguiente por la que se castiga con pena de muerte y confiscación de todos sus bienes a los «masones, comuneros y otros sectarios» como reos de lesa majestad divina y humana, conductas cuyo enjuiciamiento se encomienda, para evitar vacilación, a la jurisdicción militar. Este régimen solo se atempera en 1834, proclamándose así en lo penal el fin de la década ominosa – pocos días después del Estatuto Real– por Real Decreto de 26 de abril, por el que se vuelve a la jurisdicción ordinaria y con maneras más suaves, y con referencia típica tan sólo a las asociaciones secretas.

La Constitución de 1844 representa la apertura de una década moderada, El liberalismo moderado nos proporciona el primer Código liberal propiamente dicho en 1848, que venía preparándose de la mano de Pacheco, Seijas y Bravo Murillo, aunque se aprueba ya bajo la presidencia de Narváez. Pero pronto responderá el General a las revoluciones que recorren Europa y no vacilará en reformar todo el Código en sentido autoritario, que se plasmará, entre otros muchos aspectos en la incriminación de las sociedades secretas, no prevista en 1848, y dando lugar al que se conoce como Código de 1850. A «La Gloriosa» y su Constitución de 1869 le siguió un Código de nueva planta, el de 1870, que por aprobarse a toda velocidad y con carácter provisional –«para el verano»– ha sido el de más larga vida de nuestra historia.

La correlación entre política y Derecho penal desde entonces ha sido todavía más manifiesta: sucesivamente Código de 1828, en la Dictadura de Primo de Rivera, Código de 1932, de la II República. Código de 1944, del Régimen de Franco, y Código de 1995, el Código de la Democracia.

Muy numerosos son los aspectos y los elementos del Derecho Penal que cambian con la evolución histórica de la legislación y sus aspectos políticos: el catálogo de lo que se castiga, el catálogo y clase de las penas, las causas de agravación genéricas o específicas, etc. Pero hay algunos elementos que se presentan de modo pendular y cuyas características revelan el carácter liberal o autoritario del código vigente en cada momento. Uno de tales elementos tiene mucho que ver con el tema que nos ocupa: el de la punibilidad de la conspiración para delinquir. La evolución legislativa de su tratamiento va a correr pareja con la del carácter general de los códigos y con el tratamiento de las sociedades secretas.

El examen del tratamiento penal de las sociedades secretas en general y de la masonería en particular requiere tener en cuenta tres elementos, dos en el propio código y un tercero fuera de él. Por una parte, en el Código Penal, el régimen de la conspiración para delinquir y las características y límites de la incriminación de las asociaciones, es decir del delito de asociación ilícita. Y, por otra, fuera del Código, pueden existir o no leyes especiales criminalizadoras de la asociación. Por lo común, aparecen leyes especiales cuando se produce un vuelco autoritario y durante el periodo que el nuevo régimen necesita para darse un código penal propio. Esto es lo que ocurre entre 1939 y 1944, desde la represión franquista de la Masonería y el Comunismo y su ley de 1941, hasta su inclusión en el Código de 1944.

1. LA CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR

Haré referencia, en primer lugar, al tratamiento de la conspiración para delinquir, apenas media línea y media del código, pero que varía de uno a otro, dotándole de características fundamentales y significativas. Lo explico: el progreso de la legislación penal se plasma, entre otros asuntos, en la no punición del pensamiento y las ideas, limitando el castigo a las acciones, a los hechos y, por lo tanto, limitando el castigo al momento del principio de ejecución de los hechos delictivos, que es lo que se denomina «tentativa». Con anterioridad a la tentativa, en los hechos individuales no hay nada punible. En los hechos colectivos –los que interesan a la vida pública– no hay otra cosa que la meditación, el planeamiento y el acuerdo entre más de dos, esto es, lo que técnicamente se llama «conspiración». Así dicen todos los códigos: «La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito». Una asociación es, técnicamente, siempre una «conspiración»: una meditación colectiva, planeamiento de objetivos y acciones y acuerdo para ello.

Pues bien, una de las diferencias entre los periodos penales liberales y autoritarios es el modo de castigar la conspiración. Es propio del autoritarismo castigar toda conspiración para cometer cualquier delito, del mismo modo que se castiga toda tentativa de cometerlo. Y propio del liberalismo es restringir la punición de la conspiración a la conspiración para cometer determinados delitos, en «lista cerrada»: como, por ejemplo, sólo la conspiración para cometer delitos contra la vida. Cuando la conspiración se castiga con carácter general en un marco político autoritario, la asociación con fines políticos para la superación del marco autoritario, la asociación, el hecho asociativo, cae ya bajo la represión penal, sin necesidad de aplicar la figura delictiva que castigue la asociación ilícita, lo que permite captar represivamente todos los momentos previos al hecho asociativo, así como la asociación misma cuando se carece de material probatorio suficiente para castigar la

asociación como tal. En un régimen liberal, al no castigarse la conspiración con carácter general, el hecho asociativo, para ser castigado, requiere la existencia de un precepto penal específico que castigue las llamadas asociaciones ilícitas y la prueba procesal de su realidad.

La historia penal española presenta en su desarrollo estas dos variantes, con nitidez en determinados periodos, y con confusión en periodos políticos complejos. Con todo, podemos realizar un examen general que ofrece los siguientes resultados:

El Código de 1848 es liberal y sólo se castiga la conspiración para cometer delitos concretamente especificados. Pero con la reforma de dos años después, el Código de 1850, bajo el periodo más radical del Espadón de Loja, se regresa al castigo general de la conspiración. El Código de 1870 renuncia al castigo genérico de la conspiración y sus comentaristas y patrocinadores como Goizard y Silvela alardean de ello. Este régimen se mantiene hasta el Código de 1928, recuperándose el régimen de 1870 con la reforma de la República, el Código de 1932. 1936 marca de nuevo el viejo camino. Curiosamente, el castigo genérico de la conspiración se mantiene hasta hoy, aun cuando los sucesivos proyectos de nuevo código penal, desde el de 1980 hasta el actual de 1995, recuperan el espíritu liberal.⁴

2. LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN ILEGAL O ILÍCITA

El Código de 1822 contiene la incriminación de ciertas formas de asociación que, en parte, confunde con la reunión. La previsión que más se acerca a nuestro tema está en el artº 316: «Los que so color de culto religioso formaren hermandades, cofradías u otras conspiraciones semejantes sin conocimiento y licencia del Gobierno... serán castigados con una multa de uno a treinta duros o con arresto de dos días a dos meses». Merece señalarse la levedad de las penas –1 a 30 duros y arresto de 2 días a 2 meses– que se eleva hasta 4 meses en el caso de reunión secreta, sin perjuicio de las que pudieran corresponder si cometen otro delito en la reunión en cuestión. Y las penas son leves, sobre todo si se comparan con las que vienen después del regreso al absolutismo de la mano de Los Cien mil hijos de S. Luis, pues Fernando VII reacciona brutalmente contra el fenómeno asociativo y, en particular, contra la masonería. Entre otras, dicta una Real Cédula de 1 de agosto de 1824 sobre masonería, cominería y congregaciones de francmasones, para cuyos miembros dispone la pena de muerte y la confiscación de todos sus bienes, declarándoles reos de lesa majestad divina y humana, atribuyendo las competencias a la jurisdicción militar (v. también R. Orden 9-X-24), lo que se mantiene en vigor durante toda la Década ominosa, hasta el R.D. 26-IV-34.

4 García Pablos, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona 1977, p. 237 y ss.

La primera regulación sistemática de las asociaciones ilícitas se produce con el Código de 1848. Seguiremos desde éste la evolución posterior. El Código de 1848 organiza la represión de las asociaciones ilícitas del siguiente modo: Tipifica, en primer lugar, las sociedades secretas (art. 202) y, en segundo lugar, incrimina como asociación ilícita a la que «no se haya formado con el consentimiento de la autoridad pública. o se faltase a las condiciones que ésta le hubiere fijado» (art. 205). En la lectura del texto podremos advertir los elementos claves de la *mens legislatoris* de 1848: Son sociedades secretas «aquellas cuyos individuos se imponen con juramento ó sin él la obligación de ocultar a la autoridad pública el objeto de sus reuniones ó su organización» y «las que en su correspondencia con sus individuos ó con otras asociaciones se valen de cifras, jeroglíficos u otros signos misteriosos». Su preocupación básica es la sociedad secreta como tal y, en particular, como se advierte en los términos legales, la masonería. En lo demás, el concepto de ilicitud de la asociación es puramente formal, independiente de los fines u objeto de la asociación: el estar o no autorizada o el cumplir o no las condiciones de la autoridad. Este concepto formalista de la asociación ilícita expresa con claridad que el legislador no tenía en la cabeza la asociación como un derecho fundamental. Pero se pueden señalar dos notas más. El artículo 204 contiene la fórmula exculpatoria del «espontaneamiento», es decir, la revelación por el socio a la autoridad de la existencia, el objeto y fines de la sociedad secreta, excluyendo la delación, pues precisa el código que la autoridad, al recibir la declaración, no podía hacerles pregunta alguna acerca de las personas que componen la sociedad.

El Código de 1850, es decir la reforma autoritaria de Narváez sobre el de 1848, mantiene la redacción anterior, pero exaspera las penas previstas en los supuestos en los que los objetivos de la asociación incluyen la comisión de «delitos políticos» castigando a los miembros de la sociedad como autores en grado de conspiración del delito de que se trate y a los jefes, todavía mayor exasperación, a título de autores de delito frustrado (art. 210). En el texto se advierte la relación entre el concepto del delito de asociación y la conspiración para delinquir, a que antes se ha hecho referencia.

El Código de 1870 es la expresión de la Revolución Liberal de 1868 y de su Constitución de 1869. Y es expresión muy fiel, pues es obra de técnicos que, a su vez, son directos protagonistas de la acción política. Es, además, obra técnica que resultó poco alterada en el Parlamento, en el que se coló de rondón como código provisional o «de verano», como se ha dicho.

En su artículo 198 establece que «Se reputan asociaciones ilícitas^{1º} Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública» y «^{2º} Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código.»

Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, padre del Código, Ministro de Justicia y el mejor expositor y comentarista del Código, da comienzo así al comentario del artº 198 que les acabo de citar: «La libertad sin garantía no es verdadera libertad». Y continúa con una aguda y coherente fundamentación de la libertad de asociación como derecho fundamental. Critica la formulación del Código de 1848. *«Sus autores –dice– no supieron ni pudieron hacerse superiores al espíritu de desconfianza y prevención que dominaba en los encargados de ejercer el poder contra todo lo que pudiera suscitarles obstáculos en el camino que habían excogitado para salvar el orden público»*. Al repasar la tipificación de las sociedades secretas y las asociaciones no autorizadas proclama que *«no hay legitimidad en los poderes públicos para incriminar nada prescindiendo de su índole, de su objeto y de su fin moral.»* Por ello no basta para criminalizarla el que la asociación huya de la luz del día y oculte sus actos a los poderes públicos. Lo único que legitima la intervención penal en la vida asociativa es que ésta tenga por objeto cometer algún delito o su objeto sea contrario a la moral pública. Y añade: *«sus términos son claros y explícitos. Nadie puede desconocer que, como hay una moral privada, hay también una moral pública base de todo organismo político, administrativo, económico y social. La conciencia individual y la conciencia pública con enérgica voz proclaman sus preceptos. De todo puede dudar el hombre menos del concepto de la moralidad o inmoralidad de los actos que, ante su presencia, pasan o que a sus oídos llegan. Ninguna dificultad han de encontrar, pues, los Tribunales al aplicar el texto legal, para separar las asociaciones lícitas de aquellas otras que, por su objeto o circunstancias, sean contrarias a la moral pública. ¡Desgraciado país donde la moral pública, para ser conocida, necesite ser dogmáticamente explicada!»*.

La esencia del asunto es, pues, la «moral pública», concepto al que se presenta como un valor objetivo, universal y manifiesto, pero que, naturalmente, se trata de una mixtificación. En efecto, no preocupa ya al legislador liberal la reunión y la asociación para concertarse a efectos del debate ideológico, aunque se realice huyendo de la luz del día. Lo que preocupa al legislador del liberalismo burgués es el concierto para la acción, para cambiar el orden burgués, el orden «natural» y que, por tanto, se hace aparecer como el orden moral, la moral pública.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplica el Código del 1870 revela todavía con mayor fidelidad la preocupación nueva del legislador liberal: *«Son contrarios a la moral pública y, consiguientemente, ilícitas, aquellas asociaciones que tienden al objeto de realizar, por procedimientos, prácticos, los principios de anarquía y colectivismo, tan contrarios al modo de ser de nuestra sociedad y a la legalidad que sirve de fundamento a la misma»* (S. de 8 de octubre de 1.884). *«Siendo principios fundamentales de la asociación titulada «Federación de Trabajadores» la anarquía y el colectivismo y proponiéndose emprender la lucha del Trabajo contra el Capital*

y de los Trabajadores contra la burguesía, es indudable que dicha asociación, tanto por su objeto como por sus circunstancias es contraria a la moral pública, contradiendo como contradice el principio más fundamental del orden social, cual es el de la autoridad y la propiedad individual» (S. de 28 de enero de 1.884). En el mismo sentido, la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1893, en la que además se establecen límites muy precisos entre la expresión teórica de las ideas del anarquismo y el colectivismo y su intento de puesta en práctica.

En definitiva, y a la luz de lo expuesto, es el orden social burgués el orden moral que protege el Código Penal, la línea divisoria entre lo lícito y lo ilícito, entre la libre asociación y la asociación criminal. Esto es lo importante y lo demás son matices. Si al legislador del 48 lo que le preocupaba era el fenómeno asociativo inspirado en el principio de la Libertad, lo que preocupa al legislador del 70 es el fenómeno asociativo inspirado en el principio de la Revolución. Y así, las asociaciones secretas y, con ellas, la masonería, pasaron a una vida mejor, en la legalidad, únicamente conturbadas por el régimen administrativo de control, fuente de disputas, pues el control alcanzaba hasta la presencia facultativa de la Autoridad en las reuniones asociativas (Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, especialmente art. 12). Y así, el artº 199.3º castigaba con prisión de 6 meses y 1 día a cuatro años y multa a los directores o presidentes de asociaciones que no permitieren a la Autoridad, o a sus agentes, la entrada o la asistencia a las sesiones, o no la levantaren a la segunda intimación que, con este objeto, les hiciera la Autoridad. Los nuevos asociados serían castigados con hasta 6 meses de arresto. (Artº 200).

El régimen legal expuesto transita en los avatares históricos sin modificaciones sustanciales hasta la Guerra Civil. Todo cambia desde el Bando de 28 de julio de 1936, declaratorio del Estado de Guerra. Se hace de nuevo la noche de los tiempos y desaparecen los derechos individuales; también el derecho de Asociación. Sólo los afectos al Régimen de Franco encuentran amparo en la ley. Y todos los desafectos adquieren como destinos posibles la pena de la vida, la pena del exilio o la pena de prisión.

La Masonería y el Comunismo se convierten en el objeto preferido, sistemático y maníaco de la represión penal de carácter político. La primera pieza normativa clave del nuevo régimen es el citado Bando de 28 de julio de 1936, por el que se atribuye a la Justicia Militar el conocimiento de las causas por delito de rebelión, declarando como tal la adhesión al Gobierno Republicano y a los partidos y organizaciones que lo sustentaban, incluidas las logias masónicas. Los rebeldes establecieron así una perversión, lo que uno de sus protagonistas –Serrano Suñer– ha calificado como «Justicia al revés».

Las piezas legislativas que siguieron al Bando son: La Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939, la Ley contra la masonería y el comunismo de 1 de mayo de 1940. y la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941.

No resulta fácil transmitir el terror penal que establecieron estas tres piezas legislativas. Por fortuna, no resulta imprescindible. Para ello me remito a los trabajos de Barbero Santos, citado y a Berdugo Gómez de la Torre.⁵ Podemos aquí concentrarnos en lo específicamente referido a la Masonería, contenido en la Ley de 1 de marzo de 1940 y que la Ley de Seguridad del Estado de 1941 deja expresamente vigente.

La Ley define la masonería y dice así en su artº 4: *«Son masones todos los que han ingresado en la masonería y no han sido expulsados, o no se han dado de baja en la misma, o no han roto explícitamente toda relación con ella; y no dejan de serlo aquellas a quienes la secta ha concedido autorización, anuencia o conformidad bajo cualquier forma o expediente, para aparentar el alejamiento de la misma.»* A los comunistas les define de un modo no menos sorprendente: *«A los efectos de esta ley se consideran comunistas los inductores, dirigentes y activos colaboradores de la tarea o propaganda soviética, trotskistas, anarquistas o similares»*. Castiga la pertenencia a la masonería con la pena de reclusión menor, es decir, con prisión de 12 años y 1 día a 20 años, que será de 20 años a 30 para los dirigentes, así como con la separación de cualquier cargo o empleo público y de cualquier cargo de dirección en empresas privadas.

Se declara circunstancia atenuante la delación (artº 8, últ. párrafo 1.). Obliga a cuantos han pertenecido a la Masonería hasta la Guerra a una declaración de retractación. Su no verificación o verificaciones con ocultamiento les hace responsables penalmente como si siguieran siendo miembros de la misma y, además, les excluye de las excusas absolutorias que la Ley prevé: haber servido como voluntario en el Ejército nacional o en sus milicias desde el primer momento en que, habiendo sido posible durante un año, haberse sumado a la preparación o realización del Movimiento con riesgo grave y perfectamente comprobado y el haber prestado servicios extraordinarios a la Patria. Quienes efectuaran la declaración-retractación a satisfacción de los Tribunales Especiales, creados al efecto, verán reducida la pena a las inhabilitaciones profesionales antes citadas y a las sanciones económicas, que podrán atenuarse si en la declaración suministrare «informaciones o datos interesantes sobre actividades de la secta, sobre los que le iniciaron o fueron jefes o compañeros» y o sobre cualesquiera otros extremos que puedan servir con eficacia al propósito de la ley. El examen de la retractación se realizaba, cuando se tratase de militares, ante Tribunales de Honor, suprimidos por la República y restablecidos tras el Alzamiento. Si se trataba de civiles estaba el Tribunal compuesto por un general,

5 *Derecho represivo en España durante los periodos de Guerra y Postguerra (1936-1945)*. Rev. F.D.U.C. 1981, p. 7 y ss. Y el publicado con posterioridad a este escrito de Guillermo Portilla Contreras, *La consagración del derecho penal de autor durante el franquismo: el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Granada, Comares, 2009.

un jerarca de la Falange y dos letrados, con un presidente designado por el Jefe del Estado. Un Decreto de 30 de marzo de 1940 reguló, con detalle, el contenido a que debían ajustarse las retractaciones de masones. Bien lejos habíamos llegado del caballeroso «espontaneamiento» de los liberales.

La numerosa legislación especial, no sólo en materia de represión política sino también en el orden moral-religioso, como las relativas al aborto y a la propaganda anticonceptiva, la de recuperación del adulterio como delito, o los delitos económicos, llevaron al régimen a la idea de reformar el Código de 1932 que, como se ha dicho, seguía siendo en lo fundamental el Código del verano de 1870. La refundición de todo ese material legislativo dio pie a presentarlo como un nuevo Código, el de 1944. Su exposición de Motivos es explícita, y más allá de los fines de represión política, proclama que «el Código de los delitos y penas y la Ley de Prisiones significan el amparo de la Autoridad para el vivir pacífico de los españoles y la eficaz sanción de la ley para quienes se aparten de las reglas de moralidad y rectitud, que son normas de toda sociedad iluminada en su marcha a través de los caminos de la historia por los reparadores principios del Cristianismo y el sentido católico de la vida.»

Naturalmente todo este programa se proyecta sobre la regulación del delito de asociación ilícita. El Código de 1944 operó del modo siguiente en el art. 172: conservó los dos tipos del Código del 70, el de la contrariedad a la moral pública y el de la comisión de delitos y a ellos añade dos más: «*Las prohibidas por la autoridad competente*» y «*las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la ley*» Por si acaso, el art. 173 se dedica a enunciar las categorías más a las que declara comprendidas en el anterior y, entre ellas, la que atañe más directamente a nuestro tema: 3º «Las Asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la ley y cualesquiera otras de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso». Las penas previstas para los fundadores, directores y presidentes es la de prisión de 6 meses y un día a 6 años, inhabilitación especial y multa y arresto mayor de 1 a 6 meses para los nuevos miembros. Pero esta penalidad sólo era un punto de partida, pues se preveían más adelante ulteriores agravaciones y, por otra parte, seguía subsistente la Ley de Represión de Masonería y Comunismo, vigente hasta el 15 de noviembre de 1971. Sin embargo, desde que en 1963 la Jurisdicción Ordinaria desplazó a la Jurisdicción Militar en el enjuiciamiento de los delitos de carácter político, se prefirió la aplicación del código penal frente a la más grave ley especial. (vid. especialmente la STS de 10 de mayo de 1968).

Este régimen de criminalización de asociaciones se mantuvo hasta la Ley reguladora del derecho de Asociación Política de 14 de junio de 1976 y la Ley de 19 de julio de 1976, que reformó los delitos de asociación ilícita, como paso previo a la

Ley de Reforma Política de 4 de enero de 1977. A la luz de estos textos, la criminalización de las asociaciones políticas se redujo a los partidos comunistas, hasta la Sentencia de 1 de abril de 1977, de la Sala 4ª, que abrió el paso a su legalización, penetrando todos desde ese momento en la senda constitucional.

La Constitución de 1978 reconoció en su art. 22 el derecho de asociación como derecho fundamental, declarando ilegales sólo las que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos, pero en su último apartado el artículo establecía que «se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».

Se trataba a partir de entonces de plasmar la Constitución en el Código penal. A tal efecto se presentó en las Cortes un Proyecto de Ley sobre reforma del Código penal en relación a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión, reunión y asociación (B.O. Cortes, nº 77, de 7 de abril de 1978), en el cual se contenía una redacción del delito de asociación ilícita que mantenía la redacción del Código de 1870, es decir, por una parte las asociaciones contrarias a la moral pública y, por otra, las que tengan por objeto cometer algún delito; a ello se añadía la referencia a las asociaciones que tuvieran un fin lícito pero que emplearen medios violentos para su consecución. Como puede observarse no había en el Proyecto referencia alguna a la cláusula constitucional de las asociaciones secretas o paramilitares. Lo que ocurrió fue lo siguiente: el Grupo comunista propuso una enmienda por la que se suprimía la referencia a la moral pública y «a cambio» se ofrecía la fórmula constitucional, y así fue aceptado por el Congreso. Más tarde, en el Senado se sustituyó el término secretas por clandestinas, y así ha sido la fórmula que ha estado vigente hasta 1995⁶.

En todo el tiempo que ha mediado no se ha aplicado nunca la cláusula de las asociaciones clandestinas, objeto de rechazo doctrinal que no fue consciente de que fue el «precio» parlamentario de la oportuna y beneficiosa supresión de la referencia a la moral pública. Los proyectos de reforma del código han evolucionado paralelamente. El Proyecto de 1980 contenía todavía la doble fórmula de, por una parte, «las contrarias a la moral pública» y, por otra, «las secretas y las de carácter paramilitar» (600, 3º). que se mantenía en las Propuestas de Anteproyecto de 1983 (artº 534, 3º). El Proyecto de 1992 suprimió la referencia a las organizaciones clandestinas, manteniendo sólo a las paramilitares (artº 529, 4º). En igual sentido el Proyecto de 1994 (artº 494, 3º). El texto definitivamente aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, prescinde de toda referencia a las asociaciones secretas o clandestinas, términos a los que históricamente ha estado asociada la represión de la masonería en España durante casi dos siglos.

6 Vid García Pablos, *Comentarios a la Legislación penal II*, 1983, pág. 139 y sigs.

LA SUPRESIÓN DEL DELITO DE PROPAGACIÓN MALICIOSA DE ENFERMEDADES Y EL DEBATE SOBRE LA POSIBLE INCRIMINACIÓN DE LAS CONDUCTAS QUE COMPORTAN RIESGO DE TRANSMISIÓN DEL SIDA

Sumario: 1. Introducción; 2. El programa eugenésico de los años 30 y el Derecho penal; 3. Razón y fundamento del delito de contagio venéreo; 4. El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible del art. 348 bis del viejo Código penal; 5. La transmisión del Sida como lesiones típicas en el Código penal anterior y en el de 1995; 6. El contagio de enfermedades en los proyectos de reforma penal; 7. Sobre la inconveniencia de castigar conductas que comporten mero riesgo de contagio de sida y el acierto del Código penal de 1995.

I. INTRODUCCIÓN¹

En 1630, en el Milán de la dominación española bajo nuestro Rey Felipe IV, los jueces de la ciudad, asolada por la peste, quisieron procurar remedio a tan grave mal, y no encontraron más salvable medida que acusar y, tras atroces suplicios, condenar a varios pobres e indefensos ciudadanos con la imputación de haber propagado la peste mediante procedimientos tan necios como siniestros: untando con misteriosa pez las paredes de algunas solitarias callejas. Sobre estos acontecimientos se pronunció como primer crítico nuestro bien conocido Pietro Verri en sus *Observaciones sobre la tortura*, y años más tarde Alessandro Manzoni, nieto

1 En *Derecho y Salud*, Volumen IV, nº 2, julio-diciembre 1996. Asociación Juristas de la Salud, pp. 207-213.

de su amigo y rival Cesare de Beccaria, y padre de las letras italianas, compuso un aleccionador opúsculo al que daba comienzo alegando que los dichos jueces creyeron haber hecho cosa muy digna de memoria, ya que en la misma sentencia, después de añadir a los suplicios y la muerte la demolición de la casa de uno de los condenados, decretaron todavía más: que en aquél lugar se levantara una columna, la cual debería llamarse infame, con una inscripción que llevase a la posterioridad la noticia del crimen y la pena. Y, concluye Manzoni en su inicial párrafo, en esto no se engañaron: aquel juicio fue verdaderamente memorable.

La *Storia della Colonna infame* es una buena historia y un excelente libro para presidir una reflexión jurídica y social sobre la propagación de enfermedades, más aún cuando la que más nos preocupa, la del Sida, reviste en ocasiones las características que atribuyó Boccaccio a la mortífera pestilencia que castigó a Florencia «por obra de los cuerpos celestes o enviada sobre los mortales por la justa ira de Dios para escarmiento de nuestros inicuos actos». Y todo ello porque como bien advierte Leonardo Sciascia en su introducción a la versión española de la obra: «los errores y los males del pasado no son nunca pasado, y es preciso vivirlos y juzgarlos de continuo en el presente», si queremos aprender de la historia para guiar nuestro futuro².

Es el Sida lo que ha revitalizado la preocupación por la intervención del Derecho penal frente a la transmisión o contagio de las enfermedades infecciosas en general y de las de transmisión sexual en particular. Es por ello por lo que para abordar el examen del delito de propagación maliciosa de enfermedades hemos de tener bien en cuenta, además de la transmisión de enfermedades comunes, la de las sexuales o venéreas. La ley solo se puede interpretar con sentido desde los problemas por los que la ley nos preocupa.

Ya el Código de 1822, en el art. 378 previó el castigo, como delito contra la salud pública, a quien introdujere o propagare enfermedades contagiosas o efectos contagiados, quebrantaren las cuarentenas o se evadieran de los lazaretos. Pero esta cláusula desapareció en los Códigos posteriores. Groizard manifestó su preocupación por esta carencia³, preocupación que ejemplifica en el caso de quien introduce en casa ajena las ropas de un enfermo de cólera «con el depravado fin de llevar a ella la desolación y la muerte». Estimó que tal carencia obedecía a una ingenua creencia del legislador de que «no había entre los hombres ninguno

2 Manzoni, A.; *Historia de la columna infame*, con una nota de Leonardo Sciascia, Barcelona 1984. La atribución de las epidemias al castigo divino por los pecados de los hombres es una constante de nuestra cultura, así Barrionuevo en sus *Avisos* informaba que entre las causas de la peste italiana de 1656 se encontraba la de andar las mujeres descubiertos los pechos, provocando a los hombres a pecar; v. amplias referencias en Martínez Gil, *Muerte y Sociedad en la España de los Austrias*, Madrid 1993, p.132 y ss.

3 *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, IV, Salamanca 1891, p. 30.

tan malvado que a tal extremo le condujesen sus desapoderadas pasiones». Pero nada proponía para los supuestos no intencionales. La acción legislativa contra las enfermedades contagiosas comunes solamente fue abordada más tarde y como asunto puramente organizativo, sin más medida de aseguramiento o sancionadora que el aislamiento forzoso del sujeto en periodo de contagio⁴. La primera manifestación sistemática y de resonancia en favor de incorporar al Código la transmisión de enfermedades contagiosas en general, y entre ellas también las venéreas fue obra de Francos Rodríguez en su conferencia y opúsculo de 1920 sobre el delito sanitario⁵.

2. EL PROGRAMA EUGENÉSICO DE LOS AÑOS 30 Y EL DERECHO PENAL

La preocupación desde el Derecho penal por las enfermedades de transmisión específicamente sexual tiene su origen en el pensamiento «eugenésico» que se desarrolla a partir del segundo decenio del presente siglo. Jiménez de Asúa fue una vez más pionero y maestro en esta materia en España. El programa eugenésico, programa para lograr un pueblo sano, presentaba en su opinión para el político y para el jurista tres grandes sectores de trabajo: a) El logro de una progenie sana, que implica la lucha contra la prostitución y contra las enfermedades venéreas; b) La consecución de matrimonios eugenésicos; c) y la paternidad y maternidad conscientes, que se extendía a la anticoncepción, la esterilización y el aborto⁶.

Asúa comenzaba su reflexión jurídica sobre las enfermedades venéreas resaltando el sentido específico que tiene la preocupación jurídica por éstas, a diferencia de otras enfermedades infecciosas: aun cuando las tradicionales enfermedades han sido derrotadas, existen aún tres enormes plagas que cada año destruyen la vida de miles de seres humanos, la tuberculosis, la sífilis y el cáncer, pero «el flagelo social de la sífilis, a diferencia de los otros dos terribles morbos, tiene su origen directo

4 Decreto de 10 de enero 1919, de disposiciones generales sobre prevención de las enfermedades infecciosas, art. 3.

5 Francos Rodríguez; *El delito sanitario*, Madrid, Reus 1920.

6 Jiménez de Asúa, se ocupó por vez primera del tema en *La lucha contra el delito de contagio venéreo. Problemas de derecho penal y de prevención en torno a las enfermedades del sexo*, Madrid, Caro Raggio, 1925. Una versión más amplia la publicó en Italia, *Il delitto di contagio venéreo. Studi e proposte*, Turin, Bocca en 1929, más tarde en el primer tomo de *El Criminalista*, y también en su *Libertad de amar y derecho a morir*, desde su primera edición de 1928 y hasta la 7ª, por la que citamos, Buenos Aires, Depalma, 1984, aún cuando la última versión corregida por el autor es del año 1946. Lo que se cita puede verse especialmente en p. 26 y 111. En favor de la creación del delito de contagio venéreo se habían manifestado algunos autores con anterioridad, de entre los que debe citarse Francos Rodríguez v. nota 4, y Sierra; *El delito de contagio intersexual y nutricio*, Madrid, Rev. de Archivos, 1923.

en un acto fisiológico y necesario para la especie, acto placentero que la poesía ha sembrado de flores, algunas de trazo, al *cantar* al amor. Por ello, la profilaxis de la sífilis y otras enfermedades venéreas no se refiere al puro campo de la higiene y de la medicina... sino que trasvasa ese recinto.... y entra de lleno en las meditaciones del sociólogo y hasta del jurista». En definitiva, lo que singulariza la preocupación de los juristas por las enfermedades de transmisión sexual frente a otras es que el contagio es plasmación directa de una conducta humana consciente que produce en otro la enfermedad.

La lucha «antivenérea» comprendía cuatro elementos: la educación sexual, el tratamiento médico obligatorio, la abolición de la prostitución reglamentada y la creación del delito de contagio venéreo, en lo que este último aparece como cláusula de cierre de la mencionada política. Numerosos países incorporan a sus ordenamientos leyes de profilaxis venérea, Dinamarca 1906, Suecia 1919, Alemania 1927, Argentina 1936, Chile 1931, Venezuela 1941. En España quedó en proyecto una pieza legislativa sistemática elaborada entre otros por Jiménez de Asúa en 1932, sin perjuicio de intervenciones sectoriales que se fueron produciendo con el tiempo.

Los elementos comunes del proyectado sistema legal de lucha antivenérea era los siguientes: a) tratamiento médico obligatorio para el portador de la infección cuyo incumplimiento se sanciona, deber de denuncia por parte del médico del sujeto infectado, levantando el secreto profesional, sancionando la omisión de denuncia; y b) penalidad del contagio venéreo. Prácticamente todos los países incorporan los dos primeros elementos en la legislación administrativo sanitaria, con un grado de aplicación muy desigual. Menos llevaron la conducta de contagio a la categoría de delito, bien en el Código penal, bien en las leyes especiales. En todo caso, desde que se generalizaron los recursos terapéuticos accesibles y eficaces contra las enfermedades de transmisión sexual la preocupación por la intervención sancionadora y punitiva se desvaneció. Es más, las históricamente llamadas enfermedades venéreas parecían haber sido vencidas.

En España fue el Código de 1928 el que introdujo el delito de propagación maliciosa de enfermedad en general y, por vez primera, el delito de contagio venéreo. El primero entre los delitos contra la salud pública, y el segundo entre los delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas. En el primero, previsto en el art. 549, se castigaba «*al que maliciosamente propagare una enfermedad peligrosa y transmisble a las personas*». El segundo, en el art. 538 se disponía que «*Quien sabiendo que se encuentra atacado de una enfermedad sexual en su periodo contagioso infectare a otro por vía intersexual o de otra manera será castigado con la pena de 2 meses y un día a 1 año de prisión. Si el hecho se realizase entre cónyuges solamente podrá ser perseguido a instancia*

de parte». Este precepto se complementa con otros tres, dedicados a tipificar un supuesto agravado para el contagio a menores de 16 años y los llamados contagios nutricios, es decir, contagio de nodriza a niño y de quien entrega niño infectado a nodriza sana. Una Real Orden de 26 de julio 1930 estableció las bases de la lucha antivenérea en la que se regulaban la hospitalización forzosa de quien pudiera «constituir un peligro social» por incumplir el tratamiento, todo ello «sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar», es decir, las penas previstas en el Código de 1928, como expresamente proclama la Base final de la citada disposición.

La vigencia de estos preceptos terminó con el advenimiento de la República que declaró nulo el Código de la Dictadura. El Gobierno republicano preparó un proyecto para la lucha antivenérea en los años 1931-1932 cuyo precepto punitivo fundamental era el que sigue: Art. 30, *«El que practique relaciones sexuales sabiéndose afecto de una enfermedad venérea en periodo contagioso será castigado con las penas de presidio menor en su grado mínimo (seis meses a dos años) y multa, a no ser que el Código penal imponga a los hechos sanción más alta. Si el delito..... se perpetrare por culpa las penas serán de arresto mayor (de un mes a seis) y multa, cuando los hechos no estuvieren castigados más severamente en el Código penal...»* Este precepto se completaba con la incriminación del incumplimiento malicioso del tratamiento obligatorio impuesto, así como de la omisión de cuidado de padres o tutores sobre hijos o pupilos enfermos y de las variantes del contagio nutricio. La omisión de denuncia a la autoridad sanitaria del abandono de tratamiento por parte del enfermo se configuraba como infracción administrativa y se autorizaba la hospitalización forzosa para los refractarios al tratamiento.

3. RAZÓN Y FUNDAMENTO DEL DELITO DE CONTAGIO VENÉREO

Las razones de la intervención penal exclusivamente frente a las enfermedades contagiosas de carácter venéreo y no a las restantes se encuentran en el pensamiento de Asúa antes enunciado: se trata de un modo de transmisión de una enfermedad grave, expresión de un comportamiento humano consciente ante el que no basta la higiene y la medicina.

El contagio venéreo había sido castigado en nuestros Tribunales de Justicia en diversas ocasiones como delito doloso de lesiones, así puede verse en las sentencias siguientes del TS. 4-5-1881, 16-1-1890, 22-4-1903, 6-10-1917, 29-1-1921, 4-11-1925, 26-3-1926. Sin embargo, ya al tiempo del Código de 1928 y de la elaboración de la legislación de la República se apreciaba la limitación del delito de lesiones para afrontar las conductas de contagio. Y así debe advertirse que las conductas que se calificaban como lesiones por los tribunales solían ser conductas

violentas, delitos de violación cometidos por portadores de enfermedades venéreas, lo que representa una limitadísima porción de los responsables de contagio venéreo y, además, un reducido grupo de casos en los que por las características violentas de la acción la prueba del dolo y la de la relación de causalidad no presenta problemas⁷.

Asúa conocía bien las limitaciones del tipo de lesiones para castigar el contagio venéreo y en la superación de estas limitaciones asentaba su propuesta de delito de contagio venéreo contenido en el Proyecto citado: un delito de peligro para la salud pública. La conducta típica consistía en practicar relaciones sexuales a sabiendas («sabiéndose afecto») de que se adolece de una enfermedad venérea, a lo que se añade una cláusula por la que con menor pena se castiga la misma conducta «perpetrada por culpa», es decir, sin saber que se adolece de la enfermedad, pero debiendo saberlo. Se trata, pues, de un delito de peligro, de acción peligrosa para el bien jurídico de la salud individual de otro y de la colectiva o pública. Expresamente renunciaba a requerir el «contagio», para evitar los azares de la prueba del dolo sobre el contagio, así como de la relación de causalidad (6 bis). Interesa añadir por razones de interés posterior que el autor, al examinar la legislación argentina estimaba como delito la fórmula de «propagar la enfermedad», alternativa a la de lesión, que era la elegida por la ley argentina al requerir el contagio.

Tras la guerra civil la reacción legislativa se mantiene en el plano administrativo tanto frente a las enfermedades contagiosas en general como a las venéreas, sin más intervención que el tratamiento obligatorio y el aislamiento de «los más socialmente peligrosos» y de los «indisciplinados» respecto del tratamiento⁸. De este régimen interesa señalar que el legislador de la época ha separado siempre el tratamiento normativo y organizativo de las enfermedades infecciosas en general de las venéreas, para lo que no se dan razones explícitas, pero todo parece indicar que se ha sido bien consciente de las diferencias en los mecanismos sociales de la transmisión.

7 De las ocho que se conocen sólo las de 25 enero 1900 y 4 de noviembre 1925 están exentas de violencia o abuso sexual, o dicho de otra manera, no hay ni *maltrato de obra*.

8 Orden de 14 de mayo de 1941, Dicc. Ar. 18940, de normas para la lucha antivenérea, art. 3 y 4; Decreto de 26 de julio de 1945, con Reglamento para la lucha contra enfermedades infecciosas, Dicc. Ar. 18942, art. 3, 11, y 13, sancionándose además al médico que no denuncia una enfermedad contagiosa de la que tenga conocimiento; Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional, Dicc. Ar. 27017, base 11^a.

4. EL DELITO DE PROPAGACIÓN MALICIOSA DE ENFERMEDAD TRANSMISIBLE DEL ART. 348 BIS DEL VIEJO CÓDIGO PENAL

La novedad se produce con la reforma del Código por la Ley de 24 de abril de 1958⁹ que introduce como art. 348 bis el delito de propagación maliciosa de enfermedades, novedad que aparece relacionada con la prohibición de la prostitución operada por el Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956 «sobre abolición de casas de tolerancia y otras medidas relativas a la prostitución». Ambas intervenciones están inspiradas en una misma y doble preocupación: la de la «moral social» y la de las enfermedades venéreas¹⁰. Sin embargo, ni el texto del art. 348 bis ni la exposición de motivos de la Ley reformadora dan indicación alguna al respecto y se proyecta sobre todas las enfermedades transmisibles¹¹.

El art. 348 bis, al que se ubica como último entre los delitos contra la salud pública y tras la cláusula agravatoria del art. 348 tiene el siguiente tenor: *«El que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor (seis meses a seis años). No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare podrá imponer la pena superior inmediata (seis años a doce), sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito más grave»*. No llevaremos a cabo un análisis dogmático minucioso del tipo penal. Me remito para ello a dos cuidadosos trabajos, además de lo manifestado en Manuales y Comentarios, el primero de Sainz Cantero y el segundo de Boix Reig¹². Pero ante todo conviene advertir de dos notas singulares de este precepto del art. 348 bis. La primera es su total

9 La reforma sirvió fundamentalmente a la adecuación del texto punitivo al Concordato con la Santa Sede de 1953, a lo que se añadió nuevos tipos entre los delitos contra la salud pública, entre los cuales el que comentamos, y otras cuestiones técnicas. Vid. al respecto Quintano Ripolles, en ADP 1958, p. 67 y ss.

10 El Decreto-ley en cuestión, en cuyo art. 1º declara que «velando por la dignidad de la mujer y en interés de la moral social se declara tráfico ilícito la prostitución» dispone en su art. 6º que «las medidas para la lucha contra las enfermedades venéreas incumbirá a la Dirección General de Sanidad, la cual, conforme a las normas específicas de aquélla, actuará en consecuencia». En la exposición de motivos se hace también referencia a la «actuación de índole sanitaria» entre los medios necesarios para el fin de la norma. En la escasa literatura relevante de la época la estrecha relación entre ambas preocupaciones aparece manifiesta, p. ej., en Jiménez Asenjo; *Abolicionismo y prostitución, Justificación y defensa del Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956*, Madrid, Reus, 1963, p. 261 y s.

11 Sobre el concepto y catálogo de enfermedad transmisible v. Piedrola e. al., *Medicina preventiva y salud pública*, 8ª ed., Barcelona 1989, p. 305 y ss.

12 Sainz Cantero; El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas, en Rev. de Estudios Penitenciarios, 1967, p. 13 y ss.; Boix Reig; Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código penal. Propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas, en Cobo del Rosal et al., *Delitos contra la salud pública*, Univ. de Valencia 1977, p. 97 y ss.

inaplicación por los tribunales desde su aparición en 1958, y la segunda su general descalificación doctrinal. Salvo Cuello Calón –implicado quizás en su redacción– cuantos autores se han manifestado sobre el precepto lo han hecho poniendo de relieve que su defectuosa construcción técnica hace inaplicable el tipo en la vida práctica, defectos que se identifican en la exigencia de «propagación» de la enfermedad y que la propagación sea «maliciosa».

En efecto, en primer lugar el tipo objetivo requiere el efectivo contagio a tercera persona, contagio apto además para propagar la enfermedad ulteriormente y afectar así a la salud pública que es el bien jurídico formalmente objeto de protección, lo que representa tanto, al menos, como requerir la efectiva lesión de la salud de otro, todo lo cual excluye la aplicación del tipo a los supuestos de actuar peligroso por parte del portador de la enfermedad, que es la conducta de interés político-criminal para la tutela de la salud pública, pues la lesión efectiva individual podría resolverse mediante los tipos de lesiones, que no pocos autores consideraban aplicables, a pesar del catálogo cerrado de medios comisivos que presentaban estos delitos hasta la reforma de 1989¹³.

En 1977 Javier Boix publica su citado nuevo examen del art. 348 bis, en el cual propone una ampliación del significado de los *términos* «*propagar una enfermedad transmisible*», de tal modo que daría cabida en el tipo a toda extensión de una enfermedad transmisible a otro sin requerir que este tercero quede directamente infectado, pero sí portador de los agentes de la enfermedad, quien a su vez podría infectar a otros. Esta interpretación amplía la tradicional en el sentido de que no requiere el «contagio» o lesión efectiva del tercero, sino la mera transmisión del principio activo de la enfermedad, lo que en relación a determinadas enfermedades puede ser un mecanismo real, pero una vez más criminológicamente irrelevante.

En concreto, no parece que sea este el mecanismo del virus del Sida. En un primer momento del conocimiento del síndrome se creyó que se podía tener el estatuto permanente de portador del virus sin desarrollar la enfermedad, pero hoy sabemos, desgraciadamente, que el no desarrollo de la enfermedad no es más que el silencio clínico de la misma, que a la postre termina manifestándose con estrépito.

A lo anterior se ha de añadir otro elemento perturbador de la aplicabilidad del tipo penal: La relación de causalidad entre el comportamiento del autor y la efectiva transmisión y contagio de la enfermedad es frecuentemente imposible o, al menos, dificultosa, quedando cuando menos al azar la efectiva incriminación del comportamiento sexual o de otra clase del sujeto en cuestión.

13 Vid. Berdugo en Muñoz Conde e. al., *La reforma penal de 1989*, Madrid 1989, p. 76 y ss., con referencias.

En cuanto al tipo subjetivo, el requisito de que la propagación sea «maliciosa» ha hecho entender excluida de la tipicidad no solamente la conducta imprudente, sino también la de dolo eventual. Con ello queda fuera de la incriminación la conducta criminológicamente más relevante para el bien jurídico de la salud pública: la de quien sin querer ni pretender la propagación de la enfermedad actúa a pesar de ser plenamente consciente del alto riesgo de que contagiara a otro¹⁴. Con ello lo que criminológicamente queda en la esfera típica es la conducta del malvado «untador» de la historia de la columna infame, tipo coincidente con el perverso introductor de las ropas del cólico en morada ajena que tanto preocupara a Groizard, un personaje criminológicamente existente pero ajeno a la dañosidad específica de los delitos contra la salud pública y epidemiológicamente irrelevante, cuya conducta y desvalor, además, puede ser alcanzada sobradamente y con una pena más adecuada al grado de lo injusto por los tipos de lesiones, hoy al menos sin discusión alguna.

Como ya había advertido Jiménez de Asúa en su momento, nada podía esperarse político-criminalmente de un precepto construido sobre el contagio o lesión efectiva y la malicia o dolo directo para una lucha más eficaz contra la propagación de las enfermedades transmisibles en general y, particularmente, de las venéreas.

5. LA TRANSMISIÓN DEL SIDA COMO LESIONES TÍPICAS EN EL CÓDIGO PENAL ANTERIOR Y EN EL DE 1995

Aun cuando ya lo hemos ido adelantando en la exposición conviene en este punto manifestar que la transmisión dolosa o imprudente del Sida constituye en la legislación vigente ordinariamente delito de lesiones graves del art. 421, 2º, toda vez que desapareció con la reforma de 1989 toda hipotética limitación de los medios típicos de causación. En caso de transmisión de propósito constituirá lesión muy grave del art. 418. La sentencia del T. S. de 18 de nov. de 1991 (Pon. De Vega Ruiz) confirma esta afirmación sobre la tipicidad, sin que merezca el asunto aquí otra consideración, salvo la de advertir sobre los problemas de la prueba de la relación de causalidad¹⁵ y de la posibilidad teórica de calificar la conducta en determinados supuestos como homicidio o tentativa de homicidio¹⁶.

14 Sólo Luzón Peña acepta que el término malicia admita el dolo eventual, en Problemas de la transmisión y prevención del sida en Derecho penal español, en *JANO*, XLIV, 1993, p. 66. Cuestión distinta es la que plantea la tesis general de Cerezo Mir para quien el término malicia comprende todas las clases de dolo, vid. *Curso de Derecho penal español*, I, 3ª ed., p. 363 y 376 y ss.

15 Vid. Bottke, en Schünemann, ob. cit. p. 180, con referencias; Luzón Peña; *Problemas de la transmisión...*, cit., p. 60.

16 Vid. Schünemann, ob. cit. p. 483 y ss.; Luzón Peña, cit., p. 61.

Otra advertencia resulta también muy procedente: La lesión típica se produce ya con la transmisión del virus, que es el agente determinante del «menoscabo de la salud» que comporta la inmunodeficiencia. Es decir, la lesión no viene constituida y no comienza sólo con las enfermedades derivadas de dicha inmunodeficiencia y con las que ésta se manifiesta, con independencia de que en términos médicos se conozcan estos síntomas como SIDA, síndrome de inmunodeficiencia adquirida¹⁷.

Lo mismo rige en el Código penal de 1995, en el que las lesiones dolosas graves como las que nos ocupan se castigan con una pena de prisión de seis a doce años, art. 149, y son imprudentes, de uno a tres años, art. 152, con la accesoria de inhabilitación en el caso de imprudencia profesional, que interesa en nuestro tema para los supuestos de transmisión de sida por parte de personal sanitario.

6. EL CONTAGIO DE ENFERMEDADES EN LOS PROYECTOS DE REFORMA PENAL

Tanto el Proyecto de nuevo Código penal de 1980 como el Anteproyecto de 1983 dejaron de lado la previsión de un delito como el del 348 bis o similar; se vivía todavía en la fase del optimismo terapéutico que había relegado la preocupación por las enfermedades transmisibles, particularmente las sexuales. Tras la irrupción del Sida, el prelegislador no pudo sustraerse a la nueva situación y el Proyecto de 1992, ya en su versión de Anteproyecto, reflejaba la preocupación por el asunto y, si bien no recuperaba el delito de propagación, sí introducía un elemento novedoso en el delito de lesiones. Así, en el artículo 157, en el que se tipificaban las lesiones más graves no se satisfacía con la cláusula más abierta para designar los medios típicos «por cualquier medio», sino que además añadía la indicación de «incluso por contagio»: *«El que causare a otro, por cualquier medio, incluso por contagio, una grave enfermedad somática, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años»*. Del debate parlamentario puede destacarse que los grupos de Euzkadiko Ezquerria e Izquierda Unida propugnaron la supresión de este inciso (Enm. 290 y 711), mientras el Grupo Popular propuso su inclusión en los demás tipos de lesiones (Enm. 1001 y 1004).

La cláusula en cuestión, en términos puramente técnicos, era pura tautología, pues si ya resultaba típica la causación de una enfermedad grave «por cualquier medio», la adición del contagio nada añade a lo anterior, salvo alguna confusión, como la que indujo a creer al Grupo Popular que la hipótesis del contagio estaba

17 Así Romeo Casabona, C.; Prevención medico-sanitaria de la transmisión del Sida, en *JANO*, XLIV. 1993, p. 84, con referencias en nota. Una información básica sobre los aspectos biomédicos del problema con completas referencias puede encontrarse en Najera, R.; *SIDA. De la Biomedicina a la sociedad*. Madrid, 1992.

excluida en los restantes tipos de lesiones. Sin duda alguna la tautología responde a la preocupación por dar alguna respuesta penal al problema del Sida, y se escogía una respuesta puramente simbólica como era la mencionada.

El Proyecto de 1994 se sustrajo por completo a cualquier tentación y, en consecuencia, el nuevo Código de 1995 carece de alusión al contagio en los delitos contra la vida y contra la salud, así como del delito de contagio contra la salud pública. Sin embargo, es bien probable que el debate esté tan sólo aletargado, por lo que conviene reproducir su esencia, de tal modo que los argumentos se encuentren disponibles cuando cualquier caso de los que producen alarma social despierte las propuestas criminalizadoras.

7. SOBRE LA INCONVENIENCIA DE CASTIGAR CONDUCTAS QUE COMPORTEN MERO RIESGO DE CONTAGIO DE SIDA Y EL ACIERTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

La pregunta que se formularon los legisladores fue la siguiente: ¿en la lucha contra el sida resulta de justicia, de necesidad o de conveniencia alguna solución distinta a la que deriva del texto de los delitos de lesiones?, o ¿resulta necesario un tipo penal que castigue la conducta que comporte mero riesgo de transmisión del sida? Algunos autores, españoles y extranjeros, han propuesto con diversas variantes la creación de un tipo de puesta en peligro que castigue al portador del Sida y a cualquier persona que ponga a otra en grave peligro de contagio de esta enfermedad. Se trata, en definitiva, de la recuperación de la vieja propuesta del delito de peligro de contagio venéreo, ampliado para captar además de la transmisión por vía sexual las restantes vías de transmisión del Sida hoy reconocidas¹⁸.

La Ciencia del Derecho penal ha desarrollado un complejo argumental teórico para responder razonablemente y no por mera intuición a la cuestión de la justicia y la utilidad del castigo, cuyo principio más general es precisamente el postulado de que el castigo penal ha de ser justo y, a la vez, socialmente útil o conveniente¹⁹.

Parece evidente que sería justo, o proporcionado, el castigo de quien olvidando el cuidado debido a la salud de los demás realiza una conducta que es sabido que pone en grave peligro la salud o la vida de otro, como es la del portador del virus del Sida que mantiene con otro relaciones sexuales sin protección y con desconocimiento por éste de su infección (I), o la del que proporciona a otro un instrumento contaminado y para un uso adecuado a transmitir el Sida, como el toxicómano seropositivo que cede a otro la jeringuilla por él usada (II), o la del

18 Entre nosotros Luzón Peña, Mir Puig y Silva Sánchez, en Mir Puig (ed.); *Problemas jurídico penales del sida*, Bosch, Barcelona, 1993; su texto concreto puede verse en p. 173 y ss.

19 Una buena síntesis sobre la teoría de la legitimación de la incriminación en la actualidad v. en Silva Sánchez; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, esp. p. 285 y ss.

profesional sanitario que interviene a un paciente con instrumentos o sustancias sin asegurar su no contaminación por el virus, o que sabiéndose portador de VIH realiza por sí mismo prácticas invasivas que poseen riesgo de autolesiones originarias de infección (III). Las tres conductas presentan un desvalor y un grado de riesgo para la vida y la salud merecedor de castigo penal, equivalente, al menos, al que conduce su automóvil temerariamente en una carretera de escasa visibilidad. Si la función del Derecho penal se justificara y fundamentara tan sólo en el hacer justicia, en dar a cada cual lo que se merece, podría aceptarse la incriminación de conductas como las mencionadas.

Pero para que sea legítima una incriminación tiene que ser, además de justa, útil a la sociedad, lo que en el caso que nos ocupa quiere decir que debe ser útil a la *política general de contención de la extensión del Sida*, que persigue reducir el número y clase de conductas apropiadas a producir contagio y el número de nuevos infectados. Elementos clave de dicha política son: instruir a los portadores conscientes del virus para realizar su vida social con exclusión de prácticas riesgo; detectar a los portadores no conscientes para que se cercioren de ello y adopten pautas que excluyan las prácticas de riesgo; aleccionar a los no portadores que tienen prácticas de riesgo a que adopten las medidas que permitan neutralizar éste.

Pues bien, en términos sociales, que atienden a la tipología de sujetos y grupos antes catalogados (I, II, III) que se encuentran en las situaciones que se acaban de indicar, no puede estimarse que la incriminación de las prácticas de riesgo comporte un efecto motivador de la renuncia a las mismas. Es más, es altamente probable que dicha incriminación comporte una inmersión de los portadores conscientes y, más aún, de los que no tienen la seguridad de ello, en la «clandestinidad» frente a la terapia, frente a la detección de la enfermedad, en definitiva, frente al acceso a la información y a la responsabilidad individual frente a sí mismos y respecto de los demás. Todo ello como consecuencia no sólo de que el peso de la pena *natural* se incrementa con el de la legal, sino sobre todo del efecto estigmatizante y marginador propio de la intervención penal, tremendamente desmoralizador. La suma del castigo a la situación de desesperanza es el camino inverso a la autoresponsabilidad. Esta requiere información, formación y solidaridad.

Con razón afirma Arthur Kreuzer que «*mientras no haya procedimientos sanitarios ó de prevención efectivos, mientras no se pueda excluir el resultado mortal, se buscarán sencillamente cabezas de turco y soluciones sustitutivas y aparentes y se traficará con el tentador activismo de la política criminal*»²⁰. La lucha contra el Sida nada tiene que esperar de medidas penales extraordinarias, distintas de las comunes hoy vigentes con el nuevo Código de 1995 para la protección de la vida y la salud.

20 El Sida y el Derecho penal. Anotaciones de criminología para la discusión de Derecho penal y de política criminal, en «*Papers d'estudis i formació*» n° 6 (1991).

Esta es la conclusión a la que llego, y por si fuera necesaria aún alguna justificación más, terminaré con un nueva cita al príncipe renacentista: Tras la célebre descripción de los estragos de la peste en Florencia en 1348, lo que más impresionaba a Boccacio –como ha sabido ver Fernando Savater²¹– no eran, con ser terribles, los perjuicios físicos, el súbito brotar de la enfermedad, la dolorosa y acelerada agonía, el hacinamiento de los muertos, la amenaza funesta del contagio. No, lo que le resultaba más aterrador era la degradación moral de una ciudad unida por fuertes lazos éticos y de civilización: las fúnebres francachelas de los supervivientes, escalofriantemente entregados al *carpe diem*, la insolidaridad con los apestados, los padres huyendo de los hijos, los cónyuges olvidando sus mutuos deberes de asistencia, la inoperancia de toda organización pública... La solidaridad y la responsabilidad son hoy el único instrumento de política social contra la plaga de nuestro tiempo.

21 Vid. *Apóstatas razonables*, Madrid 1990, p. 50.

LA LEGISLACIÓN PENAL CONTRA EL TERRORISMO HASTA LAS VÍSPERAS DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

Revisar la legislación penal¹ desde el año de las primeras elecciones democráticas hasta los albores de 1993, con un proyecto de C.P. sobre la mesa es una idea y una ocasión excelente por las que deseo felicitar a la Universidad Menéndez Pelayo y al Colegio de Abogados. Quince años son además de muchos años, los que definen para Ortega el alumbramiento de una nueva generación. En el tiempo de una generación, en 15 años, no sólo nos encontramos ante una cohorte de jóvenes que ya han nacido en la libertad. Han pasado tiempo y cosas que han hecho madurar y envejecer a los que protagonizaron la lucha por esa libertad.

Política y Derecho penal han estado siempre en íntima relación, como pusiera de manifiesto mi maestro Marino Barbero, hace ya más de 15 años, pero no tan sólo en una relación material de contenidos reales de la política y del Derecho penal. La mediación entre Política y Derecho penal se realizaba también en nuestras conciencias: nuestra experiencia y la concepción del mundo que nos proporcionó esa experiencia formaba parte también de esa relación entre política y Derecho penal, «conformaba» esa relación.

El cambio de nuestra concepción del mundo, de nuestra comprensión de los problemas y las cosas es también un cambio en el Derecho penal. Aún cuando la

1 En *Reforma política y derecho: actas del curso celebrado en la Universidad Internacional "Menéndez Pelayo"*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 153-210 y *Reforma política y Derecho*, Madrid 1985 p. 209 y ss.

ley en su literal se mantenga en iguales términos que las del pasado, la ley no es necesariamente la misma, ni sus problemas los mismos, cuando se abordan sus problemas desde nuestra actual conciencia de la historia y del presente.

Y me permito esta reflexión teórica porque reflexionar sobre los problemas penales que me han sido encomendados es, a la vez, una reflexión sobre mis propios escritos durante estos 15 años, sobre todo en materia de terrorismo y de seguridad ciudadana.

Y esta reflexión sirve de soporte para afrontar la circunstancia de apreciar que no pocas opiniones y criterios anteriormente mantenidos por mí, hoy no los mantendría. Creo que tal variación no es fruto del mero acomodamiento pragmático a la realidad sino también, y, sobre todo, de la transformación de la realidad misma de nuestro país.

Me voy a permitir citar una frase, para operar luego con ella del autor de «La forja de un rebelde», Arturo Barea, en sus escritos periodísticos desde el exilio londinense en el que murió y refiriéndose a España y a los españoles: «Nuestra Patria se siente como un dolor agudo al que uno no llega a acostumbrarse». Los penalistas de mi generación, al menos los que han sido compañeros del mismo viaje a la libertad, han elaborado sus conceptos, criterios y valores desde ese sentir nuestra Patria como un dolor agudo.

Yo personalmente he sentido, incluso físicamente ese dolor agudo, como estudiante, al ver la cobardía de un compañero o de un profesor ante la arbitrariedad de la Dictadura, en una prisión, en un cine, o al presenciar fuera de España en 1975, la primera manifestación autorizada, lógicamente, curiosamente, también lógicamente, contra el gobierno de nuestro país. Muchas veces y la última vez que experimenté ese dolor agudo fue el 23 de febrero de 1981, es decir, hace ya más de 10 años.

Nuestro reto es hoy, precisamente, el de acostumbrarnos a no tener que sentir dolor alguno ante el presente de nuestro Estado y Sociedad, acostumbramos a no sentir la angustia de la diferencia, de la inestabilidad, del miedo al retroceso, o la contravuelta, acostumbramos a la condición de «normal» de nuestro sistema de gobierno, de nuestra prensa, de nuestra policía, incluso de nuestros terroristas.

Por esta razón, porque desde hace más de 10 años no hay necesidad en este país y por este país de sentir dolor agudo alguno, pienso que no es extraordinario, sino normal el que se hayan modificado algunas de nuestras concepciones –al menos alguna de las mías– sobre problemas del Derecho penal, en particular en materia de terrorismo. Y, a su vez, por la misma razón es, quizá por lo que no he modificado mi concepción sobre otros problemas, como sobre el asunto de las drogas, asunto en el que ha habido modificaciones relevantes en la opinión de la franja de penalistas de mi generación.

EL TRATAMIENTO PENAL DEL TERRORISMO Y LA INSEGURIDAD CIUDADANA 1977-1992

Los instrumentos jurídicos mediante los cuales se han creado y modificado específicamente las disposiciones contra el terrorismo pueden exponerse como sigue.

Si el «*espíritu de las leyes*» y las condiciones sociales y políticas en las que éstas se aplican son en buena medida «constitutivas» del contenido de las leyes, no resulta procedente hacer referencia a una política jurídica antiterrorista anterior a la amnistía y elecciones generales de 1977. La política jurídica sobre el terrorismo en el período democrático se prepara precisamente en 1977 con los Reales Decretos-Ley números 1, 2 y 3, de 4 de enero de 1977, por los cuales se crea la Audiencia Nacional, se suprime el Tribunal de Orden Público, se atribuye a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos de terrorismo, y se introducen como «Anexo» en el Código penal las tres figuras de terrorismo que venían incluidas en el Código de Justicia Militar (294 bis a, b y c), con lo que estos tres delitos pasan a acompañar a los «delitos de terrorismo y de tenencia de explosivos» de los arts. 260-264 del Código penal. A modo de síntesis puede decirse que se mantienen los delitos de terrorismo con *nomen iuris* propio, pero su conocimiento se atribuye a la Audiencia Nacional, desapareciendo la competencia de la Jurisdicción Militar. No hay reforma del Derecho penal sustantivo en la materia.

Tras la reforma de 1977 se pueden distinguir varias fases. La primera puede denominarse la de la emergencia real del terrorismo en la inestabilidad propia de la transición política y, a la vez, de la esperanza en la temporalidad de ambos fenómenos. Este periodo alcanza hasta el 23-F y la subsiguiente Ley Orgánica 2/1981. La segunda merecería llamarse de la exasperación de las medidas y de la frustración de la esperanza en la temporalidad del terrorismo, fase que se cierra con el reproche de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional en 1984. La tercera y última es la de la madurez constitucional, protagonizada por las dos Leyes Orgánicas 3 y 4 de 1984. Ahora nos encontramos en esta última y a la espera de un Proyecto de Código penal que prevé algunas modificaciones.

1. Fase de la emergencia real y de la esperanza en la temporalidad. De 1977 hasta el 23-F y la L.O. 2/1981

Pueden distinguirse tres subfases dentro de ésta, la primera hasta la aprobación de la Constitución, ésta misma y desde 1979 hasta la L.O. de 1981.

1º. Hasta la aprobación de la Constitución.

Real Decreto-Ley 21/1978, de 30 de junio, o Decreto-Ley antiterrorista, intitulado «de medidas en relación con los delitos cometidos por grupos y bandas

armadas», que con algunas modificaciones es convertido en Ley 56/1978, de 4 de diciembre, con la misma intitulación que el anterior, y denominada vulgarmente Primera Ley antiterrorista. Esta Ley, de contenido eminentemente procesal, y de carácter temporal (1 año) se complementa con una reforma del Derecho penal sustantivo: Ley 82/1978, de 28 de diciembre. Por la misma se hacen desaparecer las figuras delictivas con *nomen iuris* propio de terrorismo (es decir, los arts. 260-262 y los tres del Anexo creado en 1977), a su vez, se crean nuevas figuras delictivas referidas a modos de actuar específico de las bandas armadas, bien *ex novo* (avisos falsos de bomba, 249 bis, omisión de denunciar determinados delitos, 338 bis, II), bien creando tipos cualificados (detenciones ilegales y «cárceles de pueblo» 481 y 482 bis, amenazas o coacciones atemorizantes de población, 496 bis). Lo esencial desde el plano estrictamente penal es que con la supresión del término terrorismo y la objetivización del fenómeno en la categoría de «grupos y bandas armadas» se pretende prescindir de los «motivos» de la comisión de los delitos.

2º. El texto constitucional.

La Constitución contiene dos cláusulas que afectan al tratamiento jurídico del terrorismo. Por una parte, el art. 13.3, por el que se establece que «quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo», y, por otra, el art. 55.2, por el que se autoriza a suspender, mediante Ley Orgánica, determinados derechos fundamentales «para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos de excepción permanente *«intuitu personae»*, que legitima en principio las excepcionales leyes procesales.

Debe hacerse notar que en los dos artículos citados hay una cierta corrección frente a la orientación de las leyes de 1978 citadas (antiterrorista y de modificación del Código penal) pues, si bien incorpora el criterio objetivista de las bandas armadas, no renuncia al término terrorismo. Lo que sí es manifiesto es que la Constitución autoriza la excepcionalidad tan sólo frente a las bandas armadas o elementos terroristas y no frente a conductas delictivas de otra especie, que son, sin embargo, las que van a quedar abarcadas por la inmediata legislación de «seguridad ciudadana».

3º Del Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana de 1979 hasta la Ley Orgánica de 1981.

Tras la entrada en vigor de la Constitución se continúa la acción legislativa antiterrorista, en un periodo que se abre con el Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana, de 26 de enero de 1979, y que podemos considerar que se cierra con la Ley Orgánica inicialmente denominada de defensa de la Constitución, de 4 de mayo de 1981: Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero sobre protección de la Seguridad Ciudadana; Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre y sistema de comu-

nicaciones con los abogados en casos de terrorismo (art. 51.2); Real Decreto-Ley 19/1979, de 23 de noviembre, de prórroga de la vigencia de la Ley Antiterrorista de 1978 y ampliación de competencias de la Audiencia Nacional; Ley 16/1980, de 22 de abril, sobre prisión provisional; Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución sobre suspensión de derechos en la investigación de delitos de bandas armadas; Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo (de defensa de la Constitución), que modifica el Código penal y del Código de Justicia Militar en materia de *terrorismo y rebelión* y es producto específico del 23 F.

4º En 1984, bien entrada la legislatura socialista, toda legislación anterior se refunde y amplía en un texto único, la Ley Orgánica contra la actuación de las bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, de 26 de diciembre de 1984.

2. Fase de la exasperación de las medidas y de la frustración de la esperanza

Esta fase se centra en la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre que sirve como finalidad a refundir toda la materia normativa sustantiva y procesal en un *corpus* único, si bien dejó subsistentes algunos delitos relacionados con el terrorismo introducidos en el Código penal por la Ley 82/1978. Con todo, la Ley introduce algunas novedades respecto de la legislación anterior, de las cuales unas lo son *in totum* y otras son modificaciones de instituciones ya existentes:

1. Se modifica el ámbito de aplicación de la excepcionalidad derivada del 55.2 de la C., abarcando ahora no sólo al terrorismo sino también a la rebelión o, en términos coloquiales, al «golpismo».

2. Se hace excepción en la materia del principio de territorialidad de la Ley penal extendiendo la conjetura de los Tribunales españoles a los delitos cometidos por españoles o extranjeros cuando los responsables estén integrados en bandas armadas rebeldes o terroristas que operen en España o cooperen o colaboren con estas. Se establece la reincidencia internacional.

3. Se previó la disolución y clausura de asociaciones cuando los miembros activos de las mismas hubieren cometido delitos de los comprendidos en la ley, alcanzando a la suspensión cautelar durante el procesamiento.

4. Introdujo la medida *cautelar* de suspensión de cargo público como consecuencia *automática* del auto de procesamiento.

5. El sistema de responsabilidad de los delitos cometidos por medio de la prensa de los arts. 13 y 15 del Código penal quedan excluidos para los delitos de apología y prevención del terrorismo.

6. Se da nueva redacción a los supuestos de disociación y de delación.

7. Se incrementan las penas de todas las figuras delictivas, determinando la aplicación de los grados máximos, castigando la frustración con la pena del delito consumado, se establece una pena mínima de prisión mayor en grado máximo cuando se hubieren utilizado armas o explosivos con independencia del resultado producido.

8. Mantiene la figura de la colaboración y la pena ad hoc y tipifica una apología que desborda sus límites tradicionales.

Por su parte en materia de restricción de garantías procesales la ley del 1984 reproduce de modo sustancialmente idéntico el régimen procesal y de suspensión de derechos fundamentales anterior de modo más sistemático, añadiendo al suspensión cautelar de asociaciones y de cargos públicos y, en positivo, judicializó la medida provisional de medios de difusión, aunque lo mantiene y mantiene también la prórroga de la detención gubernativa hasta 10 días con incomunicación y sus consecuencias, así como la exclusión del Juez de lugar en todo, incluido el habeas corpus, salvo por delegación de los Jueces centrales.

Por último, la Ley de 1984 sometió su vigencia a un plazo temporal de dos años.

La Ley en su conjunto representa una exasperación de las penas y del sistema de restricción de derechos, es un intento de responder a la violencia que termina incrementando la represión penal para forzar el abandono de la lucha armada en un corto plazo, representado en el término de los 2 años. El efecto real es el incremento de las penas en todo lo demás, el efecto pretendido y logrado es simbólico. Su coste fue específico la STC.

Las sentencias del T.C. 199/87, 16 dic. 196/87, 11 dic. sobre los Recursos de inconstitucionalidad* del País Vasco y catalán sobre la L.O. y la relativa sobre asistencia letrada al detenido de la LECrim. art. 527.

Al haber perdido su vigencia temporal, no se pudo pronunciar sobre: declaración de ilicitud disolución de asociaciones, definitiva y suspensiva, prisión y libertad provisional, suspensión cautelar de cargos públicos. Si lo hizo sobre la constitucionalidad de la proyección de la excepcionalidad sobre rebeldes, la inconstitucionalidad de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales, así como sobre la inconstitucionalidad de aplicación del régimen excepcional a los arrepentidos.

En reclamo del principio de concordancia práctica entre efectiva tutela e intervención judicial y suspensión de derechos declara inconstitucional:

1º. Que la prolongación de la detención gubernativa pueda iniciarse sin previa y expresa autorización del órgano judicial.

2º. La duración excesiva de la prolongación de la detención hasta 10 días.

3º. Una práctica de registro policial de domicilio sin previa autorización judicial no determinada en el caso concreto por la urgente excepcional e imprescindible necesidad.

4°. Un sistema de determinación gubernativa de la situación procesal de la comunicación que no sea provisional y acompañado al tiempo de la solicitud de autorización judicial.

Declara inconstitucional, por último, la cláusula del cierre provisional de la incomunicación como consecuencia de la admisión de querellas del Ministerio Público.

3. Periodo de la madurez constitucional. Ejecución de la doctrina constitucional en las Leyes Orgánicas de 1988

Las L.O. 3 y 4 de 1988 afectan respectivamente al régimen sustantivo y procesal de la disciplina antiterrorista. Veamos primero la procesal para analizar la sustantiva de modo más autónomo, en comparación con el texto del Proyecto de Código penal.

La Ley Orgánica 4/ 1988, de 25 de mayo depura el régimen de suspensión de garantías en materia de enjuiciamiento del terrorismo de acuerdo con las Sentencias del TC y lo introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Del mismo puede destacarse lo siguiente: Mantiene la suspensión automática del cargo público como consecuencia del auto de prisión y mientras dure esta situación (348 bis). Mantiene así mismo la suspensión de excarcelación de presos preventivos por efecto de recurso del Ministerio Fiscal y durante 1 mes (504 bis). Modifica sustancialmente el sistema y tiempo de prórroga de la detención y de la incomunicación. El máximo es ahora de 3 más 2, condicionada la prórroga a si se solicita al Juez motivadamente en las 48 primeras horas y en las 24 siguientes el Juez la autoriza, es decir, la prórroga de la detención en por 2 días y en virtud de resolución judicial (520 bis 1).

La incomunicación y la consecuente privación de la libre designación de abogado se determina provisionalmente por la autoridad gubernativa si al tiempo lo solicita el Juez, quien debe pronunciarse en 24 horas, lo que judicializa plenamente su régimen y su control sin perjuicio de su efectividad material inmediata a la detención (520 bis 2). La incomunicación no excluye en su contenido el control judicial, directa o por delegación (520 bis 3).

Se autoriza la detención y entrada en domicilio por iniciativa policial en casos de excepcional o urgente necesidad (frente a la «excepcional urgencia y necesidad» de la STC), con inmediata dación de cuenta sobre causas, circunstancias y resultados al Juez (533).

Se mantiene la intervención de las comunicaciones en caso de urgencia por iniciativa policial, con inmediata comunicación al Juez, quien debe resolver en 72 horas (art. 579).

Se mantiene, por último, la competencia de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales (Disposición transitoria).

Del conjunto de este régimen procesal se puede hacer la siguiente valoración: Introduce, frente al anterior régimen, una aceptable judicialización, limitando la autonomía policial al momento de iniciativa de la intervención. La prórroga de la detención resul-

ta aceptable por su limitación temporal y su control judicial. La Audiencia Nacional queda constitucionalmente normalizada, lo que se produce cuando dicha Audiencia y Juzgados se han acreditado ampliamente en la vida española contemporánea, bien lejos de su mácula de origen. La incorporación de todo este régimen al articulado de la ordinaria Ley de Enjuiciamiento representa la asunción de la excepcionalidad como normalidad penal y procesal mientras el terrorismo sea, también, normal.

4. Derecho penal sustantivo del terrorismo en la Ley de 1988 y su comparación con el Proyecto de 1992

Los elementos más destacables de la regulación son los siguientes:

1. Introduce en el art. 10, 15º la reincidencia internacional en términos aceptables. La extraterritorialidad de los delitos de terrorismo y rebeldes quedó consagrada en el Ley Orgánica del Poder Judicial art. 23.4.

2. Salva de la Ley anterior la cláusula de agravación de la pena, determinando la aplicación en su grado máximo o todos los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, salvo que la circunstancia sea elemento constitutivo del tipo. Prescinde de la equiparación anterior del delito frustrado al consumado, duramente criticada. La agravación puede considerarse justificada como consecuencia del mayor grado de injusto que presenta sobre el delito en general la conexión con bandas armadas como peligro, además, para el sistema democrático. Cabe estimar que resultaría más adecuada una agravación facultativa. Omite la referencia a rebeldes. Se mantiene en el Anteproyecto 1992 el art. 66 como determinante de la pena superior en grado, que lo serán en su mitad superior si resultare muerte o lesiones.

3. Remoja la redacción ahora en los arts. 57 bis b y 98 bis de la atenuación de la *disociación silenciosa* y de la atenuación y remisión en la *delación*, tanto en la determinación de la pena como a efectos de libertad condicional.

A pesar de la crítica que estos preceptos han merecido en su variante de *premio a la delación*, así como la no menos relevante crítica de su débil aplicación práctica en la escena terrorista española, frente a lo acontecido, por ejemplo, en Italia, debe aprobarse su mantenimiento por el valor político criminal que tiene como un instrumento más en la política de reinserción. Por ello debería ampliarse el beneficio de la libertad condicional a los supuestos del art. 57 bis b 1 a, es decir, los supuestos de la disociación silenciosa, posteriores a la condena.

En su regulación de la libertad condicional no mantiene la cláusula del actual 98 bis, es decir ni disociación ni delación vinculadas tan sólo al cumplimiento de 1/3 de la pena faculta para la libertad condicional.

Además, el art. 93, proyecta el conjunto del tiempo de cumplimiento de la penal, ahora 3/4, sobre el total de las penas impuestas.

4. La tipificación de la *asociación terrorista* pasa de la Ley especial al Código penal en su lugar sistemático, el art. 174, incorporando a éste un número 3, por el que a los dirigentes de bandas y sus grupos se les castiga con prisión mayor en grado máximo y multa de 150.000 a 750.000 y a los meros integrantes a prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000. Por cierto, que de estas multas y su elevación a 500.000 y 2.500.000 ptas. se olvidó la Ley 3/89. Responde al sistema de pena mínima de prisión mayor, en toda su extensión o grado máximo.

El Anteproyecto de 1992 se mantiene el sistema de incriminaciones en el art. 520, con penas de 8 a 14 y de 6 a 12 (¡más inhabilitaciones de hasta 15 y 14 años!), frente a las asociaciones ilícitas comunes la valoración es en los dirigentes de 8 a 14 y de 2 a 4, más multa.

5. En el 174 bis a, reintroduce el tipo de la *colaboración*, conminada con prisión mayor y multa (de 500.000 a 2.500.000 ptas.) con un catálogo *ad exemplum* de formas de colaboración más depurado que el anterior. El Anteproyecto 92 lo mantiene en el art. 522 con pena de prisión de 5 a 10 años y multa. La novedad radica aquí en que frente a la reprochable equiparación punitiva actual (prisión mayor) entre integrante de la organización y colaborador, ahora para los primeros la prisión es de 6 a 12 y para los segundos de 5 a 10, con lo que se salva el reproche que en su día dirigí al precepto. Se mantiene no obstante la absurda formulación actual que define la colaboración como facilitarla y no como prestarla.

La figura de la colaboración responde tanto al grado de desvalor añadido de la colaboración con el terrorismo que consiste en la prestación sistemática de actos preparatorios ciegos, como a la función práctica de captar con pena elevada supuestos de difícil encaje probatorio en la ejecución o conductas de favorecimiento de delitos no ejecutados, no por ello equiparables a los leves actos preparatorios genéricos.

6. En el 174 bis b, incluye lo que la Ley de 1984 calificaba normalmente de «*delito de terrorismo*»: el que integrante o colaborador de banda armada realice cualquier delito que contribuya a la acción terrorista o rebelde usando armas de fuego o medios explosivos o incendiarios, con independencia de cuál sea el resultado producido. La pena prevista es de prisión mayor con grado máximo, y para los promotores, organizadores o dirigentes del hecho la reclusión menor.

Este tipo y su referencia la irrelevancia del resultado producido fue interpretado por el autor de estas líneas en su día y ha sido aceptado en general en el sentido de que no era irrelevante el grado de ejecución sino irrelevante tan sólo cual fuera el delito efectivamente consumado, muerte, lesiones, daños, etc. Se trataba así de evitar el despropósito de castigar con reclusión menor a quien es sorprendido dirigiendo la preparación de unas amenazas condicionales lucrativas. Pero para que no haya duda de que tan correcta interpretación no es la deseada por el legislador, el Proyecto 92 lo aclara expresamente en el art. 531. En mi opinión este tipo sirve

para resolver el problema enojoso de determinar la condición de miembro de banda armada. Así, entre miembro y colaborador sitúa al individuo que, probándose en todo caso que colabora, usa armas y comete otros delitos.

7. El art. 233, párrafo tercero, contiene la cláusula de *atentado*, un tipo agravado por el que se dispone la pena de reclusión mayor en su grado máximo para terroristas o colaboradores que atenten contra miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Cíviles de Seguridad, si resultare muerte o lesiones y con reclusión mayor en los demás casos. El Anteproyecto 1992 no reproduce esta cláusula, pues el resultado agravatorio se consigue ya con el párrafo 2º del art. 233. Su valor es puramente simbólico.

Hasta aquí el sistema sustantivo de represión del terrorismo en el Código penal vigente producto de la Ley de 1988 y sus variantes en el Proyecto 92.

Sobre ello el Anteproyecto 92 incorpora tres singularidades en el tratamiento del terrorismo, dos de ellas de carácter general y una específica para estos delitos:

Art. 76 (equivalente al actual 70, 2ª).

En los supuestos de consumo real de delitos castigados con pena de hasta 20 años (es decir, atentados contra miembros de Fuerzas de Seguridad, funcionarios o cargos públicos del 492, asesinato del 143) el máximo de cumplimiento de pena no será de 20 años (equivalente a los 30 del derecho vigente) sino de 25 años si fuera condenados por dos o más delitos de los anteriores y de 30 años cuando alguno de ellos estuviere castigado por la Ley con más de 20 años (es decir, atentado con resultado de muerte).

Art. 77. 4 (añadido al 71 actual).

En los supuestos de concurso ideal –un sólo hecho constituye 2 o más delitos– se sancionara en todo caso por separado cuando con una sola acción u omisión se originen dolosamente varias multas o lesiones. Así, una sola bomba causa 2 muertos: 2 penas de 20 años al menos.

a). Tanto en concurso real como ideal se acumulan las penas y se cumplen hasta los límites máximos de 25 a 30 años (76 y 77).

b) Los conceptos de tiempo de cumplimiento para libertad condicional y demás beneficios en los delitos llamados de terrorismo se refuerzan siempre a la totalidad de las penas impuestas en las correspondientes sentencias y no sobre el máximo de incumplimiento (art. 93). Lo que en la práctica viene a excluir a los anteriores de delitos terroristas más graves de la libertad condicional y demás beneficios automáticos.

En definitiva, el cuadro de tratamiento penal del terrorismo en el Proyecto 1992 se caracteriza por los siguientes elementos:

- exclusión de toda referencia a los rebeldes.
- imposición de la pena superior en grado en todo delito relacionado con la actividad de grupos terroristas que llega a la mitad superior de esta si resulta muerte o lesiones (art. 66).

- atenuación para la disociación y la delación, pero sin efectos para la libertad condicional (art. 67).
- tipificación de la asociación terrorista (520) con pena doble sobre las asociaciones ilícitas comunes con equivalente a la prisión mayor actual para los miembros y grado máximo para los dirigentes 6 – 12 y 8 –14 años.
- tipificación del delito de colaboración (522) con lo equivalente a prisión mayor «reducida» respecto del miembro de banda: 5 a 10.
- tipificación del delito «de terrorismo» (521) o delito cometido por integrante o colaborador de banda armada usando arma de fuego o explosivos con independencia del resultado, castigándolo con 6 – 14 años y si es dirigente de 10 a 15, es decir equivalente a las actuales de prisión menor o reclusión menor.
- aplicabilidad genérica de la agravación en el atentado (492) con pena de 20-25 si muerte y 15-20 si lesiones.
- en los supuestos de concurso ideal, si los delitos que se producen son dos o más de lesiones se penan por separado (77).
- Para la acumulación de penas en los delitos más graves, una elevación del máximo de cumplimiento ordinario de 20 años a 25 y 30, según los casos (76).
- La libertad condicional se proyecta sobre un concepto de cumplimiento de 3/4 de la pena del tiempo total acumulado de las dos condenas.

CONCLUSIONES

Todo el nuevo régimen del tratamiento del terrorismo derivado de la Ley de 1988 me parece que resulta aceptable desde el punto de vista de los derechos fundamentales pues ha corregido los excesos en que se incurría en el sistema anterior: especialmente porque se ha judicializado todo el sistema salvo en el momento concreto de la iniciativa; se ha limitado la prórroga de la detención a un tiempo razonable, no peligroso para los derechos más fundamentales del detenido y con control judicial. Todo ello se adecúa a las transformaciones que ha experimentado en España el terrorismo, el sistema judicial y policial y las relaciones entre terrorismo y sociedad. En lo más negativo debe indicarse que el sistema de tipificación de delitos y penas mantiene un grado de represión muy elevado no necesario.

La evolución de la vida en estos años de legislación antiterrorista puede caracterizarse como sigue:

El terrorismo ha sido un fenómeno creciente desde el principio de la transición política, en lo que a número de hechos criminales se refiere, particularmente asesinatos, estabilizándose su número hacia mediados de los 80, pero agravándose como consecuencia de la universalización de las víctimas de los guardias civiles y

militares a los niños y mujeres. El asesinato del Prof. Broseta es, por lo específico, el complemento delictivo del terror y de su universalización.

Nuevo también desde mediados de los 80 es la pérdida del efecto desestabilizador del sistema democrático de los atentados terroristas: la universalización de las víctimas; el asentamiento de las instituciones democráticas del Estado; la consolidación mediante el pacto de Ajuria Enea del rechazo mayoritario del pueblo y de los partidos del País Vasco; la respuesta social caracterizada por la pérdida del miedo, mediante declaraciones, manifestaciones etc., asentándose el vencimiento del terror.

Todo ello ha desactivado el peligro general que representaba y perseguía el terrorismo. El término como fenómeno en sí también ha experimentado modificaciones ya que el terrorismo «de piedra», el Grapo, ha quedado desactivado sustancialmente y el terrorismo «político» ha mostrado una cara a sus propios integrantes que ha roto su coacción, el asesinato de *Yoyes* representa el bloqueo de la disociación silenciosa de la lucha armada y, por tanto, la ruptura del frente «político» global que comienza a apreciarse hoy en la división interna de HB.

En esa ruptura del frente político ha tenido que ver de forma relevante la legislación antiterrorista y su aplicación. Además, debe tomarse en cuenta la desaparición del santuario francés; la encarcelación masiva de terroristas mediante la pena de bloqueo de prisión mayor, ya que los seis años de cárcel representa la ausencia de salida para los presos; la dispersión de los presos –como presión y como liberación y la política de beneficios penitenciarios como política de reinserción.

Los efectos negativos sobre el sistema penal se han dejado sentir ampliamente hasta tiempo bien reciente, hasta la fase de la madurez, neutralizándose por vía legal tras la Ley de 1988 o por vía material. La mayor expresión del fenómeno de la autonomía policial han sido la tortura y el Gal. La primera ha desaparecido como instrumento de la detención gubernativa y sus condiciones y por la mejor técnica y el mayor volumen de la información captada por las fuerzas de seguridad. El Gal ha desaparecido materialmente y la condena de Amedo, más allá de las limitaciones de la misma, lo ha consagrado. También ha sido relevante la supresión por la Sentencia del T. C. 55/90, del fuero policial previsto por el LFCS de 1986.

Los Jueces de la Audiencia Nacional han pasado de ser en un sector de la opinión los herederos del TOP a ser en la opinión general magistrados fuera de toda sospecha de convivencia con la represión ilegal.

La legislación antiterrorista tiene hoy todos los requisitos que la hacen presentable en el marco político jurídico europeo y en el sistema constitucional español. Es una legislación que tiene tanta vocación de permanencia como presencia tenga el terrorismo en nuestra sociedad.

Desde la conciencia de la legitimidad y dar la vocación de permanencia y normalidad del sistema legal y procesal nos encontramos hoy en un momento clave del camino, la preparación para la gran ruptura, el abandono de la lucha armada como acción política y lo que habrá de abordarse con decisión, energía y valentía política por nuestros gobernantes la liberación y reinserción de la fase consecutiva a ese abandono de las armas.

En ese momento que intuyo no lejano nuestro problema no será ya ni los terroristas ni los policías ni los jueces. El problema lo serán los eternos mercaderes de la sangre que exigirán justicia y venganza aun cuando la justicia y la venganza no sirvan en nada a las víctimas y nos mantengan a los demás en la vida en el terror.

PARTE V.

MÉXICO

MÉXICO. BALSA DE PIEDRA DE LAS CIENCIAS PENALES LIBERALES

Las ciencias penales alcanzan un gran desarrollo en México¹ a partir de finales de los años 20. A la tradicional presencia y protagonismo de penalistas legisladores, sobre todo ejercientes de la abogacía y de la magistratura de todo el tiempo republicano, se unen otros de formación académica europea. Un hecho singular se produce en esos años 20 cuando un joven mexicano es enviado desde el Yucatán a Madrid a seguir sus estudios de Derecho. Son aquellos años madrileños de Raúl Carrancá y Trujillo² los de la maduración científica en todos los órdenes de la vida española. La fundación de lo que se llamó la Junta de Ampliación de Estudios que comienza su andadura con el impulso político del liberal Conde de Romanones –el que puso sueldo a los maestros de escuela– y con la gestión firme y cualificada de un catedrático de Derecho Romano, de aspecto anglosajón, aun cuando nacido en el corazón de la Mancha, don José Castillejo, discípulo cabal de don Francisco Giner de los Ríos y de Otto von Gierke³. Su acción principal fue la creación de los primeros institutos de investigación científica en

1 En *De los delitos y las penas entre España y México*, Miguel Ángel Porrua, editor, México, 2018, publicado en prensa. En la Editorial Galaxia Gutenberg se publicara una versión ampliada.

2 Vid. Garrido, L. y otros autores en *Homenaje a Raúl Carrancá y Trujillo*, *Criminalia* XXVII, nº7, julio 1961; González Mendivil, O.; Biografía de Raúl Carrancá y Trujillo, en *Aequitas* del TSJ de Sinaloa, diciembre 1995, p. 155 y sigs.

3 Sobre Castillejo nada mejor que el primer volumen de su epistolario, destinado sobre todo a sus hermanas desde sus años alemanes: Castillejo, J., *El epistolario de José Castillejo: los intelectuales reformadores de España*, cartas reunidas por David Castillejo. Madrid, 1997, Castalia, Toledo: Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; Fundación Cultural Olivar de Castillejo, [1997-1999]. 3 volúmenes.

1910 y el patrocinio de los estudios de postgrado y doctorado de los más cualificados de todos los aspirantes a la cátedra. Madrid era un bullicio de aventuras científicas en el extranjero. En lo jurídico, la mitad elige Alemania para su formación doctoral, la otra mitad, más clásicos, se reparten por París, Bolonia y Roma. Los puntos de atracción para los penalistas y procesalistas son las Universidades alemanas, con Binding, Beling y Von Liszt en plena madurez. Con ellos y sus discípulos más jóvenes van aquellas decenas de jóvenes. En la filosofía del Derecho y en lo político y constitucional todos se conmueven con las dos grandes direcciones, que pronto chocarán estruendosamente: Carl Schmitt y Herman Heller. El primero había velado sus armas en honor de Donoso Cortés, el más competente y reaccionario católico del iuspublicismo español. Herman Heller es más conocido primer teórico de la idea del Estado social y democrático. Pero pronto, al tiempo que el primero justifica la legitimidad del poder legislativo del *Führer*, en artículo que se publica precisamente en los días de los «cuchillos largos». Heller proclama: *¡Rechtstaatoder Diktatur!*, y es expulsado de Berlín, relegado a Frankfurt, que era una Universidad sólo semipública y termina adoptado por el Gobierno de la República Española –siendo Ministro Don Fernando de los Ríos– como catedrático extraordinario de doctorado en un combinado entre la Universidad Complutense y una iniciativa de la Junta de Ampliación de Estudios, conformando el tanque del pensamiento del progreso de las ciencias del momento.

En lo penal reina en Madrid Don Luis Jiménez de Asúa, quien ha acudido temprano con von Liszt, pero al que la declaración de la Primera Guerra Mundial expulsa de las aulas berlinesas, en las que además del viejo maestro circulan personalidades de la relevancia de Max Weber y otros, a quien cortejan inteligencias de todo el mundo, inclusive el historiador de la economía Don Ramón Carande, autor luego de *«Los banqueros de Carlos V»*, cabeza de los liberales que quedaron en la España de Franco, sin que a él le costara la cabeza propia.

Alrededor de Don Luis Jiménez de Asúa se afanan con trabajos, conferencias y artículos de prensa jóvenes que darán que hablar: Constancio Bernaldo de Quirós, el mayor, quien ya en 1908 había publicado su primera criminología en español y en inglés y de quien se declara discípulo Asúa, renegando de su maestro real, Quintiliano Saldaña. O un joven izquierdista catedrático de Sevilla que se llama Manuel Pedroso, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Mariano Ruíz Funes o Mariano Jiménez Huerta.

Toda aquella feria de la ciencia y la innovación se proyecta en la gran exposición de ideas en conferencias, periódicos, editoriales de libros, en centenares de obras propias y de traducciones que brillan en el Ateneo o en la Residencia de Estudiantes⁴, donde se puede tomar café con jóvenes impertinentes y geniales como Federico

4 Cuyo transterrado secretario José Moreno Villa ha tenido la suerte de que su patria de nación y la de adopción le rindan reconocimiento con la edición de sus Obras: *Memoria*, edición de Juan Pérez

García Lorca, Luis Buñuel o Salvador Dalí. Todo ello fue puesto en marcha con grandísimo éxito en lo científico y lo social por el catedrático de metafísica don José Ortega y Gasset, el *Deus ex máquina* de todo⁵.

Es ese el Madrid que recibe al joven mexicano Raúl Carrancá y el deslumbramiento es mayor que el que afectaba a los que se llegaban hasta Alemania, pues aquí la lengua compartida permite compartir todo en vena y en directo. Desde el primer momento se integra don Raúl en la vida madrileña y universitaria. Emilio González López, estudiante en esa época, asistente como aquel a las clases de Jiménez de Asúa, catedrático de Derecho penal poco antes de dar comienzo la guerra civil y exiliado después en Nueva York como catedrático de literatura describió a los integrantes de aquella asociación oficial de estudiantes de Derecho en la que se integraban los más activos como él mismo, que sería luego fundador de la Federación Universitaria Española, José Antonio Primo de Rivera, fundador diez años después de la Falange Española, Ramón Serrano Suñer, que se convertiría en cuñado de Franco y en su Ministro de Asuntos Exteriores o Antonio Garrigues y Díez de Cañavate, embajador de Franco ante los Estados Unidos y el Vaticano. Entre todos aquellos descubre González López a Carrancá como persona notable⁶. Se creó por entonces la Federación de Estudiantes Latinoamericanos en Madrid y Carranca llegó a presidirla. En tal condición llegó a visitar al Rey Alfonso XIII, quien, al conocer su condición de mexicano, pasó del tuteo borbónico al usted riguroso. Seguramente Carrancá participó en una huelga seguida masivamente entonces contra una orden gubernativa que pretendía prohibir sentarse juntos a los estudiantes de ambos sexos así como en otra en que se censuraba la propuesta de los estudiantes católicos de declarar patrón de las Universidades a Santo Tomás de Aquino⁷. Cómo se ve que en España no se habían producido las leyes de Reforma. También conocería en estos trajines a José López Rey, hermano de Manuel, discípulo de Luis Jiménez de Asúa, directivo y fundador de la Federación Universitaria Española, ambos exiliados después de la guerra, así como a José Medina Echavarría, pionero luego en México de la Sociología en español.

El espectáculo más sorprendente que podría haber llegado a ver es sin duda la solemne inauguración del curso académico de octubre de 1931, el primero de la República. Bien se vio en toda la liturgia del acto que contó con el Presidente de la

de Ayala, El Colegio de México y Residencia de Estudiantes, México y Madrid 2011, en donde puede leerse una descripción de los primeros años de la Residencia, p.257 y sigs.

5 Sobre los detalles de lo expuesto con amplias referencias puede verse Arroyo Zapatero, L.: Los Juristas de la Junta para Ampliación de Estudios / Die Juristen und die Junta para Ampliación de Estudios, en *Traspasar fronteras, un siglo de intercambio científico entre España y Alemania*, CSIC/DAAD, Madrid 2010, en línea en mi blog.uclm.es/LuisArroyoZapatero

6 González López, E.; *Memorias de un estudiante liberal*, Edición de Castro, Sada 1987, p. 102.

7 Lopez Rey, J.; *Los estudiantes ante la Dictadura*, Javier Morate Editor, Madrid 1930, p. 108.

República y de los más cualificados personajes de la misma, que por su condición numerosa de catedráticos vestían toga y muceta. La lección inaugural la dio Don Luis Jiménez de Asúa con una presentación de lo aprendido en Alemania sobre el Derecho y las penas: no se trata la ciencia penal de una labor filosófica artesanal ni de desnudo positivismo o de pobre pragmatismo, es una teoría general de base filosófica y sistemática asentada en una severa compresión del mundo de las formas jurídicas, del sentido de las normas y de los fines de las penas. El título exacto: *La teoría jurídica del delito*⁸.

Todo este maravilloso enjambre de inteligencias podía no haber tenido en México mucha mayor transcendencia si no fuera por dos circunstancias, una feliz y otra trágica. La feliz fue que aquel joven mexicano no solo disfrutó del Madrid festivo de los 20 sino que se empapó de ciencia y política y se instaló con éxito como nuevo adelantado de un territorio que me gusta llamar «el territorio de Franz Von Liszt», es decir, el mundo occidental desde Varsovia hasta México y Buenos Aires. El norte de América y las islas británicas quedan en zona pre beccariana⁹.

El México que recupera Carrancá a su vuelta se encuentra en un buen momento: sosegados los ánimos y enconos de los tiempos revolucionarios, los escritos y trabajos de los «siete sabios» se van realizando. En 1926 se anuncian intensas voluntades de reformas legislativas, también en lo penal, con pretensión de no incurrir en extremo en el positivismo criminológico, aunque no debemos olvidar que el partido político que apoyó a don Porfirio es el único que se ha llamado de «*los científicos*», lo que revela su peso en la cultura científica de la época. La reforma es protagonizada por José Almaraz, se asume en el Código el estado peligroso y se crea el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social¹⁰. Pero todo va muy rápido y una nueva generación se hace con el gobierno de la política criminal: José Ángel Cenicerós, Luis Garrido, Alfonso Teja, Rafael Martos, Francisco González de la Vega, Emilio Pardo Aspe, Javier Piña y Palacios y Luis Chico Goerne, entre otros, quieren alumbrar el que sería el Código del 33), entre ellos ya el propio Carrancá, quien en 1933 publicaba el primer Tratado moderno de la Parte General del Derecho penal que así como el libro *La ley penal mexicana* de José Ángel Cenicerós y Luis Garrido expresan el alto nivel de los autores del Código de 1931¹¹. Muy ilustrativo

8 Estudio preliminar y epílogo de Enrique Bacigalupo, DYKINSON, Madrid 2005. De mi autoría es la nota biográfica contenida en el Diccionario Biográfico de la Real Academia de la Historia, volumen XXVII, Madrid 2011, 2ª edición digital, ampliada, en 2018.

9 A pesar del espectacular trabajo de John Bessler, *The birth of American Law. An italian philosopher and the American revolution*, Carolina Academic Press, Durham 2014.

10 García Ramírez, S.; *La Academia Mexicana de Ciencias Penales y Criminalia, medio siglo en el desarrollo del Derecho penal mexicano*, en <http://bibliojuridicas.unam.mx>; Correa García, *Historia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Porrúa, México 2002.

11 Editorial Botas, México 1934.

de la evolución tras el Código de 1931 es el libro de José Ángel Ceniceros, *Trayectoria del Derecho penal contemporáneo*, con presentación de Mariano Ruiz Funes¹².

Todos ellos son representantes contemporáneos de una nueva y sólida generación que se une por encima de las contingencias políticas y crean la Academia Mexicana de Ciencias Penales y para expresar las ideas con que quieren guiar su acción, para lo que crearon la revista *Criminalia*. Y puede verse como la Revista y la Academia Mexicana de Ciencias Penales están bien vivas ambas, incluso inmersas en la era digital. La Academia, cuya historia ha sido muy bien contada por Sergio García Ramírez y Sergio Correa García,¹³ asumió pronto una segunda generación, representada por personalidades que están bien presentes en los muros del INACIPE: Alfonso Quirós Cuarón y Celestino Porte Petit. Una tercera generación vino después, entre otros: Sergio García Ramírez y dos mujeres –las primeras– Olga Mariscal y Victoria Adato, esta última su actual presidenta.

Pero pronto los fundadores pudieron contar con un extraordinario refuerzo y lo menciono con el literal del texto de la placa que luce en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México: «*los maestros españoles que nos trajo la mar... envueltos en la brisa de la libertad*»¹⁴.

No resulta fácil relatar y menos a los jóvenes lo que fue aquel tiempo de guerra y luego ensañada persecución en una patria que a nosotros no nos fue suave como la suya, a la que cantó Ramón López Velarde. Todos aquellos, entonces jóvenes profesores del Madrid del estudiante Carrancá, fueron dos veces dispersados por la danza, en expresión de don Andrés Henestrosa, la primera porque con Franco se fue la mayor parte del servicio diplomático, poblado de aristócratas, y la República tuvo que ayudarse de los profesores formados en el extranjero¹⁵: Fernando de los Ríos a Washington, Azcárate a Londres, Jiménez de Asúa a Praga, con el Presidente Masarik, a quien la ciudad de México ha dedicado hermosa calle. El fundador hispano de la ciencia política y la sociología –con Medina Echavarría–, luego reconocido novelista, Francisco Ayala a Budapest. Emilio González López y Salvador de Madariaga a Ginebra. Mariano Ruiz Funes a Bruselas. Jiménez Asúa debía haber sido embajador en París, pero la República prefirió llevar allí a Osorio, un notable republicano católico, muy significativo en aquellas vísperas de la guerra civil mundial. Derrotada la República casi todos quedaron en Francia con otros

12 *Trayectoria del Derecho penal contemporáneo*, Criminalia, México 1943.

13 García Ramírez, S.; *La Academia Mexicana de Ciencias Penales y Criminalia, medio siglo en el desarrollo del Derecho penal mexicano*, en <http://bibliojuridicas.unam.mx>; Correa García, *Historia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Porrúa, México 2002.

14 Vid. Serrano Migallón, F.; *La inteligencia peregrina. Legado de los intelectuales del exilio republicano español en México*, El Colegio de México, 2009.

15 Vid. Casanova, M.; *La diplomacia española durante la guerra civil*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid 1996; Viñas, A. (Dir.) *Al servicio de la República*, Marcial Pons, Madrid 2010.

500.000 españoles. La zozobra se apoderó de ellos en campos de concentración levantados en las playas francesas y luego en el interior. Las memorias del insigne hispano mexicano Eulalio Ferrer, dan fiel testimonio de ello¹⁶. Y todo se convirtió en una pesadilla cuando los alemanes invadieron Francia. Los más perfilados refugiados temieron por su vida, pues los franquistas habían entregado a los nazis una lista de más de 200 políticos que según iban siendo detenidos eran entregados a Franco y fusilados como los jóvenes Julián Zugazagoitia, director de *El Socialista* o Companys Presidente de la *Generalitat*.

Cómo retratar el horror y la angustia de aquellas gentes y sus familias dispersadas de nuevo por la danza, ahora como danza de la muerte. Horror y angustia que hoy podemos ver en las caras de esos miles de refugiados que quieren llegar a Europa, huyendo de patrias en las que, como decía Cervantes de las cárceles, toda incomodidad hace su asiento. A los que no se pusieron a salvo el destino les llevó a Alemania y a sus fábricas como esclavos, o al campo de concentración de Mauthausen, donde murieron más de siete mil españoles, como apátridas, pues el Gobierno respondió a la pregunta alemana de qué hacer con aquellos miles de españoles rojos: «los rojos españoles no son españoles». No se deshizo el entuerto hasta que en 2005 el Presidente Rodríguez Zapatero visitó el campo y depositó una corona que acompañaba nuestras dos banderas.

Pero en aquellos días de desolación, en aquel mar embravecido y tenebroso, surgió una gigantesca balsa de piedra que con sus estribaciones en la embajada mexicana en París y en los consulados en varias capitales francesas realizaron una inédita obra de refugio y acogida para miles de españoles bajo el amparo del Presidente Lázaro Cárdenas y con el canciller Genaro Estrada y los que le siguieron. Cómo se echa hoy de menos en Europa un responsable sindical como Vicente Lombardo Toledano ante los refugiados de Oriente Medio. Los mejores funcionarios mexicanos se pusieron a la tarea. Los primeros sin duda fueron Isidro Fabela, Daniel Cosío Villegas, que conocieron bien el encono de la lucha fratricida, pues el primero era embajador en España y al segundo le sorprendió el alzamiento en León, cuando se dirigía a su destino diplomático en Lisboa. Siguió allí la tragedia e inspirado por la diplomática y premio Nobel chilena, residente entonces también en Lisboa, Gabriela Mistral, realizó la primera propuesta ya en 1937 al gobierno mexicano de acoger a científicos e intelectuales españoles. La actividad del Embajador Narciso Bassols fue extraordinaria, así como de los cónsules, en especial el valiente cónsul general Gilberto Bosques, dedicado también al salvamento de judíos escapados del genocidio nazi, merecedores de libros y películas de acción y solidaridad. Todo ha sido contado, pero el pasado año se ha cumplido el centenario de la estancia en

16 Ferrer, E.; *Páginas de exilio*, Aguilar, México 1999 y *México en el corazón*, Océano, México 2009.

Madrid de Alfonso Reyes y me es grato personalizar en él la inmensa y eficacísima obra de localización, salvamento, traslado e incorporación a la Casa de España –hoy Colegio de México– y a otras Universidades nacionales e instituciones, hospitales y empresas, de centenares de exiliados. Mi referencia, detallada y apasionante, es el libro compilado por Alberto Enríquez Perea: *Alfonso Reyes en la Casa de España en México (1939 y 1940)*, editado por el Colegio Nacional¹⁷. Leyendo allí pueden captar a la perfección por qué he elegido para estas letras el título de la obra homónima de Saramago. México, su Presidente y su Gobierno, y lo que hoy llamaríamos la sociedad civil, se entregaron a esa tarea generosa y solidaria.

Y así se produjo esa segunda circunstancia extraordinaria en la vida de Raúl Carranca, esta vez como tragedia, pero con resultados extraordinariamente positivos. Todo aquel exilio masivo de españoles de todas las condiciones, profesores, médicos, ingenieros, técnicos y obreros, tiene memoria bien desarrollada aquí. Con ellos llegó un buen puñado de juristas cuyos nombres y obra están extraordinariamente recogidos por Sergio García Ramírez en su trabajo «*A setenta años de la migración republicana: los juristas*»¹⁸. Sobre cada uno de los juristas acogidos en la UNAM ha levantado un monumento Fernando Serrano Migallón, con *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*¹⁹. Naturalmente también el más reciente de Jacqueline Alejandra Ramos García, *Los juristas del exilio españoles en México*²⁰.

México fue inmensa y sólida balsa de piedra para todos, y muy especialmente para los penalistas. Pero antes de aludir a éstos no quiero dejar de recomendar a ustedes a un profesor incorporado a la Facultad de la UNAM que dejó en generaciones una profunda huella de la cultura jurídica y literaria: Don Manuel Pedroso, catedrático de Constitucional, Vicerrector de la Universidad de Sevilla, embajador en Moscú y maestro de muchos y públicamente muy reconocido, especialmente por Carlos Fuentes y por Sergio Pitó. Pueden leer el testimonio de ambos en la edición digital en la Revista General de la UNAM²¹.

Aunque no sea más que para que sus nombres resuenen hoy en estas aulas mencionare entre los no penalistas a Don Rafael Altamira, padre de los historiadores del

17 Compilación, edición y notas, *Alfonso Reyes en la Casa de España en México (1939 y 1940)*, Colegio Nacional, México 2005. Y el bien reciente panorama general y su legado: Valero Pié, A.; (edit. coord.) *Los empeños de una casa: Actores y redes en los inicios* de El Colegio de México, México D.F. 2015.

18 En *Revista mexicana de Historia del Derecho*. 2011, págs. 209-225.

19 UNAM, México 2003.

20 Publicado por la Universidad de Michoacana en 2010.

21 Fuentes, C.; “Pedroso ayer, hoy y mañana”, en *Revista de la Universidad de México*, vol. 2 2004, p. 5-10 y Sergio Pitó en «Carlos Fuentes. Homenaje de una generación», *eodem loc.*, vol. 106, diciembre 2012, p. 5 y s.

Derecho y maestro de Don Silvio Zavala y de Javier Malagón; Don Felipe Sánchez Román, civilista, que había sido Presidente del Tribunal Supremo, Demófilo de Buen, bien encarnada su familia en México; Ricardo Calderón Serrano, Presidente de la Sala Militar del Tribunal Supremo y fundador aquí de la materia; Javier Elola, también jurídico-militar; José Medina Echavarría, fundador con Francisco Ayala de la ciencia y sociología política en español. Wenceslao Rozes, catedrático de Salamanca, romanista y gran traductor de los clásicos alemanes, Luis Recasens Siches, filósofo del Derecho y Antonio Sacristán Colas, catedrático de Derecho Mercantil de Madrid.

Los penalistas fueron acogidos generosamente en la Universidad en la Academia Mexicana de Ciencias Penales y en el Instituto de Derecho comparado y en el recién fundado doctorado en Derecho²². Forman un elenco extraordinario: Mariano Ruiz Funes, Mariano Jiménez Huerta, Constancio Bernaldo de Quirós, Fernando Blasco Fernández de la Moreda, quien más tarde marchó a Argentina; (Donde por cierto, en próximos semanas se publicaran a instancia y constancia de Raúl Zaffaroni sus obras escogidas), Niceto Alcalá Zamora, padre del moderno Derecho procesal penal que había aprendido en Múnich con Beling y Kisch; Victoria Kent llegó tras permanecer oculta en el París de la ocupación alemana y fundó la Escuela de capacitación penitenciaria hasta ser llamada a ONU por Manuel López Rey, como muy bien ha escrito Antonio Sánchez Galindo; Faustino Balvé, quien había estudiado también con Beling, autor de una teoría de tipo penal en español que publicó por partes en *Criminalia*, aunque hizo vida de éxito como consultor y profesor de economía²³.

No vino Jiménez de Asúa. Me extrañaba que no se hubiera pretendido acoger al que era y siguió siendo hasta su muerte el patriarca del Derecho penal del mundo hispano. Más en el libro compilado por Alberto Enríquez Pérez todo parece que se aclara: Alfonso Reyes instó a la delegación mexicana a que localizaran a Jiménez de Asúa para invitarlo a venir, pero Narciso Bassols respondió desaconsejando tan buen propósito. La Casa de España insistió y acudió de nuevo al Embajador mexicano. Carrancá, el discípulo mexicano, insiste e informa que Asúa deseaba venir a México. En telegramas cruzados y cifrados Bassols se explica: «Jiménez de Asúa es inconveniente por su temperamento vanidoso que lo hace presentarse como conquistador, que además no se interesa por México sino solamente porque se invite a sus ayudantes y finalmente, que acostumbra a pedir honorarios excesivos.» El asunto fue sometido al criterio personal del Presidente Cárdenas, quien ordenó a Bassols

22 Vid. Sobre la creación del doctorado v. Luis Garrido, *Notas de un penalista. Derecho, semblanzas e ideas*, Botas, México 1947, p. 17 y sigs.

23 Luis Garrido los presenta a todos ellos en texto recogido en *Notas de un penalista. Derecho, semblanzas e ideas*, Botas, México 1947, p. 97 y sigs.

transmitir la invitación²⁴. Pero Bassols tenía solo razón en que no quería venir a México, pues su hermano, catedrático de medicina se había instalado sólidamente en la Universidad de Buenos Aires, lo que era un asidero familiar muy valioso. Asúa era seguramente vanidoso, pues sabía que en realidad era el más grande. Incluso sin biblioteca fue capaz de escribir el más completo Tratado de Derecho penal, en siete tomos de más de mil páginas cada uno, con el Derecho penal de España y de todos los países de Iberoamérica. Los ayudantes que quería colocar eran en realidad todos catedráticos: Emilio González López, que terminó de Catedrático de Literatura en Nueva York, cuyas memorias relatan ese tiempo de indefensión y zozobra²⁵; Manuel López Rey, que terminó de jardinero en Chile, de profesor en Bolivia y de fundador poco después de la rama de Defensa social de las Naciones Unidas. Quizá también pidiera altos emolumentos, pero esto se debía a que había coincidido con los grandes maestros liberales españoles en llegar a renunciar a su Cátedra y a sus emolumentos en protesta contra el Dictador Primo de Rivera. Por otra parte, llegó a ser Presidente de la República en el exilio.

Los que efectivamente quedaron en México comprobaron la solidez de la balsa de piedra de este sorprendente territorio que en sus orígenes eran meras lagunas sobrevoladas por águilas que se posaban en nopales.

México se convierte de balsa de refugio en plataforma para la acción y los grandes maestros capitaneados por el Rector Luis Garrido se entregan a consolidar sus instituciones, especialmente con la creación primero del curso de Doctorado y después –con el Rector Gustavo Baz– del Instituto de Derecho comparado, a cuyo frente sitúan a don Felipe Sánchez Román, a quien seguiría más tarde Raúl Carrancá. Cuando se crea el Instituto cae Francia y con ello deja de operar el Instituto que era matriz de todos. Cuando se reabre el Instituto de París en 1949, el Instituto mexicano marcha ya a plena navegación de crucero.

Al concluir la Guerra Mundial México mira por vez primera al mundo exterior, hasta entonces, y con buenas razones, ocupada sólo de sur y del norte. La participación mexicana en Naciones Unidas es bien notable y uno de sus impul-

24 Ver en el libro la parte sustanciosa del expediente reservado en págs. 86-89.

25 Memorias de un diputado republicano en la guerra civil española (1936-1939), Sada-A Coruña, Edición de Castro, 1990. También, con referencias mexicanas de interés, entre otras por ser cuñado de Emilio Morayta, a quien ayuda a salir para México desde su consulado en Pau, v. Gómez Rivas, I.; Noticias dos primeiros momentos do exilio de Emilio González López a través da súa correspondencia con Luis Jiménez de Asúa, en *Estudos migratorios: revista galega de análise das migracións*, Vol. 2, Nº. 1, 2009 págs. 153-166. La Universidad Carlos III elabora un cuidadoso diccionario biográfico de profesores españoles de Derecho 1847-1943, que incluye a la generalidad de los mencionados: http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos

sores es Daniel Cosío Villegas²⁶. Conocemos bien la participación de don Alfonso Quirós Cuarón en el primer congreso de Naciones Unidas en Ginebra en 1955, organizado por Manuel López-Rey español exiliado, catedrático discípulo de Jiménez de Asúa. A Quirós le acompañó entonces un joven prometedor que se especializaba en criminología en Roma con Benigno di Tullio y el ya muy viejo Alfredo Nicéforo, Ricardo Franco Guzmán, en peripecias bien narradas por quien le sucedió en Roma una década después, Luis Rodríguez Manzanera²⁷. Por su parte, Raúl Carrancá se incorpora pronto a la más importante Sociedad científica para los penalistas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, que se reorganizó precisamente durante el juicio de Núremberg. Cuando viene Jiménez de Asúa a México proclama a Carrancá príncipe mexicano universal, o sea su más destacado discípulo.

Pronto una nueva generación de ha abierto paso, sus máximos representantes son Alfonso Quirós Cuarón en la criminología y ciencias forenses y don Celestino Porte Petit en lo jurídico penal²⁸. Los mexicanos viejos y los nuevos formaron juntos una nueva y numerosa generación cuyos más conspicuos representantes son Sergio García Ramírez y Jorge Carpizo, que siguieron en su plenitud profesional sirviendo a la República y a las ciencias penales y en esa conexión tan mexicana entre la cátedra y la Procuraduría General de la República se produjo el impulso del primero a la creación del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Una renovada balsa de piedra para sujetar la formación especializada en ciencias penales, en Derecho penal, procesal y penitenciario, en criminología, victimología y ciencias forenses.

Deseo tan sólo significar lo que el INACIPE ha representado para las Ciencias penales más allá de la vida mexicana. Y es que el INACIPE se convirtió desde los años 70 en el punto de encuentro de los cultivadores de las ciencias penales de ese que yo llamo territorio de Von Liszt, de México y todas las Américas, bien abierto a del norte y a la europea y con especial cariño con la española.

26 México por razones de política hemisférica, ya que Estados Unidos había dado un portazo en las narices a su presidente Wilson de modo que no participó en la institución creada por él, había entrado tardíamente en la Sociedad de Naciones, donde se incorpora a invitación precisamente del Gobierno republicano español en 1931, v. Pérez Gil, L., *La política exterior en el bienio republicano-socialista*. Atelier Barcelona 2004. Sobre la acción en Naciones Unidas tras la II Guerra Mundial y el papel de Cosío, v. Krauze, E., *Daniel Cosío Villegas. Una biografía intelectual*, Tusquets, México 2015, p. 239 y ss.

27 Vid. Rodríguez Manzanera, L., *Libro Homenaje a Franco Guzman*, INACIPE, México 2008, p. 635 y ss.

28 Vid. Porte Petit, C., *Importancia de la dogmática jurídico penal*, con introducción de Rafael Martínez Escobedo y comentarios de Faustino Ballvé y Fernando Arilla, México 1954.

LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DÉFENSE SOCIALE

La Société Internationale de Défense Sociale se crea en 1947 sobre los escombros de la II Guerra Mundial, sobre una Europa en ruinas, con millones de muertos militares y civiles, millones de personas asesinadas, millones de personas sufriendo el hambre. Miles de jóvenes sin familia se dedicaban a la rapiña. Cien mil entre Roma y Milán, otros tantos solo en Berlín y sus alrededores. En todo el mundo la desorganización social generada por la Guerra sembraba los mismos efectos. La criminalidad se incrementó en todas partes, en especial en aquellos países en los que se había vulnerado el principio del no matarás. La criminalidad representaba más que un problema de Justicia, una cuestión social, y la pena, de tener sentido, debería estar orientada a lo que hoy llamamos resocialización.

Esta es la inspiración que surge en las mentes del Conde Gramática en Génova y de Marc Ancel en París. La formalización del nacimiento se produce en Bélgica en 1949. La sede de la Secretaría General pronto se establece en *el Centro Nazionale de Prevenzione e Difesa Sociale* de Milán, representado por el gran impulso de las sociedades científicas, Adolfo Beria di Argentine.

Organizada como un movimiento más que como una institución cerrada, se orienta sobre un programa mínimo aprobado en 1954, cuya difusión mayor tendría lugar con la publicación, ese mismo año por Marc Ancel de «*La défense sociale nouvelle*». Pero la idea de una política penal orientada a la resocialización chocaba con la realidad social internacional cuando por vez primera el Congreso quinquenal se realizó fuera de Europa, en Caracas en 1976. Así el planteamiento propio de unas sociedades estables y sin grandes desigualdades de la Europa de los años 70 ha de enfrentarse a las graves necesidades y a la desigualdad y la discriminación social, a la marginación social intensa en Latinoamérica y en otras regiones del mundo. Todo ello dio lugar a una amplia reflexión y a una puesta al día del programa mínimo, que llevó a incluir en el programa científico a la crítica social y a la del sistema penal y penitenciario, a la expresa proclamación de los Derechos humanos como principio y límite de toda intervención penal y con pleno respeto y garantía de los derechos y dignidad de la persona²⁹. Abarca así mismo el programa de despenalización de numerosas infracciones y la sustitución de la pena de prisión por otras penas menos gravosas. Sin rechazar que se debe intervenir para resocializar, denuncia la resocialización como un mito.

En el año 1987 añade al nombre originario una segunda parte: *Por una Política criminal humanista*. Un título muy significativo para todos cuantos estiman que el Estado moderno no debe ser solamente democrático y social, sino que también debe

29 V. Barbero Santos, M: La Defensa Social, treinta años después en *Revista del Ministerio de Justicia*, Madrid 1984, p. 2 y ss. y el documento oficial en *Cahiers de Défense Sociale* 1984-85.

realizar sus políticas bajo la presidencia del principio de humanidad, el humanismo cívico cuya traducción penalística ha sido desarrollada por José Luis de la Cuesta³⁰. La SIDS realiza su actividad de organización del movimiento político criminal fundamentalmente mediante congresos internacionales y sus resoluciones, de los que ha realizado dieciséis, así como mediante publicaciones, en especial los «*Cahiers de Défense Sociale*», disponibles en línea en www.defensesociale.org.

En los ocho primeros congresos se ha puesto la atención de modo especial en la problemática del autor de los comportamientos delincuenciales y de su relación con la sociedad, formulando sistemas para reducir el carácter punitivo de las penas y dotar al contenido de estas de elementos para la resocialización. Además, se propuso dividir el proceso penal en dos fases, para determinar la responsabilidad en la primera y acordar las consecuencias penales después, de acuerdo con estudios de la personalidad³¹. Sin embargo, desde el Congreso de Caracas en 1976 los objetivos preferentes de estudio han sido las condiciones sociales determinantes de la criminalidad. Desde el de Buenos Aires en 1986 se ha puesto el acento en el proceso de Internacionalización de las sociedades contemporáneas y sus efectos en el ámbito de la criminalidad³². Lo que se amplió sustancialmente en el último Congreso, en México en 2012, en que su objetivo de estudio fue la «Política criminal en el tiempo de la Declaración del Milenio». A su vez, la SIDS ha abordado tres grupos de problemas complejos y novedosos, siempre con especial preocupación por los derechos humanos: «La protección del medio ambiente y derechos fundamentales», en París en 1991, «La corrupción, la protección de la administración pública y la independencia de la Justicia en 1996 en Lecce, Italia y en Toledo, en 2007, el problema del Derecho entre la paz y la guerra y la justicia penal en las operaciones internacionales de guerra y de mantenimiento de la paz.

Desde el año 2009 la SIDS, en nombre propio y en el de las otras tres organizaciones AIDP, SIC y FIPP coordina e impulsa la Red Académica Internacional contra la pena de muerte. Con lo que trabajamos por dar cumplimiento a la Resolución de las Naciones Unidas del año 2007, que reclama la abolición o cuando menos la moratoria universal de la pena capital³³.

30 El principio de humanidad en el Derecho penal, en *Eguzkilore*, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, 2009, p. 209 y ss.

31 V. Pissani, M.; Les sept premiers congrès de défense sociale, en *Cahiers de Défense Sociale*, 1973, p.25 y ss].

32 V. Foffani, L. ; Trente ans de Congrès sur la Défense Sociale, de Paris 1971 a Lisbonne 2002, en *Cahiers de Défense Sociale* 2003, p. 299 y ss.

33 Vid Arroyo Zapatero, L.; El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte, en *Contra el espanto. Por la abolición de la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, esp, p. 39 and ss.

LAS TERCERAS JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DEFENSA SOCIAL DE 1979

Pero para la Sociedad Internacional de Defensa Social y por una política Criminal humanista el INACIPE se brindó de nuevo como balsa de piedra para acoger las que eran terceras Jornadas Latinoamericanas de Defensa Social en 1979, que seguían a las de Buenos Aires y Caracas³⁴.

La *Société* vino con sus máximos responsables: El Presidente Marc Ancel, Presidente también de la Sociedad Internacional del Derecho comparado y del Tribunal Supremo de Francia, Madame Simón Rozès, que fue su sucesora en la Corte Suprema y en la *Société* y quien me llevó a mí a sucederles a ellos. Asistió también mi maestro Marino Barbero Santos, Lolita Aniyar, el Secretario General del Centro de Prevención Defensa Social de Milán, Adolfo Beria de Argentine, coordinador de las cuatro Sociedades científicas. Eduardo Vetere, Director General de Tratados de Naciones Unidas, Elías Neuman, de Buenos Aires, Juárez Cirino dos Santos, de Paraná, Antonio Beristáin de España y Elio Gómez Grillo de Venezuela.

México se volcó: Gustavo Malo Camacho, Director del INACIPE, Moisés Moreno, su secretario general entonces, como Antonio Sánchez Galindo lo era de documentación y sobre todos ellos volaban como águila azteca Sergio García Ramírez y toda la Academia de Ciencias Penales. Se abordaron problemas que entonces resultaron muy novedosos: desarrollo y derecho penal, marginalidad social y otros asuntos convertidos en clásicos desde la postguerra, como el problema de los menores infractores y la delincuencia juvenil. Inclusive se preguntaron por vez primera en México sobre si legalizar la venta y consumo de la marihuana. En su transcurso el Director General de Tratados de Naciones Unidas, Eduardo Vetere, anuncio que se celebraría en Caracas el siguiente Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del crimen, que tuvo lugar en 1980 con gran transcendencia. De estas Jornadas Latinoamericanas de Defensa Social creo que podría destacarse como asunto de máximo impacto la irrupción de la nueva y crítica criminología, que desde entonces han representado Lolita Aniyar y Raúl Zaffaroni³⁵.

LOS ÚLTIMOS TIEMPOS

He tenido el privilegio de conocer y trabajar con el INACIPE desde el año 2002, lo que me ayudó mucho tras los diez y seis años de Rector fundador de mi Universidad a mi proceso de reinserción como penalista, bajo la dirección entonces de

³⁴ La Actas fueron publicadas por el INACIPE: *Terceras Jornadas de defensa social*, Tlalpan 1979.

³⁵ Vid. Arroyo Zapatero, L.; El espíritu de los tiempos: Sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social (1949-2009), en *Revista Penal*, N° 25, 2010, págs. 230-233

Gerardo Laveaga, quien además de volcarlo en las tareas nacionales dio un impulso a la internacionalización de la ciencia penal mexicana. La galería de retratos de los doctores honoris causa es bien ilustrativa, pues se trata de las más notables personalidad de todo el mundo que han venido y trabajado en el Instituto. De primer orden de interés interno e internacional fue el Congreso sobre la unificación y la armonización del Derecho, de cuyos trabajos se han publicado ya dos ediciones. Por parte foránea estuvieron a su cabeza Mirelle Delmas-Marty, Ulrich Sieber y Mar Pieth, aquí se trazó la importantísima obra de Derecho comparado contemporáneo denominada «Los caminos de la armonización» que se publicó primero en París y luego en versión española por la Universidad de Castilla-La Mancha y Tirant³⁶.

En el año 2012 el INACIPE, recién nombrado el Dr. Rafael Estrada como Director, acogió el XVI Congreso de la Société, que comenzó con el Doctorado de Mireille Delmas-Marty y con la participación de José Luis de la Cuesta, Presidente entonces de la AIDP, de Ulrich Sieber, Director del Instituto Max Planck, Reinald Ottenof, Pedro David y más de cuarenta cualificados colegas extranjeros, además de personalidades nacionales, cuyos trabajos se reflejaron en los *Cahiers de Défense Sociale* y otras publicaciones.

CONCLUSIÓN

Cuarenta años son en las personas y en las instituciones los años de la madurez. Si se observa con la frialdad de un antropólogo de la cultura habría que concluirse que se trata de un milagro de esfuerzo sostenido. El Instituto sobrevivió al terremoto de 1985, lo salvó quien lo había hecho nacer, Sergio García Ramírez, entonces Secretario del Gobierno. Una inmersión de la balsa de piedra en la mar oceána se produjo en 1993, pero se hizo aflorar tres años más tarde por el procurador Antonio Lozano Gracia, con Moisés Moreno al lado y siempre con el apoyo de la Academia Mexicana de Ciencias penales. La balsa de piedra sigue hoy surcando los mares sometida a vientos que espero la empujen hacia adelante y ayude a la mejor orientación de la política criminal en México y América Latina.

36 Delmas Marty, Mireille., Pieht, M. y Sieber, U. *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008, versión en español editada por mí: *Los caminos de la armonización penal*. Presentación de Luis Arroyo Zapatero y coord. Marta Muñoz de Morales, Valencia. Ed. Tirant lo Blanch 2009.

LA CIUDAD DE MÉXICO VISTA Y LEÍDA CON LOS OJOS DE UN PENALISTA DE LA MANCHA¹

*A la memoria de Alfonso Reyes,
amparo de los españoles transterrados*

Introducción de circunstancias. 1. Mateo Alemán y el Quijote en México. 2. Quijotes mexicanos: Francisco I. Madero e Isidro Fabela. 3. La ciudad espectáculo: Bernardo de Balbuena y Francisco Cervantes de Salazar. 4. La Plaza Mayor y la del Volador, lugares de ejecución. 5. Horca, picota y las tribulaciones de los virreyes. 6. Las Tablas de la Conquista del Museo Nacional de Bellas Artes de Buenos Aires, Argentina, y la fundación de las ciudades americanas. 7. Lo cotidiano de los lugares de ejecución en la época: Callot, Bosco y Brueghel. 8. La Inquisición: Pedro Berruguete, Francisco Rizi de Guevara y la pintura del auto de Otzolotepec. 9. De la Santa Hermandad a la Hermandad de la Acordada y los peralvillos. El Peralvillo de Ciudad Real y el de la ciudad de México. 10. Las cofradías de la Caridad o de la Misericordia. 11. Las prisiones de la ciudad de México: Real, Municipal, Acordada y Belén. 12. El sueño de una penitenciaría nacional y Lecumberri. 13. Algunas enseñanzas de política criminal.

No resulta sencillo agradecer. No pocas veces porque el interesado se distancia en demasía del mérito, tanto que la modestia acaba por esconder la soberbia. Agradezco muy cordialmente a los miembros de la Junta de Gobierno su generosidad, así como a los proponentes. Pero tendrán que reconocer todos ustedes que si ponen la vista en el muro de las fotografías de los *honoris causa*, también

1 Lección del doctorado *honoris causa* en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, publicada en *De los delitos y las penas entre España y México*, Miguel Ángel Porrua editor, México, 2018.

conocido en la casa como el *muro de las lamentaciones*, pues refleja inexorablemente el paso de los años. Estarán de acuerdo conmigo en que además de rendirles a ustedes mi agradecimiento, se lo rinda a la suerte, pues resulta evidente que el destino en la vida me ha granjeado muy buenos amigos. Humilde ya no soy, pues fueron demasiados años en los que mi título fue de *magnífico*. Pero me impresiona sobremanera saber que mi fotografía se exhibirá junto a la de maestros mexicanos como Sergio García Ramírez, Olga Islas, Victoria Adato y, entre los extranjeros, Mireille Delmas-Marty o Claus Roxin, y entre los españoles, Rafael Márquez Piñero, rezagado ejemplo del exilio español acogido generosamente en México, en la Universidad Nacional Autónoma de México, en la Academia Mexicana de Ciencias Penales y en este Instituto, además de don José Cerezo Mir y de Enrique Gimbernat.

Ponerme en la picota ejemplarizante de ese muro es motivo de estímulo para afrontar ambiciosamente las tareas del futuro y es también ocasión extraordinaria para proclamar mi gozo porque sea un honor tan mexicano como es el doctorado del INACIPE. No hay en el mundo euro-latinoamericano un instituto de esta clase e influencia como el INACIPE, descontado el Instituto de Friburgo.

Como tuve ocasión de exponer en la clausura del congreso conmemorativo de los 40 años del INACIPE en el mes de mayo, que significativamente quise titular *INACIPE y México: La balsa de piedra de las Ciencias Penales liberales*, debo personalmente mucho a México y al Instituto. Muy principalmente mi reinserción como penalista después de 20 años de rector fundador de mi universidad. El Instituto se encontraba bajo la firme dirección de Gerardo Laveaga en un momento excelente y concentraba a su llamada lo mejor de la ciencia penal global del momento, Delmas-Marty, Ulrich Sieber, Mark Pieth... Y aquí en el INACIPE fui incorporado al equipo de investigación que ha producido los resultados más relevantes para el Derecho penal comparado contemporáneo: los caminos de la armonización.

Pero esta es la ocasión de proclamar también las razones de mi pasión, que no solo es amor, sino amor apasionado a México, a su historia originaria, a la de la Nueva España, a la del México independiente, al México revolucionario de la Constitución de 1917, al México de la normalización contemporánea, así como, lo que es más importante, a sus gentes. Quiero compartir con ustedes las razones de ese amor apasionado. La primera no es otra que el veneno de los libros, los de historia y de relatos, que nos permiten vivir con pasión varias vidas. La segunda es el compartir la responsabilidad del territorio común de La Mancha, Don Quijote incluido. Y la tercera es la emoción por Beccaria y por un sistema penal humanista, que ha de extenderse naturalmente al tlaxcalteca Manuel de Lardizábal, supremo asesor del rey en materia penal, sin olvidar que, a diferencia

de Italia, en el mundo hispánico la Inquisición era señora de horca y cuchillo y había declarado blasfema la propuesta beccariana de abolir la pena de muerte, lo que hacía de Lardizábal un reformador más prudente².

Por si fuera poco, tengo una amistad fraternal con el más cuidadoso editor de México, como le reconoció la Feria de Guadalajara hace dos años, y a quien conocí de modo casual, pues casual fue encontrarme en la calle Amargura en un mar de tentaciones. Miguel Ángel Porrúa me ha provisto de cuidadosos mimos y de una extraordinaria biblioteca de asuntos mexicanos, en la que he pasado los veranos de los últimos años intentando descifrar los afanes de aquellos virreyes y letrados que pretendían gobernar este reino, que no colonia –como muy bien sabe Rafael Estrada–; así como sobre los que pretendían levantar uno nuevo administrado desde aquí, o los que quisieron levantar un gobierno independiente y *desde abajo*, como acuñó Mariano Azuela con la novela de tal nombre.

«¡Te vas a enchilar!», dice mi mujer en los veranos de La Mancha, cuando traslado la biblioteca mexicana a la terraza y al fresco natural, que por si ustedes no lo conocen, se lo describo con palabras de Ortega y Gasset: *En verano vuelca el sol torrentes de fuego sobre la Mancha, y a menudo la tierra ardiente produce el fenómeno del espejismo. El agua que vemos no es agua real, pero algo de real hay en ella: su fuente. Y esta fuente amarga, que mana el agua del espejismo, es la sequedad desesperada de la tierra.*³

Y como si no dijera nada, he aludido a lo fundamental, al principio epistemológico enunciado por Carlos Fuentes al formular la idea de que lo que nos caracteriza a españoles, mexicanos y al resto de los países hispanos de nuestra América, es el pertenecer al *territorio común* de La Mancha. Tengo pues una responsabilidad de cultivar ese territorio común en todas mis actividades.

Además, aunque soy de Castilla la Vieja, me he asentado desde hace más de 30 años en el corazón de La Mancha, primero como rector de la ínsula de su universidad, que para más precisión tratábase de un archipiélago, o sea de varios y nobles campus –cada ciudad con nombre que alude a nuestra plaza de las tres culturas: ibéricos, romanos y árabes–, y me gusta llevar a La Mancha por bandera, cuyos asendereados caminos he recorrido con fruición.

Fue, por otra parte, en la propia capital de La Mancha, en Toledo, donde Carlos Fuentes por penúltima vez proclamó ésta como nuestro territorio común. Es la lengua

2 Vid. Hernández Marcos, M.; Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787, en *Res Publica*, número 22, 2009, pp. 39-68. Sobre el destino de Beccaria en España v. mi contribución sobre en Arroyo, L. y Bordes, J.; *Francisco de Goya. Contra la crueldad de la pena de muerte/ Against the cruelty of capital punishment*, Universidad de Castilla-La Mancha y Real Academia de Bellas Artes, Madrid, 2013, págs. 27-48. Accesible en <http://www.inacipe.gob.mx/publicaciones/Goya.php>)

3 *Meditaciones del Quijote* (1914), Cátedra, Julián Marías (Editor), 8ª ed., Madrid, 2010, p. 216.

lo que nos hace a nosotros y lo que, recordando de nuevo a Ortega, constituye nuestra *otredad* y circunstancia, además de ser espacio del mestizaje. Todo lo proclamaron el mismo Fuentes y su *laudator*, Matías Barchino, en su investidura como Doctor Honoris Causa en mi Universidad de Castilla-La Mancha, en Toledo, en 2005⁴.

La tercera y, provisionalmente, última razón de mi pasión como penalista por México es mi doble inspiración en Cervantes y en Beccaria. La primera no requiere aquí más justificación. Hago mío y a ello me remito, además de lo que diré luego, lo que ya dijo mi héroe mexicano, don Luis Garrido –por catedrático de Derecho Penal y por rector magnífico de la UNAM, cuando a los españoles del exilio todo se les hizo necesidad–, en ocasión de su acceso al sillón de la Academia Mexicana de la Lengua, con su discurso «La criminología en la obra de Cervantes», en el año 1956.

De Beccaria poco más tengo que decir tras lo expuesto por Sergio García Ramírez en su reciente y magnífica edición *Los reformadores. Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado*, editado por Tirant lo Blanch en México y Valencia en 2014. No se olvide el tlaxcalteca Manuel de Lardizábal y Uribe, a quien su prudente reformismo no le aconsejó sumarse a la abolición de la pena de muerte⁵.

En el último número de la *Revista de Occidente*, una de las más vivas fundaciones de José Ortega y Gasset, José Manuel Cuesta recuerda «que don Quijote lee el mundo real según los libros que ha frecuentado»⁶. Así me pasa a mí con México, lo pienso según lo que he leído. Y como los semióticos bien conocen y lo intuía Ortega ya en su primer libro, *Meditaciones del Quijote*, lo que se lee se entiende según lo que al sujeto le gusta o le preocupa.

A mí, como es lógico, me gusta y preocupa la cuestión penal y, en especial, la legitimidad de los delitos y la humanidad de las penas. Lo que me gusta y preocupa, quizá por la intensa lectura en tiempos de estudiante, es la obra del marqués de Beccaria, lectura habitual de entonces entre los estudiantes. El libro que se captaba cinematográficamente, pues nuestra vida cotidiana en el tiempo de la Dictadura de Franco era una representación real del Antiguo Régimen: delitos ilegítimos, penas crueles y tortura.

O sea, que todo lo que les cuente de mi México, ciudad y patria, está constituido por mi vocación beccariana, así como por la vocación por deshacer entuertos y soco-

4 Investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha, en Cuenca, en 2005. La última vez fue también en Toledo, cuando recibió de S.M. el Rey Juan Carlos, junto con Luiz Inácio Lula da Silva, el Premio Don Quijote, instituido por el Gobierno de Castilla-La Mancha y el grupo El País. Vid. *El País*, 24 de julio 2008.

5 Vid. Mi ensayo Francisco de Goya: Contra la crueldad del sistema penal y la pena de muerte, en *Francisco de Goya. Contra la crueldad de la pena de muerte*, Luis Arroyo y Juan Bordes (Editores), UCLM, Madrid y Cuenca, 2013, p. 27 y ss.

6 José Manuel Cuesta, en *Revista de Occidente*, números 422-3, 2016, p. 30.

rrer a los débiles, lo que seguramente viene también de la lectura del *Quijote* mismo. Cervantes es buen conocedor de delitos y delincuentes y de las cárceles, de las que dijo todo y las calificó cabalmente: «*donde toda incomodidad tiene su asiento y todo triste ruido hace su habitación*», que se encuentra en el prólogo de la Primera Parte. Él las conoció todas, desde las de Argel hasta las de Sevilla; más como un día jure proclamar y defender ante los académicos de la Argamasilla⁷, diré que también fue en la cárcel-cueva de Medrano donde comenzó la escritura del *Quijote*.

1. Mateo Alemán y el Quijote en México

América, en general, y México, muy en particular, es temprano destino de emigrantes letrados. Además de letrados civiles y eclesiásticos que vienen a cumplir su propio cargo, arriban también otros a su *riesgo y ventura*. Uno de ellos es el autor del *Guzmán de Alfarache*, Mateo Alemán, que además de literato es contador del rey. Es en esa condición en la que elabora el informe taquigráfico como inspector de las minas de azogue de Almadén, madre de todo el producto capaz de convertir el mineral en plata. Y el rey les envió a las minas, que también se llamaban galeras, no sólo porque le preocupara que hubiera menos azogue, sino porque le faltaban presos galeotes y se sospechaba maltrato y abuso de bienes reales. Todo lo estudió Germán Bleiberg⁸ y lo publicó. Yo me ocupé del asunto en el texto «Delitos y penas en *El Quijote*»⁹. Para muchos hombres de mérito fue y es México territorio de ventura, así lo dice Mateo Alemán al rey en su petición: «*Majestad, he gastado la mayor parte de mis bienes en estudios de lecturas de letras humanas y he escrito algunos libros, me hayo al presente desacomodado y con deseo de proseguir a su servicio en las Indias donde los virreyes y personas que gobiernan tienen necesidades de personas de suficiencia*».

Mateo Alemán llegó a México en 1608. En su expediente no se encontró tacha de sangre, cuya presencia en la de Cervantes le impidió acceder al permiso para cruzar el océano. Publicó aquí en 1609 su *Ortografía castellana*, protegido por el arzobispo García Guerrero, a quien dedicó luego unas honras fúnebres notables. Aquí se perdió su destino hasta hace poco, al encontrarse el expediente de ausencia

7 Vid. Juicio crítico literario; *Los Académicos de Argamasilla*. Encausado: Luis Arroyo Zapatero, Rector de la Universidad, Gabinete de Comunicación de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1995.

8 Bleiberg, G.; El 'informe secreto' de Mateo Alemán sobre el trabajo forzoso en la Minas de Almadén, en *Estudios de Historia Social*, revista del Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social. números 2-3, julio-diciembre 1977, pp. 357-443. http://www.uclm.es/ceclm/b_virtual/libros/mateo_aleman/index.htm

9 En revista *Añil*, número 1, 1993. Está disponible en mi blog: www.blog.uclm.es/luisarroyozapatero.

instado en Sevilla por su abandonada esposa: muerto en la pobreza¹⁰. Américo Castro llegó a decir que sin la grandiosa visión del mundo que presentó en su *Guzmán* no tendríamos *Quijote*. Ni más, ni menos. Bien parece que el permiso para viajar a las Indias llegó tras dar Mateo todas sus propiedades, incluso los derechos de venta de la parte segunda de su *Guzmán*, a un secretario del rey, si bien no se sabe si lo cedió por obtener el visado o, además, por saltar el control de sangre hebrea.

Posiblemente el ejemplar del *Quijote* que se trajo Mateo Alemán no fue el primero en llegar a México, ni mucho menos al resto de América, pues recién publicado el libro se embarcaron para Cartagena de Indias dos cajas con un total de 100 ejemplares, cuya entrada nadie obstaculizó, y se pagó la pertinente alcabala. Por cierto, se dice por autoridades de fundamento que toda la primera edición fue prácticamente a las Américas. Así, con tal destino se ha contabilizado más de la mitad de esa edición, 500 ejemplares. Y cuenta Francisco A. de Icaza que en el mismo año se desembarcaron en San Juan de Ulúa no menos de 260 ejemplares. Narra además algunas incidencias con las que su distribución topaba por ser considerada romance, que contiene «cosas profanas y fabulosas y historias fingidas»¹¹¹².

El Quijote y Sancho Panza pasan del papel impreso a la cultura popular bien pronto en las procesiones y cortejos. La primera aparición documentada de Don Quijote y Sancho Panza tiene lugar en tierras del Cuzco, ya en 1607. En la Nueva España aparecen en la vida pública y festiva en 1621. A diferencia de hoy, en que lo que realmente existe y ocurre es lo que se transmite por los medios de comunicación de masas, en aquellos lejanos tiempos, sin medios y con tan reducido número de lectores, no existía más que lo que salía en los desfiles y las procesiones. Los artífices de la insigne platería de México hicieron la más grandiosa máscara que hasta hoy se ha visto en Nueva España, y fue con motivo de las fiestas de beatificación del patrón madrileño San Isidro. Pasó la mascarada comenzando por la famosa calle de Tacuba. Además de otras máscaras, desfilaron Belianís de Grecia, Palmerín de Oliva, todos de justillo colorado, lanzas, rodela y casco, en caballos famosos y, para completar, en dos camellos, Mélia la Encantadora y Urganda la Desconocida, además de Sancho, Dulcinea y los enanos encantados montados en avestruces. Tras ellos venían doce caballos cubiertos de pieles de toro bravo con sus cuernos y todo, que fue la primera vez que se vieron en América tan fieros animales. Todo lo relató y mandó imprimir en México en 1621 el platero Juan Rodríguez Abril:

10 Así lo acaba de establecer Pedro Piñero Martínez, catedrático de Sevilla, coordinador de *La obra completa* de Mateo Alemán en edición de Iberoamericana / Verbuert, 2016.

11 Vid. Rodríguez Marín, F.; *Documentos referentes a Mateo Alemán y a sus deudos más cercanos (1546-1607)*, Madrid, 1933, p. 357.

12 Luis González Obregón, «De cómo vino a México *Don Quijote*, en *México viejo y anecdótico*», Espasa-Calpe Mexicana, México, 1966, pp. 37-40. Disponible en http://cvc.cervantes.es/literatura/quijote_america/mexico/gonzalez.htm

«Verdadera relación de una máscara, que los artífices del gremio de la platería de México y devotos del glorioso San Isidro el labrador de Madrid, hicieron en honra de su gloriosa beatificación»; se ha reproducido en Centro Virtual Cervantes, al cuidado de María Valero¹³.

En México es donde he aprendido que el *Quijote* se lee con perspectiva y provecho diferente según la edad de lector. Lo explicaba divinamente el académico mexicano de la lengua, José Rubén Romero, en una composición de 1947, que mi amigo, admirado artesano y filósofo de la edición, Miguel Ángel Porrúa tuvo la generosidad de reimprimir y dedicarme, y de la que yo he dispuesto como presente desde el corazón de La Mancha. Jorge Volpi ha enriquecido el asunto y advierte que el *Quijote* se lee de modo diferente en cada época¹⁴. No sé dónde lo aprendí, pero lo práctico y lo enseño a todos quienes en cualquier edad no han leído el *Quijote*, y es que me preocupa que sean cada vez en mayor número. *El Quijote* se debe leer por capítulos sueltos, al amor del dedo pulgar, abrir por el capítulo que toque, disfrutarlo con tanta inteligencia y diversión como el *Quijote* atesora, para luego dejarnos llevar por la constante provocación al desarrollo de ideas propias o del suave sueño.

2. Quijotes mexicanos: Francisco I. Madero e Isidro Fabela

A México lo he leído desde el *Quijote*, y aquí he encontrado numerosas réplicas. Para mí, el primero de los Quijotes modernos fue sin duda Francisco I. Madero. No creo que quepa fuera de este arquetipo otra comprensión de su personalidad, de la tenacidad en su lucha por la idea de lo justo y de la política del «voto efectivo y no reelección», así como de su compromiso con las necesidades sociales y con tanta ingenuidad descorazonadora como la que le desguarneció de los enemigos de lo nuevo y que llegó a la traición y al asesinato. Un Quijote mártir.

Con emoción he reconocido en mi último viaje el terreno de la ciudadela, el lugar de los traidores y plataforma del bombardeo del Palacio Nacional en aquél *febrero de Caín y de metralla*, del soneto de Alfonso Reyes en recuerdo de su padre¹⁵. Tortura y muerte, primero de su hermano Gustavo y luego de Madero y de Pino Suárez. Lo han contado muchos, pero me gusta mucho Francisco Taibo II en su *Temporada de zopilotes*. Crueldad supina lo que se hizo y bien lo documenta el entonces emba-

13 En el Centro Virtual Cervantes: http://cvc.cervantes.es/literatura/quijote_america/mexico/mascara.htm (Consultado el 5 de agosto de 2016).

14 Volpi, J.; Don Quijote en América, en *Territorios de La Mancha. Versiones y subversiones cervantinas en la literatura hispanoamericana. Actas del VI Congreso Internacional de la Asociación Española de Estudios Literarios Hispanoamericanos*, Matías Barchino Pérez (Coord.), UCLM, Ciudad Real, 2007, p. 313 y ss.

15 Vid. 9 de febrero de 1913, en Alfonso Reyes, *Obras completas*, volumen X, p. 146.

jador de Cuba en la capital, testigo en primera fila de la conspiración¹⁶. Grandísima impresión me produce la Revolución mexicana que sigue a la Decena Trágica. No necesito mucha exégesis de ciencia política, la fuerza de la revolución se entiende muy bien en la novela de don Mariano Azuela ya citada.

Naturalmente hubo hechos horribles, sobre todo las violencias innecesarias, que son las más propias crueldades. Me identifiqué fácil con los protagonistas, pues soy desde joven proclive a la solidaridad, a lo que llama el Papa Francisco *misericordia*, que es, más allá de lo religioso, el abrir el corazón a los necesitados, pobres y presos, y comprometerse más allá de la compasión en la activa solidaridad.

Fruto de aquel terremoto es la Constitución mexicana de 1917, cuyo centenario nos aprestamos a conmemorar. Me emociona saber que obedeció al mismo impulso político liberal y progresista de la de Weimar y la de la República Española. Seguro que habrá muchas sombras, pero los mexicanos supieron darse un sistema político que les ha evitado dictaduras imperfectas —que son las que precisamente por ello más dolor y sangre producen—, así como varias guerras civiles, hasta este nuevo milenio.

Isidro Fabela

Y a otro personaje como Quijote mexicano quiero aquí evocar: Isidro Fabela. Para honrarle sobran razones. La primera, haber sido el embajador en Madrid y delegado en la Sociedad de Naciones en los años de la presidencia de Lázaro Cárdenas y haberse convertido en el augur de las desgracias que iban a apoderarse de España, de Europa y al final de todo el mundo en los años 30. Para mí, la más importante, y segunda razón, es el haber puesto el foco de luz sobre el significado de la guerra de España y haber encendido la idea de la más gloriosa acción solidaria para con refugiados políticos que se ha realizado nunca, a lo que dediqué la lección final del Congreso del 40 aniversario del INACIPE¹⁷. La tercera razón es la afición de don Isidro a Cervantes y al *Quijote*. Este fue el asunto de su lección de incorporación a la Academia Mexicana de la Lengua en el año 1953. La que aquí se cita es la edición que se hizo de sus textos en 1966, con el patrocinio de un nutrido grupo de españoles de la revista *España Peregrina* y del presidente de la República, Adolfo López Mateos, preparado por el hispano-mexicano José María González de Mendoza, con el título *A mi señor Don Quijote*.¹⁸

Y en esta tercera razón para coronarle como Quijote mexicano cuenta su temprana y juvenil salida antes del alba cuando en 1911, como jefe de los modestos

16 Vid. Márquez Sterling, M.; *Los últimos días del presidente Madero. Mi gestión diplomática en México*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México 2013.

17 La balsa de piedra de la ciencia penal liberal: México y el INACIPE, mayo de 2016, ver aquí en el capítulo anterior.

18 Isidro Fabela, *A mi señor Don Quijote*, México, 1966.

defensores de oficio en lo penal de esta ciudad, le compone una carta al presidente Madero instándole a que visite lo antes posible la Cárcel de Belén, pues se encontraba en condiciones imperdonables de incuria «que la intervención del ejecutivo requería con urgencia, no para reformar la prisión, sino para derrumbarla, no dejando rastros de ella»¹⁹.

Pero volvamos a los libros con los que leí México. El primero y principal fue el de Bernal Díaz del Castillo. Viví con él la epopeya del grupo de hombres de ventura que capitaneó Hernán Cortés desde Cuba. Con ellos navegué, conocí la conexión con la princesa esclava en Campeche, la fundación de Veracruz y el camino hasta Tenochtitlán y me emocioné con el relato de lo visto desde el Popocatepetl, cuando a la búsqueda del azufre necesario para la pólvora, dieron de ojos con el paraíso. Vale para expresarlo una frase de Bernal Díaz al describir 50 años después lo que encuentran los hombres de Cortés, particularmente ante la vista de Tenochtitlán, ya desde los cerros, que Cortés compara a una nueva y gigantesca Venecia, y cuando penetran en ella y admiran sus palacios sobre la laguna, sus pirámides, los parterres flotantes de flores, los miles de piraguas, los colores y magnificencia de los vestidos de Moctezuma y sus gentes dicen:

Al ver todas esas ciudades, asentadas tanto en el agua como en tierra firme, y esta amplia calzada, toda recta que conducía a Méjico, nos sentíamos llenos de admiración y nos decíamos que todo aquello parecían las moradas encantadas descritas en el libro de Amadís de Gaula. En efecto, ¿qué otra cosa podíamos pensar ante las altas torres, los templos, los edificios construidos en medio del agua, ni más ni menos, que de piedra. Alguno de nuestros soldados se preguntaba incluso si no estarían en mitad de un sueño, lo cual no es sorprendente ya que yo mismo no sé cómo haceros sentir lo que nosotros sentimos en una situación jamás vivida por nadie, jamás oída y quizá jamás imaginada.

Una «ciudad anfibia», dice hoy de ella Gonzalo Celorio²⁰. La verdad es que me llegó a obsesionar ese conquistador tan especial, bien alejado del pastor de oficio o del militarote desmoralizado tras terminar una buena guerra de religión y reconquista de sólo ocho largos siglos, que había sido estudiante en Salamanca y letrado en Valladolid. Le dediqué un librito con el pretencioso título: *El mundo en la cabeza de un estudiante en torno a 1500*, o sea, Hernán Cortés²¹.

19 Lo cuenta el editor del libro citado, González de Mendoza, en su presentación, p. VI. Sobre la Cárcel de Belén hablaremos más adelante.

20 En Gonzalo Celorio, *México, ciudad de papel*, Tusquets Editores, México, 1997.

21 Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1994. Disponible en abierto en mi blog; en la página 93 puede verse el texto reproducido: <http://blog.uclm.es/luisarroyzapatero/2013/07/23/el-mundo-en-la-cabeza-de-un-estudiante-en-torno-a-1500-hernan-cortes/>

La destrucción de la Venecia americana y la construcción y evolución de la Ciudad de México es también objeto de mis lecturas, desde los diálogos de Cervantes de Salazar hasta las bien contemporáneas de Carlos Monsiváis, Vicente Quirarte, Gonzalo Celorio y Héctor de Mauleón, pasando por Artemio Valle Arizpe, Agustín de Vetancourt, Juan de Vieyra y Salvador Novo, su compilador moderno. Todos grandes cultivadores del elogio de la calle para conocer el alma de la ciudad, como dice Vicente Quirarte²².

Al filo de mi primer viaje, repuesto de mi sorpresa al comprobar que de aquella espectacular Venecia no quedaba más resto que Xoximilco, me apresuré a conocer la ciudad nueva de la mano de los jóvenes profesores de la universidad recién fundada.

3. La ciudad espectáculo: Bernardo de Balbuena y Francisco Cervantes de Salazar

Lo cierto es que en poco tiempo la ciudad nueva se convirtió en espectáculo. Testigo de fiar es mi paisano de Valdepeñas, capital ya entonces del vino manchego, Bernardo de Balbuena²³.

*De la famosa México el asiento,
origen y grandeza de edificios,
caballos, calles, trato, cumplimiento,
letras, virtudes, variedad de oficios,
regalos, ocasiones de contento,
(...)
esta ciudad famosa,
centro de perfección, del mundo el quicio
(...)*

En verdad, cuando acaba el siglo XVIII la ciudad de México contaba con 64 iglesias, 50 capillas, 52 conventos y 13 hospitales, además de una universidad que al poco de su fundación tenía más de ochenta doctores graduados²⁴.

²² Elogio de la calle. Biografía literaria de la Ciudad de México (1850-1992), Cal y Arena, México, 2010.

²³ Bernardo de Balbuena, *Poesía lírica*, Matías Barchino (Editor), Diputación de Ciudad Real, 2000.

²⁴ Destaca hoy sobre la ciudad novohispana y sobre la Plaza Mayor, María José Rodilla León, *Aquestas son de México las señas*, México, Iberoamericana, 2014, pp. 254 y 261. También las contribuciones en el excelente número monográfico sobre *Virreinos* de la revista digital *Destiemplos.com*, marzo-abril 2008, número 14, pp. 216-300, de Rubial García, A.; *De la visión retórica a la visión crítica. La Plaza Mayor en las crónicas virreinales*, pp. 413-429; Sanz Camañes, P.; *Poder y poderes en las ciudades-capital de los virreinos durante los Austrias*, pp. 430-441; y Miño Grijalba, M.; *La ciudad de México en el tránsito del Virreinato a la República*, pp. 460-471.

Pero como decía, para conocer la ciudad tan renombrada lo mejor es dejarse guiar por el catedrático y dos veces rector de la Real y Pontificia Universidad de México, Francisco Cervantes de Salazar, quien en uno de sus famosos diálogos nos hace de extraordinario guía²⁵. A mí me gusta salir con Zuazo y Zamora y sumarme al forastero Alfaro, a caballo como ellos por ver mejor la belleza y la inteligencia de su arquitectura y de su urbanismo. Se comienza siempre por la calle de Tacuba para dar a la plaza. Aprovecho que hasta Joaquín García Icazbalceta no logra comprender bien la estructura urbana de 1554 para trastocar algunas cosas de sitio. En mayor medida nos orienta más recientemente Miguel León-Portilla en su introducción a la edición de referencia y en su comentario al mapa de México de 1550. Es más, para que me cuadre el argumento trastocaré también los tiempos, si fuera conveniente a la narración, que será principalmente la que interesa más al penalista, con la venia de los historiadores de la ciudad.

4. La Plaza Mayor y la del Volador, lugares de ejecución

La entrada en la Plaza Mayor sería de pasmo, a pesar de la presencia del Parián, dando vista a la Real Audiencia, al Ayuntamiento y a la Catedral. De allí me gusta recorrer hasta la universidad, pero pido a mis amigos que se detengan, pues entre el Parián y el palacio están los instrumentos del *ius puniendi*: la picota y la horca. En efecto, en la plaza, más bien en su cuarto entre el palacio, el mercado y la acequia, donde «Es tal la abundancia de barcas, tal la de canoas de carga (...) que no hay motivo de echar de menos las de Venecia»; y sigue Alfaro: «Al lado está la horca, a la que se entra y sube por una puerta con su escalera y a causa de su elevación se descubre desde lejos».

En realidad, horca y picota estarán allí hasta que el virrey Revillagigedo las desmante y desplace a la Plaza del Volador, donde desde entonces se ejecutaron las penas capitales, hasta que se levantó sobre ella el magnífico edificio de la Suprema Corte. El solar estaba predestinado a tan alto destino, pues era el lugar de la ceremonia del *fuego nuevo* que tenía lugar cada 52 años²⁶.

25 Hay edición digital de la UNAM: Joaquín García Icazbalceta (autor de la versión castellana) y Miguel León-Portilla (introducción), en <http://www.historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/mexico1554/mex1554.html>

26 Sobre la historia de la Plaza del Volador vid. Rivera Cambas; *México pintoresco, artístico y monumental. Vistas, descripción, anécdotas y episodios de los lugares más notables de la capital...*, Imprenta de Reforma, México, 1880, pp. 144-150. Disponible en abierto en el formidable archivo digital de la Universidad Autónoma de Nuevo León: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080010868_C/1080010869_T2/1080010869_T2.html.

Las casas municipales albergan a los dos alcaides, que Zamora señala que tienen facultad de imponer la pena capital. Arriba esta la sala del Cabildo y a sus espaldas la cárcel de la ciudad, pues la real está en el palacio y lo seguirá estando hasta con su cuartito del tormento.

Pero llegados a la esquina preguntamos por una casa que hay entre el palacio y la trasera de la Plaza del Volador, de la que se oyen salir voces como de gente que grita. Zuazo nos responde: «es el santuario de Minerva, Apolo y las Musas, la escuela donde se instruyen en ciencias y virtudes los ingenios incultos de la juventud». O sea, la universidad, digamos nosotros, a lo que él añadiría «los que gritan son los profesores». En lado contrario del palacio respecto de la Universidad estaba el palacio arzobispal, más que palacio, fábrica, pues hasta las campanas tenían allí su fragua y, naturalmente, la cárcel eclesiástica. Por ser tal podría servir también de cárcel universitaria, pues fuero propio tenía Salamanca y no creo que se restringiera aquí. Me comprometo a estudiar este asunto en complemento de un bonito trabajo que en su día titule: «De cuando los rectores tenían cárcel propia», espacio que yo en mi oficio eché mucho de menos. A las puertas de la cárcel episcopal fue muerto el licenciado Primo de Verdad, primera víctima liberal de la crisis de 1808, por hereje, es decir, por entender que la soberanía popular estaba por encima del derecho divino, como le reprochó el inquisidor Bernardo Prado y Ovejero.

5. Horca, picota y las tribulaciones de los virreyes

No debemos empero dejar la plaza sin más, pues en ella lucen la picota, la horca y la fuente, los dos primeros símbolos máximos del *ius puniendi*. No falta tan curioso mobiliario en ninguno de los planos de esta época, hasta que el virrey Revillagigedo actuó como gran urbanista y tutor de la salud pública. Tapó el canal o acequia, cubriéndole de lajas de piedra, cambió la fuente por otra limpia, de caños abiertos sin depósito de aguas que eran depósitos de todo y la horca se la llevó a la Plaza del Volador. Esto último no lo hizo Revillagigedo sólo por razones de salud pública, que eran suficientes razones, pues la Plaza Mayor era sitio lleno de inmundicias, ya que allí se arrojaba todo lo corrompido del mercado. Había incluso unas letrinas descubiertas y sin diferencia de sexo, como ahora se establece en EE.UU., y sin que hubiera algo que las ocultara a la vista del público. Las pocilgas que cubrían la plaza quedaban abiertas y libres por la noche, cometiéndose en ellas toda clase de obscenidades. Pero lo peor era que, de día, además del permanente y desagradable cuadro general se les presentaban a la vista de virreyes, autoridades y visitantes en general, cuadros de nauseabunda fetidez. De la fuente y su contenido mejor ni hablar. Pero el virrey alivia la plaza además

para poner a resguardo su cabeza y que no le pasara como a su antecesor Matías de Gálvez. Lo explico porque pone de manifiesto que de las cosas hay que echar la culpa no sólo a los españoles sino, en su caso, también a los romanos.

Y es que en Roma cualquier condenado a muerte que se encontraba camino de la ejecución con el *Pontifex Maximus*, recibía el indulto de modo automático. No se solía producir el encuentro y mucho menos en Madrid, donde el rey se movía con impresionante trajín. Pero en México, si se comenzaba a encaminar al justiciable a la horca y el virrey salía de palacio y topaba con el reo, el indulto era inevitable. Bien es cierto que pendiente de confirmar siempre por Su Majestad. El caso es que a don Bernardo de Gálvez se le aparecieron en el camino dos desgraciados que iban para su ejecución al ejido de la Concha, que por lo tanto quedó suspendida. Los maledicentes achacaron a Gálvez el comportarse como si el mismísimo rey fuera, falaz y peligrosísima sospecha que se agigantaba cuando se denunció que había ordenado levantar el Castillo-Palacio de Chapultepec. La infamia era que quería ser rey. Por ello le denunciaron los criollos, los mismos que luego no quisieron saber nada de Cádiz en 1808, bien es cierto que sometidos todos a la natural confusión de tener tres reyes seguidos en menos de dos meses y enterarse de todo en un solo día, para ser el último de ellos un francés, José Bonaparte. De Francia, dijeron, no queremos nada, ni tampoco quisieron saber luego mucho más de Cádiz y de la Constitución de 1812²⁷.

Todo ha sido muy bien narrado por el embajador y novelista Eduardo Garrigues en su recién publicada novela sobre De Gálvez, *El que tenga valor que me siga*²⁸. Al pobre virrey, al más ilustre general, que había ganada la batalla de Pensacola y expulsado a los ingleses del seno mexicano, contribuyendo así decididamente a la independencia de Norteamérica, le entraron unas fiebres que lo llevaron al otro mundo. Mataban más los disgustos que daban los criollos que los cañonazos de los ingleses. Don Bernardo procuró que una real orden hiciera el relato oficial del asunto y se dispusiera de ahora en adelante «que el Juez de la Acordada avise al Virrey del día y hora de las ejecuciones de sentencias capitales, y que el Virrey no salga en público mientras lleven los reos al suplicio»²⁹.

Le siguió en el cargo Revillagigedo, quien hizo una obra titánica. El memorial que deja a su sucesor es el memorial de las infamias, la de los criollos y poderosos que acataban, pero no cumplían las leyes de protección de los indios, y la

27 Vid. Rafael Estrada, *Monarquía y nación entre Cádiz y Nueva España*, México, Porrúa, 2006.

28 Garrigues, E.; *El que tenga valor que me siga*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2016. Don Artemio de Valle Arizpe se inclina por la teoría de la conspiración, lo que no concuerda con nuestro personaje, vid. su libro *Virreyes y virreinas de la Nueva España*, Porrúa, México, 2000 p. 212 y ss.

29 Real Orden de 5 de agosto de 1786 en *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España, y providencias para su Superior Gobierno*, Felipe de Zúñiga y Ontiveros, México, 1787, p. 359.

infamia de la burocracia centralista que obligaba al virrey a someter a Madrid toda decisión relevante.

Pero observemos detenidamente el panorama que veía el virrey al levantarse por la mañana en los días de ejecución. El grabado, bien conocido, representa la ejecución capital con todo el boato. Pudiera el grabado representar muy bien la conclusión de la primera tarea urgente que tuvo Revillagigedo para mostrar eficacia, justicia e igualdad en el trato de residentes y peninsulares. Se trataba de Joaquín Dongo, rico comerciante y albacea del virrey De Bucareli, que había sido asaltado en su casa y asesinado. Con la celeridad propia de una buena policía en verdad inexistente en 15 días se averiguaron los culpables, que resultaron ser tres gachupines y fueron enjuiciados, condenados a muerte y ejecutados, como ha estudiado muy bien Odette María Rojas,³⁰ pero como dos alegaron fuero de nobles por ser vascos (*sic*) reclamaron ser ejecutados a garrote y no en la horca como el otro, que resultó solamente ser de las Islas Canarias. Todos fueron llevados a la Plaza Mayor y se hizo uso de la horca y de dos de los cuatro palos de su instalación para dar el garrote. Decía don Constancio Bernaldo de Quirós en *La picota en América* que México encontró una gran solución para combinar la picota y la horca, armando una gran horca sobre la picota misma³¹. El artefacto del garrote no era bien conocido, parece que se empleó por vez primera en América en Veracruz, donde causó gran sensación en 1771 con un *negrito*, reo del entonces «pecado nefando»³². Repárese en que, frente a la horca, tan fisiológicamente ignominiosa, el garrote era privilegio de nobles, aunque fueren de tan reducida condición como los dos hijosdalgo vizcaínos. La relevancia del método ejecutivo se advierte en el hecho de que las Cortes de Cádiz abolieron la horca y la sustituyeron por el moderno artefacto del garrote, igual para todas las clases; lo que también había hecho tres años antes José Bonaparte, pero no Fernando VII, quien tornó a la horca muy tardíamente, en 1832, cuando ofreció a su esposa la reina, en su cumpleaños, la vuelta general al garrote, aunque diferenciado por clases de delitos y de personas. El fundamento del Real Decreto de 4 de abril merece lectura, pues muestra tanto la falsía del rey como el espíritu humanista del secretario que lo redactó:

30 Odette María Rojas Sosa, *El caso Joaquín Dongo. Ciudad de México, 1789: un acercamiento a la administración de justicia criminal novohispana*, tesis de Maestría en Historia, dirigida por Teresa Lozano Armendares, UNAM, México, 2011.

31 Bernaldo de Quirós C., *La picota en América*, J. Montero Editor, La Habana, 1948, p. 11 y figura 17.7.

32 *Op. cit.* p. 118 y ss. Al reo le dieron los frailes la mejor cena de su vida, que incluyó limonada fría con nieves de la Orizaba, entre otras vituallas.

«Deseando conciliar el último e inevitable rigor de la justicia con la humanidad y la decencia en la ejecución de la pena capital, y que el suplicio en que los reos expían sus delitos no les irroque infamia cuando por ellos no la mereciesen, he querido señalar con este beneficio la grata memoria del feliz cumpleaños de la Reina mi muy amada esposa, y vengo en abolir para siempre en todos mis dominios la pena de muerte en horca; mandando que adelante se ejecute en garrote ordinario la que se imponga a personas del estado llano; en garrote vil la que castigue los delitos infamantes sin distinción de clase; y que subsista, según las leyes vigentes, el garrote noble para los que corresponda a la de hijosdalgo».

Los franceses en el contexto cientificista de la revolución encontraron una ejecución más humana en la máquina de la guillotina³³.

La picota servía para exponer el cadáver del ejecutado o sus miembros previamente descuartizados, lo que formaba parte de la pena. En España se llega a descuartizar al general Del Riego en la brutal reacción de Fernando VII al Trienio Liberal en 1823. Pero los miembros podían ser distribuidos en diferentes escenarios. Así, el verdugo de los asesinos de Dongo, tras destruir el cuchillo homicida, amputa las manos, una para colgar en el dintel de la casa de la víctima y otra para el lugar donde se escondió el botín. Se prohibía retirarlas *so pena de vida*. Las cabezas eran buen instrumento para inspirar miedos y lo inexorable del castigo. Así se hizo con las de Miguel Hidalgo, Ignacio Allende, Juan Aldama y Mariano Jiménez, en sendas jaulas de hierro en las cuatro esquinas de la Alhóndiga de Granaditas de Guanajuato.

6. Las Tablas de la Conquista del Museo de Buenos Aires y la fundación de las ciudades

Un cepo solía haber en la puerta de la cárcel del Palacio, edificio que en alguna ocasión sirvió de palo de horca al colgar al condenado de alguno de sus balcones³⁴. La horca y la picota que remueve Revillagigedo estaban en la plaza desde el principio de la refundación de la ciudad. Incluso el Tzompantli puede verse como referencia previa y de similar función³⁵. Lo sabemos bien desde la fundación de Veracruz: traza urbana, plaza, iglesia, horca y picota. Lo narró Bernardo de Vargas Machuca en su *Milicia indiana* (1599)³⁶, de donde podemos concluir que su insta-

33 Para todas estas cuestiones *vid.* mi ensayo Francisco de Goya. *Contra la crueldad del sistema penal y la pena de muerte*, en *Francisco de Goya contra la crueldad de la pena de muerte*, Luis Arroyo y Juan Bordes (Editores), UCLM, Madrid y Cuenca, 2013, p. 27 y ss.

34 Cfr. Rodilla León, *Aquestas son de México las señas*, cit. nota 23, pp. 121 y 137.

35 *Vid.* Emilie Carreón Blaine, Tzompantli, horca y picota. Sacrificio o pena capital, en *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*, núm. 88, 2006, p. 5 y ss.

36 Bernardo de Vargas Machuca, *Milicia indiana*, presentación de Oscar Rodríguez Ortiz, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1994.

lación pertenecía a la liturgia de la fundación de las ciudades. Para verlo nosotros hoy tenemos el privilegio de poder acudir a las *Tablas de la Conquista* de México en una serie de 22 óleos sobre madera y con incrustaciones de nácar, que pertenece a los fondos del Museo Nacional de Bellas Artes de Buenos Aires y llegaron a ser expuestos en México en 1997 en el Museo de El Carmen. Una completa referencia a este biombo ha sido realizada por América Malbrán³⁷. De nuestro especial interés es la III, en la que se advierte a la perfección el acto ritual de levantar horca y picotas en el centro de la plaza.

Merece la pena leer lo que se preceptúa para después de que caciques y españoles hayan preparado un gran árbol en agujero profundo, dejándolo derecho y bien hincado: El caudillo tomará un cuchillo y le hincará en el palo y dirá

«Caballeros, soldados y compañeros míos y los que presentes estáis, aquí señalo horca y cuchillo, fundo y sitio la ciudad de [la que se trate] (...) y mantendré paz y justicia a todos los españoles conquistadores, vecinos y habitantes y forasteros y a todos los naturales, guardando y haciendo tanta justicia al pobre como al rico, al pequeño como al grande, amparando las viudas y huérfanos».

Después se procederá al *Reto*, como se dijo que hizo Cortés en Veracruz: «Y luego, armado de todas sus armas (para cuyo efecto lo estarán) pondrá mano a su espada y haciendo con ella campo bien ancho, entre la gente, dirá arrebatándose de cólera: Caballeros, ya yo tengo poblada la ciudad de [tal] en nombre de su majestad»³⁸.

En la ciudad de México había más lugares de ejecución. Poco más adelante, en nuestra cabalgada de paseo, al describir el mercado de Tlatelolco, dice Zamora que allí está «la casa de gobernador, que ellos llaman cacique, contigua queda la cárcel para los reos indios... y en el centro de la plaza la horca», a manera de torre, siempre con pretensión de ejemplaridad, de prevención general diríamos hoy. Se trataba de un patíbulo para indios, del mismo modo que hubo más tarde otro tan específico para naturales que quedó confinado más allá de los renovados límites de la ciudad, en la plaza de la Romita. Buñuel dio a la plaza conocimiento universal, al rodar en ella para *Los olvidados*, de 1950, un diagnóstico acertadísimo y crítico de las causas y condiciones de la conducta desviada de los jóvenes, un moderno Lazarillo de Tormes, con música de Cristóbal Halffter y sobre temas de Gustavo Pittaluga. Queda allí una placa de bronce en su recuerdo. Fue la película tan duramente escandalosa para la buena sociedad mexicana como lo debió de ser en Brasil en 1937 la novela de Jorge Amado, *Capitanes de la Arena*, que llegó a ser prohibida por el gobierno de Vargas.

37 América Malbrán; *Las Tablas de la Conquista en el Museo Nacional de Bellas Artes de Argentina*, en revista electrónica Imágenes, Instituto de Investigaciones Estéticas de la UNAM, 2010. Disponible en línea en www.academia.edu. [Consultado el 5 de agosto de 2016.]

38 Cfr. De Vargas Machuca, *op. cit.*, p. 105.

Con todo, a pesar de Revillagigedo, se volvió de vez en cuando a ejecutar en público y con cuanto mayor posible mejor, es decir, de nuevo en la plaza. Así lo vio el viajero inglés Bullock: dos reos a los que se dio garrote y después de muertos se los izó con una cuerda al cuello hasta lo más alto del patíbulo, donde quedaron expuestos un corto espacio de tiempo³⁹.

7. Lo cotidiano de los lugares de ejecución en la época: Callot, Bosco y Brueghel

En verdad los lugares de ejecución y sus instalaciones pertenecen al paisaje de las ciudades de Europa y América de aquel tiempo. Si con motivo del centenario de El Bosco repasamos a éste y a su seguidor Brueghel no solo veremos maravillas como *El jardín de las delicias*. Observaremos también cómo en la representación de las ciudades el centro es siempre el lugar de las muertes de Justicia. Lo vemos ya en la obra de Jacques Callot, en el catálogo que tituló anticipando a Francisco de Goya: *Les Misères et les Malheures de la Guerre*, que comportan además de una escena de ejecuciones en masa en el campo militar, un muestrario de los horrores capitales en la plaza mayor de la ciudad flamenca durante la guerra de los 30 años, en torno a 1630⁴⁰. La publicidad masiva de las ejecuciones capitales estaba destinada a la ejemplaridad y a la amenaza mortal para quienes incumplan las reglas. La tortura está bien presente como terrible mal inexorable del sufrimiento para averiguación de la verdad. El pie de la estampa dice en francés: «Mira lector cómo la justicia mediante suplicios tan diversos y para la tranquilidad del Universo castiga la malicia de los malvados. Por lo que ves conviene que evites los delitos, y librate así de los castigos».

8. La Inquisición: Pedro Berruguete, Francisco Rizi de Guevara y la pintura del auto de Otzolotepec

Nuestros amigos de un Diálogo de Cervantes de Salazar siguen al paso de sus caballos y se llegan hasta la plaza y portales de Santo Domingo. Aquí nos diría Don Quijote, «con la iglesia hemos dado», pues además de portales de escribidores y el convento de los dominicos damos con el Palacio de la Inquisición, tema para un penalista, pues en ese ámbito se ejerce lo más agudo del *ius puniendi*, ya que se persigue no ya solo el cuerpo, sino la propia alma de los seres humanos.

39 En Piña y Palacios, J., *Discurso de ingreso*, cit., páginas 31 y 32.; Justino Fernández, *El atlas de la obra de Bullock*, UNAM, en www.analesiiie.unam.mx.

40 Vid. *Princes and Pauper. The Art of Jacques Callot*, Dena Woodall y Diane Wolfthal (Editors), Yale University Press, Houston, 2013. Grabados número 25, *Les supplices*, 30 e *L'Estrapade* y 30 f *La pensation*, en pp. 112 y 135.

Los mejicanos conocen a Buñuel mejor que los españoles, y les contaré que mi Universidad en Toledo alberga la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en el convento central y global de los dominicos, el de San Pedro Mártir, donde se encontraba –diríamos hoy– el *disco duro* de la Santa Inquisición. En dicho convento gustaba Buñuel de rodar alguna escena de las películas que hizo en España, por ejemplo, *Viridiana* y *Tristana*. Cuando investimos allí Doctor Honoris Causa a José Saramago, Don José pisaba con sumo cuidado las losas de los sepulcros, saltando las de los grandes inquisidores.

Me causa gran impresión visitar el edificio mexicano, fotografiar el escudo que ostenta la espada y la cruz, que, si estuviera pintada, lo estaría de verde, porque a la espada se acompañaba el fuego purificador, y se usaba la leña verde por durar más y producir más humo y alarma. Ya lo decía Bernardo de Balbuena:

(...) es de la de fe un alcanzar artillado,
terror de herejes, inviolable muro,
de atalayas divinas rodeado:
una espía, a quien no hay secreto oscuro,
que tiene ojos de Dios y el delincuente
aun en el ataúd no está seguro.

Para visitar el Palacio de la Inquisición disponemos de informadores y voluntarios guías, como don Artemio de Valle Arizpe, el buen conocedor de casi todo, pues tuvo acceso a actas de procesos inquisitoriales, en las que todo se anotaba como tomado taquigráficamente, papeles luego tristemente desaparecidos. Con ellos narra historias, y una es la visita de la virreina, esposa de Matías de Gálvez⁴¹.

Pues bien, en México los autos de fe se realizaban en la Plaza Mayor y en la del Volador, además de la Catedral, la iglesia de Santo Domingo y otras, y el quemadero se situaba en el frente del convento de San Diego, de lo que no queda más que un hermoso azulejo.

Un gran día de auto de fe se vivió el 10 de abril de 1649. Además de los pregones de vísperas por toda la ciudad, el 10 comenzaron a formar a las cuatro de la mañana en la sede del tribunal. Sacaron primero a los reos de la cárcel perpetua que daba a la calle de tal nombre, hoy República de Venezuela; salieron de la Plaza de Santo Domingo y de aquí por la Encarnación, Reloj, Palacio y puerta de Palacio hasta la Plaza del Volador, donde habían construido los arquitectos concertados un extraordinario estrado que había llevado tres meses. Tenemos una excelente descripción del

41 Artemio de Valle Arizpe, *op. cit.*, pág. 201 y ss.

cortejo y de los estrados, que hizo Manuel Ramírez Aparicio y que sintetiza María Luisa Rodríguez Sala. También puede leerse, además de en el acta oficial, en don Artemio de Valle Arizpe y otros⁴².

Tenemos datos, descripción y actas, pero no tenemos una gran pintura de la que nos podamos servir como la del extraordinario auto de fe de Madrid, compuesto el figurado de Santo Domingo de Guzmán por Pedro Berruguete en torno a 1495 y el pintado por Francisco Rizi de Guevara, narrado en la *Relación histórica del Auto General de Fe que se celebró en Madrid en el año de 1680*, por José del Olmo –quien además de Notario del Secreto era arquitecto de la Inquisición y de la Villa de Madrid así como cosmógrafo⁴³–, impresa por vez primera en dicho año y reimpressa en 1822, ya en el Trienio Liberal⁴⁴.

De México tenemos el dibujo que publicó Alfonso Toro en 1944⁴⁵ y el bien compuesto Auto de Fe de San Bartolomé de Otzolotepec, aun cuando éste era responsabilidad de la jurisdicción directa del arzobispado y excluía a la Inquisición por razones bien conocidas⁴⁶.

Los cuadros de Rizi y del auto de Otzolotepec lo dicen todo y solo tenemos que proyectarlos sobre los estrados y catafalcos, que está documentado que se

42 Ramírez Aparicio, M., *Los conventos suprimidos en México*. Estudios biográficos, históricos y arqueológicos (1861), Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos y Miguel Ángel Porrúa, México, 1982. El acta del Auto General de la Fe, 19 de noviembre de 1659, en el que se dio muerte a Guillén de Lampart, fue levantada por Rodrigo Ruíz de Zepeda, Imprenta del Santo Oficio, calle San Agustín, licencia de 20 de diciembre de 1659, que se encuentra en la Biblioteca Digital Mexicana. Sobre las liturgia de la justicia penal ordinaria vid. Salvador Cárdenas Gutiérrez, *El teatro de la justicia en la Nueva España. Elementos para una arqueología de la judicatura en la época barroca*, en Historia Mexicana, IV, 2006, p. 1179 y ss.

43 Faus Prieto, A., *Inquisidor, poeta y geógrafo. José Vicente del Olmo (Valencia, 1611-1696)*, en *Saitabi. Revista de la Facultat de Geografia i Història*, números 62-63 (2012-2013), pp. 93-117.

44 En la Biblioteca Nacional de España, versión digital de las dos ediciones con ese título (5.8.2016).

45 *Los judíos en la nueva España*, Documentos del siglo XVI correspondientes al ramo de Inquisición, Alfonso Toro (Compilador), FCE, México, 1993; La familia Carvajal. Estudio histórico sobre los judíos y la Inquisición de la Nueva España en el siglo XVI, basado en documentos originales y en su mayor parte inéditos, que se conservan en el Archivo General de la Nación de la ciudad de México, Editorial Patria, 1944. Sobre el auto de 1596 contamos ahora con extraordinaria edición del *Proceso inquisitorial contra Manuel Gómez Silvera*, por judaizante, iniciativa de Enrique Graue, actual rector y anterior decano de la Facultad de Medicina, cuyo edificio histórico ocupa el Antiguo Palacio de la Inquisición mexicana, que en su portada reproduce el dibujo citado. Con textos de Diego Valadés, Richard Kagan, et al., UNAM, Facultad de Medicina, 2014.

46 Lara Cisneros, G., *Los autos de fe para indios en el Arzobispado de México, siglo XVIII (1714-1755)*, en Rafael Castañeda García y Rosa Alicia Pérez Luque (Coordinadores), *Entre la solemnidad y el regocijo. Fiestas, devociones y religiosidad en Nueva España y el mundo hispánico*, México, El Colegio de Michoacán / Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 2015. La extraordinaria pintura se encuentra en el Museo Nacional de Arte.

levantaron en la plaza del Volador: los reos en una media naranja cerca de la universidad, virrey y grandeza bajo el palio de terciopelo negro con las armas de la Inquisición bordadas en oro, otro brazo del estrado se levantaba a las puertas del convento de Porta Coeli, del que queda sólo la iglesia, y en cuyo dintel nos estremece la leyenda: *Terribilis is locus iste*. Como es bien sabido, en los estrados del Volador se pronunciaban las sentencias *de fe*. A continuación, los relajados al brazo secular eran llevados a otro estrado, frente a las casas consistoriales y allí el juez les pronunciaba las condenas: muerte y quemadura para los arrepentidos y quemadura hasta la muerte para los relapsos recalcitrantes, o reincidentes. De allí, de nuevo en ominosa procesión, subían por la calle de Plateros y San Francisco hasta la Alameda y su quemadero. A los arrepentidos se les daba garrote primero y a todos se los ataba a los palos hincados que allí había y se aplicaba el fuego a la leña verde, para que la quema y el dolor durasen más en los que quemaban en vivo.

Casi todo lugar era bueno para los autos de fe, en especial las plazas, sobretudo la Mayor y, más tarde, el Volador. De la Mayor se aprovecha mucho, especialmente el esquinal entre el cabildo y las casas de mercaderes. También se emplea el interior de las iglesias, sobre todo de la catedral, aunque no siempre, pues el lugar depende de las relaciones y crisis de preferencias entre el virrey, la audiencia y el tribunal de la inquisición⁴⁷. Por lo general, la universidad y el cabildo están siempre de acuerdo y siguen a los inquisidores en todas las profesiones. Se hacen autos y *autillos* en los dominicos, en el convento de San Francisco, dentro o en su plaza, y hasta uno en la profesa. Se prefería el interior de las iglesias desde que comenzaron a aparecer los primeros confesores *solicitantes* y otras faltas de severa inmoralidad de los clérigos.

Las mejores relaciones de los principales autos, procesiones, tablados, preferencias y ubicaciones son las correspondientes actas y relatos oficiales del auto de 1596, en el que se enjuicia y condena a la madre y hermanos de don Luis de Carvajal, quien ya había sido condenado con todos los demás en el auto de 1590, y el auto de fe grande de 1649⁴⁸.

Muy tremenda impresión debía producir también en las gentes las solemnes procesiones que se organizaban en los días siguientes a las ejecuciones principales por las *calles acostumbradas*, desde el lugar del tribunal o desde la prisión para

47 Las crisis de preferencias y de competencias da para el quehacer sociológico: Arístides Ramos Peñuela, *Competencias de jurisdicción en la Inquisición de Cartagena*, en *Destiempos.com*, 2008, número 14, p. 326 y ss.

48 Dichas relaciones se pueden encontrar bien en Vicente Rivas Palacio, en *El libro rojo*, en México a través de los siglos, tomo II, página 401 y ss., y que pueden verse como anexo al libro de Toribio Medina, así como en *La historia de la familia Carvajal*. Todo también disponible en la red.

proceder a ejecutar la pena de azotes, lo que se llevaba a cabo en varias estaciones y lugares de gran vista, con pregones y tambores. A los que condenaban a servir en galeras parece que los dejaban tranquilos en la cárcel real hasta emprender el viaje a Veracruz.

Sobre el horror de la idea clave de la Inquisición y de la crueldad de sus modos ejecutivos ilustra el destino de la familia Carvajal, extinguida en tres autos de fe sucesivos. Todos fueron condenados, el primero: el paterfamilias, que era ni más ni menos que el gobernador de Nuevo León en 1590. Y condenada su cuñada, tras terrible y taquigrafiado tormento, y los hijos de ésta. En 1596 se vuelven a enjuiciar como reincidentes y así los ejecutan a todos, y al fuego vivo a su hijo Luis. A la hermana pequeña esperan para ver si recuperaba la razón tras los tormentos propios y los infligidos a la familia, y les pareció a los inquisidores que ya se había recuperado bastante y la ejecutaron en 1601. Aunque pueda decirse que se ha mitificado con algún exceso, ganas dan de imaginar una visita a don Guillén de Lampart, por interés en su genialidad y no sólo porque visitar a los presos sea una obra de misericordia, claro que el condenado nos terminaría metiendo también en algún lío⁴⁹.

9. De la Santa Hermandad a la Hermandad de la Acordada y los Peralvillos

Las ejecuciones civiles de segunda clase y su quema o enterramiento se realizaban en el ejido de la horca situado junto al puente de la Concha, donde llevaban a los condenados que indultó Gálvez. La horca se levantaba sobre un patíbulo de madera revestido en metálico. Allí estuvo hasta conocerse la abolición por las Cortes de Cádiz, cuando el pueblo arrasó horca y patíbulo el 30 de septiembre de 1812⁵⁰.

Y llegados a este punto geográfico se nos cruza otra historia de ejecuciones y sus protagonistas, pues andando el tiempo se levantó allí el tribunal y cárcel de la Acordada, asunto en el que se unen historias comunes de mi tierra y de ésta, la Santa Hermandad y el lugar de Peralvillo, lo que les relato en lo que sigue.

Si llegados a la Alameda nos recorremos hacia lo que hoy es la calle Balderas, pronto encontramos referencias de interés penal. Allí estaba primero la sede de más presencia de la Cárcel de la Acordada, nombre misterioso para profanos. Este edificio fue sede de una jurisdicción especial, que ante una crisis de criminalidad se crea al modo de la Santa Hermandad de España; aunque en la península tuvo origen en el puro vacío de poder en los campos de Talavera, Toledo y Ciudad Real que abrazan los llamados Montes de Toledo, lugar de colmenas y golfines, base

49 Vid. Andrea Martínez Baracs, *Don Guillén de Lampart, hijo de sus hazañas*, México, FCE, 2012.

50 Vid. en Ignacio Cumplido, *El mosaico mexicano*, tomo V, p. 125.

operativa de todos los delincuentes del centro de la península. Prevista en la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Título IV, Libro V, era una suerte de policía judicial con jueces propios, independiente de la justicia de la ciudad y de la Audiencia, financiada por las ciudades y particulares.

El lugar para las ejecuciones en el alfoz o distrito de Ciudad Real era el lugar llamado el Peralvillo, a dos kilómetros de la capital. Allí, sobre lo alto de un cerrillo, se hincaban las estacas a las que se ataban los reos para proceder a su asaetamiento. La tarea era dura para los cuadrilleros de ballesta, pero terrible para los condenados, pues no debe ser fácil acertar en órganos vitales con tan burdo instrumento en cuanto a precisión. El espectáculo debía de ser horrible, con los condenados deshaciéndose a gritos y dolores hasta encontrar el momento de la muerte. Posiblemente no estuviera previsto en el procedimiento el puñal *de gracia*, del mismo modo que no se autorizaba el descendimiento de los reos de las estacas del suplicio y permanecían allí los cuerpos hasta su completa descomposición. Concluido este proceso se depositaban los huesos en una fosa pétreo, de origen volcánico, típica del campo de Calatrava, que se sigue conociendo como «fosa de los huesos». El espectáculo de los condenados, moviéndose durante días entre espantosos dolores y gritos hasta que exhalaban el último suspiro, debía de impresionar a cualquiera, además de que no era fácil olvidarlo para los que por allí pasaban, en pleno camino real de Toledo a Andalucía.

Covarrubias en su *Tesoro de la lengua de castellana, o española* define a Peralvillo como «pago junto a Ciudad Real, a donde la Santa Hermandad hace justicia a los delincuentes con la pena de saetas». Claro es que Covarrubias no define topónimos, sino que hace metáfora de la crueldad y del sufrimiento. Francisco Rodríguez Marín lo relata en el libro de *Libro de grandezas y cosas memorables de España*, y concluye con esta variante metafórica también: «La justicia de Peralvillo, antes las saetas que los escribanos»⁵¹. El viajero Filipe Le Bean relató lo que vio: «El blanco se fijaba en la tetilla derecha; el que acierte recibe 24 maravedíes, y el que yerre paga una multa de un castellano de oro que se gasta después en vino y festejos. Todos los que quieren pueden disparar y no se considera vergonzoso, ni deshonoroso». Tampoco era quizá la forma más cruel de matar, pues el cuaderno de Fuensalida, de 1466, en su Ley 23, establecía para el crimen de sodomía que les «sean cortadas sus varonías e colgados de un palo las piernas arriba e la cabeça ayuso e sea asaetado fasta que realmente muera».

51 Vid. García Jiménez S.; *Sobre Juan de Quiroga Faxardo. Un autor desconocido del Siglo de Oro*, Reichemberger, Kassel, 2006, p. 258. A esa justicia de Peralvillo en que no piensa incurrir se refiere el Duque de Alba en Carta a S.M. el rey desde Bruselas, el 13 de abril de 1368, vid. en *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, vol. 4, Real Academia de la Historia.

Se planteó el asunto en las Cortes de Castilla y se acordó en Segovia en 1532 por los miembros del parlamento lo siguiente: «suplicamos a V.M. que, porque los que se condenen por la Santa Hermandad a pena de saeta los asaeteen vivos sin que primero los ahoguen, y pare cosa inhumana y aun en causa que algunos no mueran bien, que V.M., mande que no pueden tirar saetas a ninguno sin que primero lo ahoguen, puesto que esto se hace con los herejes». Y a esto el rey responde «que tenemos por bien lo que nos suplicáis, y ansí mandamos se haga de aquí adelante», y el glosador añade «que se corrija ansí el cuaderno de la Santa Hermandad»⁵².

En verdad creo que se trata del primer diálogo político directo con el poder por parte de los ciudadanos sobre la exclusión de la crueldad de la ejecución de la pena capital y sobre la humanización de la misma.

EL PERALVILLO DE CIUDAD REAL Y EL DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Peralvillo es lugar universal en la literatura y no sólo por obra de Miguel de Cervantes en el *Quijote*, cuando en el Capítulo XVI, Don Quijote se monta en el caballo Clavileño con ánimo de subir al espacio sideral y Sancho Panza, que le sigue más que por disciplina, por el miedo de que se quede solo, exclama intentando convencer por última vez a su señor de no emprender tan descabellada aventura: «*Tápeme –Señor Don Quijote– y pues no quieren que me encomiende a Dios ni que sea encomendado mucho, me temo que ande por aquí alguna región de diablos que den con nosotros en Peralvillo*». Y dice la nota de Don Francisco Rico, el gran editor del *Quijote*, y del Guzmán: «Pueblo de la Mancha de Ciudad Real donde la Santa Hermandad ejecutaba a los sentenciados. La ligereza con que se condenaba sin escuchar al reo, es origen de la frase: la justicia de Peralvillo, que «asaetado el hombre, le formaban proceso».

Ese Peralvillo se convirtió en metáfora para aludir al lugar de ejecución de criminales y de golfos. El lugar alcanza resonancia literaria⁵³. Y podría preguntarse alguno ¿qué tiene que ver esta historia con el barrio, que antes de tal fue sólo un *lugar*, y que 200 años antes de desaparecido el hipódromo no tenía asunto de relevancia distinto de la garita que guardaba la puerta entre la *traza* de la ciudad

52 Vid. Alfonso de Palencia, *Gesta hispaniensia ex annalibus suorun dierun collecta*, tomo 2. Libro VI-X, edición, estudios y notas de Brian Tate y Jeremy Lawrence, Real Academia de la Historia, Madrid, 1999, p. 385. Vid. petición y resolución de las Cortes en Paz y Meliá, Cortes de León-Castilla IV, 561, petición LXXVI, edición de la Cortes de Cartilla y León, Valladolid, 1988.

53 José María González de Mendoza, *En torno a Sor Juana*, sobre la carta del conde de la Granja a Sor Juana: Peralvillos y Tíbares, en www.tablada.unam.mx/ensayos/entorno. En Quevedo puede verse Susana Hernández Araico, El teatro breve de Quevedo y su arte nuevo de hacer ridículos en las tablas, en la revista *La Perinola*, número 8, 2004, p. 206 y ss.

y el camino a Tepeyac? Creo que se habría llamado sencillamente garita o puerta, si no fuera porque allí se situaba una horca, un lugar de ejecución, especialmente para el escarmiento y contrición de los naturales⁵⁴.

10. Las cofradías de la Caridad o de la Misericordia

En todas las ciudades históricas hispanas existían cofradías dedicadas especialmente a dar entierro a los ejecutados en aplicación de la pena capital. La cofradía *de la caridad* en Toledo es la más antigua de las españolas y todavía hoy desfila en la procesión del Corpus abriendo su camino con un pico y una pala. Daba enterramiento también a los ahogados en el Tajo, terreno que seguramente cubría a los suicidados, para reducir problemas a las familias, pues no podían ser enterrados en sagrado, y la piedad no alcanzaba entonces a la admisión en los cementerios.

En México existían también tales cofradías, pues entre los entierros estatutarios incluían los de los ejecutados. En la capital fungía como tal la Iglesia y la Casa de la Misericordia, que contaba con un Cristo que acompañaba en procesión a los reos que iban a ser ejecutados y regresaban con el cadáver, al que daban enterramiento en sus propios predios. Así lo narra Jorge Ignacio Rubio⁵⁵. La Iglesia y la Casa de la Misericordia se ubicaban en la zona actual de la calle de Mariana Rodríguez del Toro de Lazarín, donde hay una casa a la que todavía se llama «la casa de los huesitos». Víctimas, la casa y la iglesia, del terremoto de 1792, se trasladaron las funciones a la Iglesia de la Santa Veracruz. También está bien documentada la función del entierro de ejecutados en otras cofradías, especialmente la de la Santa Veracruz de San Luis de Potosí⁵⁶.

11. Las prisiones de la ciudad de México

Pero volvamos a la Plaza Mayor. Lugares de ejecución y de quemaduras se entrecruzan con los lugares de la pena de muerte en vida, que son las prisiones. Las cárceles de México nacieron y se sucedieron al paso que siguió la ciudad, entre

54 Sobre la garita de Peralvillo, un buen reportaje fotográfico puede verse en Juan Felipe Leal, *El espacio urbano del cine. Anales del cine en México, 1895-1911*, vol. 9, 1903: Segunda parte. *La Ciudad de México en los albores del cine*, México, UNAM / Dirección General de Actividades Cinematográficas / Juan Pablos Editor / Voyeur, 2015; sobre el barrio de la Ciudad, vid. Manuel Rivera Cambas, México pintoresco, artístico y monumental, cit., p. 90 y ss.

55 En *El Virreinato II. Expansión y defensa. Primera parte*, p. 59, FCE, México, 1983. Cfr. Rivera Cambas, M. p. cit., tomo II, p. 50

56 Vid. Hernández Soubervielle, A.; La cofradía de la Santa Veracruz y los planos arquitectónicos más antiguos de San Luis Potosí. Un ejemplo del corporativismo novohispano a través de la arquitectura, en *Estudios de Historia Novohispana*, vol. 51, 2014, pp. 50 y 51, que puede verse en abierto en <http://www.historicas.unam.mx/publicaciones/revistas/novohispana/pdf/novo51/610.pdf> [Consultado el 8 de agosto de 2016.].

sismos devastadores y crisis políticas y económicas demoledoras, con cantos de cisne sucesivos que dieron a luz espléndidas y efímeras prisiones.

Todas ellas se pueden seguir con la literatura o con los trabajos científicos. Aquí se hace sobre todo con referencias literarias, pero con fundamento en la ciencia, con mucha seguridad, pues de ello se han ocupado magistralmente Sergio García Ramírez, María Luisa Rodríguez Sala, Elisa Speckman y Martín Barrón⁵⁷, a los que me remito.

De la Acordada ya hemos aludido a su nacimiento y jurisdicción común a España y México. Pero nos referiremos ahora a la imponente fábrica. En efecto, poner en marcha un recinto sólido para presos y escribanos en condiciones de seguridad y decencia para el ya elevado a Tribunal Real de la Acordada, no podía resolverse en los ruinosos palacios o conventos de siempre. Poco antes de alcanzar la cifra de los 2 mil 200 ingresos nuevos al año, logran levantar un edificio de nueva planta en 1761, apto para mil reos que inauguró el virrey marqués de las Amarillas, con tanto contento y alborozo como desolación, cuando en 1776 un sismo lo derribó de sus propios cimientos.

El famoso Real Acuerdo atribuyó la jurisdicción plena y no sometida a la Real Audiencia y autorizó el procedimiento sumario. En su literal se justifica «porque la prontitud de castigo conduce mucho al escarmiento». Compuesto y sin cárcel, el Real Tribunal de la Acordada consiguió del ayuntamiento terrenos en el ejido de la horca, en unas casas del Puente de Gallos, en la trasera de la parroquia de la Veracruz. Así la horca quedaría bien cerquita para ejecutar a aquellos a quienes no se enviara a trabajos forzados en Veracruz o en la Habana, ya que unos mil al año iban a galeras. La fuerza tozuda de la justicia consiguió allí levantarla de nueva fábrica⁵⁸.

Un testigo y protagonista del último tiempo de la cárcel de la Acordada fue Ignacio Cumplido quien, como consecuencia del destino inexorable de los editores y periodistas en tiempos difíciles, en 1840 dio con su cuerpo en la prisión y por fortuna recibió trato especial y así pudo hacer la detallada y realista descripción y el furibundo alegato contra el estado de la cárcel y de los presos en ella. Cumplido conocía bien los grabados de Piranesi y las obras de Howard, y todo se lo encontró allí. En cuanto salió, publicó su alegato en *El mosaico mexicano: «A vista de lo que pasa en la cárcel de la Acordada a mediados del siglo XIX, ¿qué diferencia se*

57 García Ramírez, S. *Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios*, Editorial Porrúa, México, 2002; Speckman Guerra, E., *Crimen y castigo: legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910)*, El Colegio de México, Centro de Estudios Históricos / Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, 2002; Gabriel Barrón Cruz, M., *Una mirada al sistema carcelario mexicano*, INACIPE, México, 2002; Rodríguez-Sala, M. L., *Cinco cárceles de la Ciudad de México, sus cirujanos y otros personajes: 1574-1820*, UNAM, México, 2009. Un clásico es el libro de Malo Camacho, G.; *Historia de las cárceles en México*, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.

58 Rodríguez Sala, cit. p. 337 y ss.

encuentran con lo que acontecía en el siglo XVI, dentro de las cárceles de Europa, cuando los progresos de la civilización tenían, respecto de hoy, el atraso de más de doscientos años?»⁵⁹.

La cárcel de la Inquisición fue cerrada y la institución extinguida el 10 de julio de 1820 tras la renovada entrada en vigor de la Constitución de 1812. Un piquete de 70 hombres y dos cañones irrumpieron en el palacio tras varias intimaciones no atendidas. Todavía quedaban tres presos, uno por judío, Crisanto Gil Rodríguez, *el guatemalteco*, de gigantesca estatura. En la copa del sombrero llevaba un libro de filosofía. Quedaba también un cura que había defendido la Independencia desde el púlpito y otro que llevaba 30 años dentro.

La fuerza autodestructiva de las prisiones es inversamente proporcional al valor moral de lo que llamamos *los penitenciarios*, que son los que tienen por oficio dirigir el sistema penitenciario profesionalmente y los que lo investigan, así como los que por haber padecido las cárceles y tener el oficio oportuno efectúan críticas y propuestas de reforma. Así lo hizo Ignacio Cumplido tras la demoledora protesta contra la Acordada y elaboró una propuesta de reforma con un diseño de prisiones y sistema penal de dimensión humanista y resocializador: la escuela reformadora, un establecimiento celular con trabajo penitenciario, para mil 600 hombres y 400 mujeres. No olvidemos que Sing Sing era el modelo entonces en alza. Un constructor informado, residente en la ciudad, que había levantado los planos de las nuevas cárceles americanas, Santiago Condon, concluía: «la ex Acordada resultaba ‘una caverna inmundada’ que los ‘amantes de la humanidad’ no podían permitir»⁶⁰.

En los primeros años de la Independencia se ocuparon de la cuestión penitenciaria de modo notable Manuel Payno y José María Luis Mora, quienes realizaron sendos viajes de estudio en 1845 y 1846 respectivamente. El primero a Estados Unidos, en donde la reforma penitenciaria y la creación de nuevos modelos estaban de gran actualidad. Al segundo, aprovechando su condición de embajador en Londres, le encomiendan el estudio de las prisiones en el Reino Unido. En verdad, sólo con *El Periquillo Sarniento*, los artículos de Ignacio Cumplido y la novela de Manuel Payno, *Los bandidos de Río frío*, se puede componer una crónica del sistema penitenciario del México en el siglo XIX⁶¹.

59 Cumplido, I.; La cárcel de la Acordada en México. Origen de esta prisión y su estado moral en la actualidad, en *El mosaico mexicano*, México, 1841, tomo. V, pp. 123-134, esp. 126 y ss.

60 Hugo Arciniega, «Los palacios de Themis», en *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*, volumen XXII, número 76, 2000.

61 Así lo hace Raúl Carrancá y Rivas en su *Derecho penitenciario. Cárcel y penas en México*, Porrúa, México, 1981.

Puede decirse, en consecuencia, que también lo penitenciario ha contribuido a la construcción de la ciudad que llegó a entusiasmar a Alexander von Humboldt⁶², quien llegó precisamente en la fiesta de erección de *El Caballito* de Carlos IV, obra del gran Tolsá, hoy sometida a cuidados intensivos. A su defensa y reivindicación se empeñó con inteligencia y pasión el gran maestro Guillermo Tovar de Teresa, tan tristemente desaparecido cuando estaba ya tan cerca de conocerle. En su homenaje se debe hacer referencia al pegaso, que, como él proclamó, es la bandera y metáfora de lo mexicano dentro de este territorio común de La Mancha. También es verdad que ese México asombroso es el que Revillagigedo ha dejado preparado para la vida y para el turismo cultural. Francisco Sedano en sus *Noticias de México* dijo que hizo mucho por la mejora de la ciudad y que «este beneficio debe México al celo y vigilancia del incomparable y nunca bien alabado Conde de Revillagigedo»⁶³. Hizo incluso un completo reglamento de policía de la ciudad con cláusulas penales incluidas.

La Real Cárcel de Corte

La Real Cárcel de Corte se ubicó siempre en el palacio. De su vida ajetreteada dio buena cuenta Javier Piña y Palacios en su discurso de ingreso en la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación⁶⁴. Pero para conocerla de sus últimos años podemos recurrir a José Joaquín Fernández de Lizardi, quien realiza autobiográficamente en *El Periquillo Sarniento*. Entró en la cárcel por vez primera por denuncia de su propio padre y en 1812, porque le ponen allí el virrey Venegas, que tragaba todo lo que venía de las Cortes de Cádiz, pero se le atragantó la libertad de imprenta; retornó a la Cárcel de Corte en 1819 y pasó en ellas siete meses, para regresar de nuevo en 1821 siempre llevado por su gusto por la imprenta y por su libertad. En el *Periquillo* nos describe la cárcel con toda fidelidad que es lo que da la experiencia propia a un periodista⁶⁵. Era un Mateo Alemán 200 años después.

Los sismos tan frecuentes en México, y no menos los motines revolucionarios tienen la misma querencia: acabar con las cárceles y con los palacios. Así, ambos fenómenos acabaron con la cárcel de la Real Corte. Sucesivamente lo hicieron el

62 Uribe Salas, J. A.; «Alexander von Humboldt en Nueva España y el Real Seminario de Minería de México», en Alexander von Humboldt, *Estancia en España y viaje americano*, Mariano Cuesta y Sandra Rebock (Coordinadores), Real Sociedad Geográfica / Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2008.

63 Citado por Rodilla León, *op. cit.*, p. 116.

64 Vid. Javier Piña y Palacios, *op. cit.*, p. 12 y ss.

65 La edición que uso y a la que me remito es de la editorial Cátedra: Fernández de Lizardi, J. J.; *El Periquillo Sarniento*, Carmen Ruiz Barrionuevo (Editora), Cátedra, Madrid, 1997, especialmente el capítulo sexto, en esta edición: p. 389 y ss.

motín de 1699 y el sismo de 1711. Se terminó trasladándola desde la izquierda del palacio a la derecha o norte del mismo, hasta que se transportó a la Cárcel Nacional de Belén en 1886.

La Cárcel de Belén

La Cárcel de la Acordada se cierra en 1862 y se instala a los presos en el antiguo Colegio de Niñas de San Miguel de las Mochas, aparejado al efecto en lo que por el ayuntamiento se pudo, y dándosele el titular pomposo de Cárcel Nacional. Para que los jóvenes no se extravíen, les preciso que el edificio ocupaba un amplio territorio en lo que hoy es el Centro Escolar Revolución, en la esquina o manzana entre la Avenida Arcos de Belén y la calle Balderas. Cuando García Icazbalceta visita Belén en el primer año, tras el traslado de la ex-Acordada, mil 116 presos habitan en esa especie de vecindad. Concluye:

Decir “los abusos y crímenes que allí se cometen sería tarea penosa, y que no podría desempeñarse sin traspasar los límites de la decencia. El juego nunca ha podido extinguirse; la introducción y conservación de armas prohibidas y bebidas embriagantes nunca ha podido evitarse: de ahí las riñas, heridas, aun asesinatos entre los presos, y que éstos se encuentren en un estado permanente de desorden, activado por la ociosidad. Allí no hay más distinción que la que el dinero procura: el inocente calumniado se confunde con el criminal endurecido; y el que sólo es reo de una primera falta, recibe cuantas lecciones pueda necesitar para proseguir su carrera... La cárcel no es hoy más que un foco de corrupción”⁶⁶.

Entre los asiduos visitantes forzosos se encuentra Ricardo Flores Magón, quien el 18 de mayo de 1892 nos ofrece una dura descripción de su primera estancia: Nunca había visto por dentro esa horrible cárcel que en años posteriores me fue tan familiar. Después de caminar por oscuros pasadizos y de subir y bajar mugrientas escaleras nos encontramos en un largo salón cuyo techo tocábamos con las manos. Triste luz crepuscular hacía más horrendo aquel antro fétido, húmedo, negro. Apoyé mis manos en la pared y las retiré asombrado: esputos sanguinolentos decoraban las paredes. Se nos había encerrado en el departamento donde se hacían a los mendigos que infestan la ciudad. Había ahí leprosos, tísicos, sarnosos,

66 García Icazbalceta, J., *Informe sobre los establecimientos de beneficencia y corrección de esta capital, su estado actual; noticia de sus fondos; reformas que desde luego necesitan y plan general de su arreglo*, Luis García Pimentel (Editor), México, Ignacio Escalante, Editor, 1907, pp. 31-32; Gustavo Malo Camacho, *Historia de las cárceles en México*, cit., p. 92 y ss.; Martín Gabriel Barrón Cruz, *Bosquejo histórico. La cárcel de Belén y el sistema carcelario*, en Catálogo de Documentos de la Cárcel de Belén (199-910), Héctor Madrid, Rosa María Luna y Leonor Estevez (Editores), Archivo Histórico del Distrito Federal, México, pp. 9-89; el mismo, *Una mirada al sistema carcelario mexicano*, op. cit.

cojos, mancos, tuertos, ciegos, sordos, mudos, paralíticos, llagados, sifilíticos, jorobados, idiotas, un espantoso depósito de carne enferma que chorreaba pus y mugre (...) En la noche se nos condujo al departamento de detenidos. Era pesada la atmósfera también ahí, pero siquiera se libraron nuestros ojos del espectáculo de la carroña viviente»⁶⁷.

Sergio García Ramírez dice que durante el Porfiriato, Belén cumplió su función devastadora⁶⁸. Total, que ya hemos visto al principio lo que el entonces joven director de los defensores de oficio de la ciudad le reclamó por carta al presidente Madero: que se ocupara de ella, no para su imposible mejora, sino para arrasarla hasta los cimientos⁶⁹.

12. El sueño de una penitenciaría nacional y Lecumberri

México en el siglo XIX y XX tiene en común con España las guerras de independencia y las guerras civiles. España tiene una de independencia, contra Napoleón, aunque también fue una guerra civil entre afrancesados y reaccionarios, y seis guerras civiles. México nos gana en guerras de independencia. Soy capaz de contar cuatro, que son de gran efecto para la formación del espíritu patriótico y nacional, y no sé cuántas guerras civiles, que sobran todas. Pues bien, entre invasiones y guerras civiles hubo ocasión de que las consideraciones e informes de Ignacio Cumplido fructificaran y el gran Mariano Otero, inventor, con Manuel Crescencio García Rejón, del recurso de amparo, impulsó el diseño de un proyecto penitenciario. Creó una junta de inspección de cárceles con personalidades como Guillermo Prieto, Manuel Payno, José María Iglesias y José María Lacunza. Tras ello el Congreso aprobó una ley para la adopción y establecimiento del régimen penitenciario en el Distrito Federal y los demás territorios, a lo que siguió un concurso de arquitectura. Proyectos los hubo, pero cárcel no, con tanto impedimento de guerras y crisis económicas. Ganó el concurso Lorenzo de la Hidalga⁷⁰, experto también en los desplazamientos de *El Caballito*. Hasta solar tenía, pues el ayuntamiento le dio de nuevo el significativo ejido de la horca que ya había servido para la Acordada. Incluso la ornamentación era perfecta, ni más ni menos que sendas estatuas estaban previstas para Howard y para Bentham, no en vano era un

67 Vid. en <http://archivomagon.net/lugares/carcel-de-belen/> [Consultado el 5 de agosto de 2016.]

68 Cfr. García Ramírez, S., *Los personajes del cautiverio*, op. cit., p. 118.

69 Un fresco estremecedor lo ofrece Elisa Speckman en «De experiencias e imaginarios: penurias de los reos en las cárceles de la ciudad de México (segunda mitad del siglo XIX y primeras décadas del XX)», en Pilar Gonzalbo y Verónica Zárate (Coordinadoras), *Gozos y sufrimientos en la vida cotidiana*, México, El Colegio de México / Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México, 2007.

70 Arciniega, H.; *Los palacios de Themis*, op. cit., p. 5/21.

panóptico modelo⁷¹. Las menguadas arcas públicas debilitaron el sueño de la penitenciaría nacional y se terminó enterrándolo con la ex Acordada en la de Belén.

La primera penitenciaría moderna se levantó en Puebla y se inauguró en 1891, 40 años después de haber comenzado las obras. Pero se terminó bien⁷². Hubo que esperar a la estabilidad política del Porfiriato y a que por primera vez en la historia gobierne un partido al que se llamaba de Los Científicos. En el Congreso Constituyente de 1857 el tema penal fue tomado muy en cuenta. Se produjo un curioso debate a partir de la propuesta de abolir la pena de muerte. Significativamente nadie defendió la muerte, pero el Congreso resolvió que antes de abolir la pena capital habría que disponer de un sistema y un recinto penitenciario suficiente y capaz de poner a buen recaudo a los más graves delincuentes. Pero como expone delicadamente Sergio García Ramírez⁷³, la semilla de la reforma penitenciaria estaba ya sembrada y la penitenciaría federal se levantó en nobilísimo edificio sobre el potrero de San Lázaro, al que sus dueños guipuzcoanos y optimistas llamaron Lecumberri. Se inauguró el palacio el 29 de septiembre de 1900 por todo lo alto, pero pronto se olvidó todo lo demás. La «Ley de fuga», que en España decimos *de fugas*, tenía ya tradición. A sus puertas en *tiempos de Caín y de metralla* asesinan a Madero y a Pino Suárez. El pueblo sembró de piedras el lugar. Mal augurio.

Pero la vida de este Palacio Negro no es historia moderna, sino contemporánea. Por ello no me voy a detener en el asunto, baste hoy aquí decir que mi generoso *laudator* ha tenido a su cargo dos prisiones en la vida, la de Toluca, a la que convirtió por obra de su gestión en prisión modelo ante el mundo entero y después la de Lecumberri. Aquí hizo con esta casi lo que quería hacer Isidro Fabela con Belén. La suprimió y se transformó en espacio de la memoria nacional como archivo General de la Nación.

Y concluyo este vistazo sobre la Ciudad de México, que espero haya sido también un viaje entretenido por la historia de las ideas y de los sistemas penales, por la proclividad al capricho y a lo desproporcionado en la lucha contra el crimen, por la lección de que el *ius puniendi* ha de ejercerse para proteger a los seres humanos y a la sociedad, pero que resulta condición de su eficacia la renuncia a la crueldad, por tener ésta efectos muy criminógenos y ser burla de la humanidad. Y concluyo encomendándome a mí y a todos ustedes al marqués de Beccaria. No necesito decirles yo de él nada aquí, les remito al libro de Sergio García Ramírez,

71 *Ibidem*, p. 14/21.

72 García Ramírez, *op. cit.*, pp. 115-118.

73 *Ibidem*, pp. 108-109.

Los reformadores, y a su magna conferencia del 250 aniversario en la ciudad de Milán. Pero sí deseo llamarles la atención sobre la idea de que Beccaria es un clásico porque en la vanguardia del espíritu ilustrado de su tiempo compuso el más agudo y racional elenco de principios a los que se debe someter el Estado en su ejercicio del poder punitivo y en todo tiempo y lugar. Son principios universales, como consideramos desde 1948 a los derechos humanos, y valen para oriente y occidente, para el sur y para el norte y deben ser cuidadosamente cultivados; porque con el desconcierto que produce el terrorismo y la gran criminalidad no pocas veces su impacto se apodera de los gobernantes, que reaccionan unas veces porque no saben o no preguntan y otras porque saben demasiado, tirando por la borda lo que desde Beccaria sabemos los penalistas y hemos confirmado año tras año desde entonces. Muestra de ello es la torpe reacción de los gobernantes franceses a los brutales y despiadados ataques terroristas, con reformas constitucionales y legales que han obligado a salir a la palestra a nuestra colega de claustro Mireille Delmas-Marty y al Comisión Nacional Consultiva de los Derechos Humanos, que preside su discípula Christine Lazerges, y que demuestra que nadie está libre de la tentación de incurrir en el trágico error del regreso a los errores del pasado. Cuando asistimos a hechos tremendos en nuestras sociedades y vemos lo que hacen otras no tan próximas, y cómo aparecen responsables políticos de países cercanos que creen sólo en la fuerza y nada en la razón; cuando asistimos en Turquía al salto atrás en derechos humanos y al reclamo de la vuelta a la pena capital; cuando en Filipinas, país que había abolido la pena capital hace años, el nuevo presidente reclama la reinstauración de la misma para no tener que seguir haciendo lo que como alcalde hacía, que para que no haya la menor duda explica: ordenar a su policía disparar directamente a matar a los traficantes y a los adictos a las drogas; cuando vemos cómo el gran país del norte, y que sigue siendo el más importante de Occidente, continúa empeñado encarnizadamente en ejecutar a delincuentes, que demasiadas veces son además inocentes; cuando todo eso vemos, necesitamos tener una guía firme para reaccionar y para concluir en la búsqueda de un principio de esa guía, no encuentro nada mejor que citar el final del texto que publicaba en el *Excelsior*, el 21 de julio pasado, nuestro colega, miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y director del Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM, Luis de la Barreda Solórzano: «Matar es la transgresión más extrema a la tendencia humana a la convivencia con el prójimo. El proceso civilizatorio nos ha enseñado que la vida, la vida de todos, aun del más cruel de los criminales, es sagrada». Y añado que así lo proclamaba ya Beccaria y lo proclamo aquí hoy, integrado solemnemente en esta casa, con el compromiso de todos ustedes Y como aprendí en el estudio de Carmen Parra sobre Ramón López Velarde, les deseo fervientemente que la Patria nos sea suave.

1917: LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN MÉXICO¹

México insurgente es un maravilloso reportaje sobre la Revolución mexicana, compuesto por un joven licenciado en Harvard, de familia bien acomodada, decidido a hacer una carrera entre la bohemia y la poesía, entre el periodismo y la revolución, tanto en el Greenwich Village como en el Palacio toscano de Villa Curonia propiedad de su enamorada Mabel Dodge. Pero ni el amor ni el deseo son capaces de sujetar a John Reed en Nueva York cuando Pancho Villa inició su alzamiento en los desiertos de Chihuahua².

La Revolución propiamente había dado comienzo en el enfrentamiento contra el Régimen de Porfirio Díaz y su dictadura, bajo el impulso del lema «sufragio efectivo y no reelección», que había encabezado el noble Francisco Madero, ayudado por Pancho Villa en el Norte y Emiliano Zapata en el Sur. La cuestión social estaba

1 El texto se origina en una ponencia en el Seminario sobre la Constitución de México de 1917 en el marco del constitucionalismo occidental organizado por Javier Díaz Revorio en el marco del curso Título de Especialista en «Justicia Constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución», con la participación de los colegas mexicanos, Sergio García Ramírez, Rafael Estrada y Miguel Carbonell en Toledo el 4 de julio de 2017. Agradezco a Antonio Baylos, Catedrático de Derecho del Trabajo de la UCLM, y a su amigo Óscar Alzaga (México), los valiosísimos materiales proporcionados para captar el espíritu de una época y las aspiraciones y hechos de la clase trabajadora. De próxima publicación en *Libro Homenaje a Juan Terradillos Basoco* y una versión reducida y sin aparato bibliográfico en *Revista de Occidente*, abril 2018.

2 La última edición en español es: Reed, J., *México insurgente*, Renacimiento, Sevilla, 2016, traducción de Aurora Rico y prólogo de Manuel Neila, la primera en inglés se publicó en 1914. Su visita a México tuvo lugar en otoño de 1913. Su pasión por el progreso le llevó a San Petersburgo y vivió la revolución soviética, sobre la que compuso *Los diez días que estremecieron al mundo*.

ya bien presente, sobre todo la cuestión del reparto de la tierra, pero todo pasó a mayores cuando el embajador norteamericano, las petroleras y los propios sectores reaccionarios mexicanos dieron el golpe contra el presidente Madero, secuestrando y asesinando a este y a su vicepresidente Pino Suárez³. El general traidor Victoriano Huerta encabezó lo que se conoce como la «decena trágica» que fue un tiempo de Caín y de metralla, en términos del soneto que años más tarde Alfonso Reyes hizo a la muerte de su padre, ametrallado precisamente cuando cargaba a caballo contra el Palacio Nacional para deponer a Madero⁴.

Ante el usurpador Victoriano Huerta se levanta de inmediato un movimiento armado constitucionalista –que reclamaba la Constitución de 1857– encabezado por el Gobernador de Coahuila, Venustiano Carranza. El México insurgente renace y en mil batallas y muertes se expulsa al traidor Huerta y don Venustiano se hace con la dirección del movimiento como Primer Jefe del ejército de la Revolución. Todos van tras él, salvo Villistas y Zapatistas que están afanados en la reclamación del reparto de la tierra. Pero domina a unos y a otros y decide convocar elecciones municipales y a diputados para un congreso constituyente que supere la Constitución liberal de 1857 y que se haga cargo de renovados objetivos en lo social.

Los conflictos obreros, la formación de sindicatos y las huelgas venían desde finales del siglo XIX. Singularmente graves y reprimidos con mucha sangre fueron los de las minas de cobre de propiedad norteamericana cerca de la frontera con Arizona, en Cananea, en 1906, que concluyó con varias decenas de muertos y heridos y 60 encarcelados, todo ello con el recurso no solo a policías y militares mexicanos sino también a los *rangers* norteamericanos.

En enero de 1907 la reivindicación de la jornada de 8 horas y del salario en dinero legal, –pues muchas veces se pagaba con vales e incluso con billetes falsos– hizo estallar el conflicto en las fábricas textiles de Río Blanco. Pronto ardió la «tienda de raya», o economato, en el que se obligaba a comprar a los obreros con los vales que sustituían el salario legal. Los rurales cargaron a sablazos contra la multitud, sin éxito, pues hubieron de volver grupas. Terminó interviniendo el ejército en todo el territorio, con muchos muertos y heridos. Como dice Óscar Alzaga, con la huelga

3 Ver Paco Ignacio Taibo II, *Temporada de zopilotes*, Planeta, Ciudad de México, 2000 y Márquez Sterling, M. *Los últimos días de Madero*, Porrúa, M. A., editor, Ciudad de México, 2013 y Arnaiz, A. *Madero y Pino Juárez 1913–1963*, Porrúa, M. A., editor, Ciudad de México, 2013, Saborit, A., *Febrero de Caín de metralla. La decena trágica. Una Antología*. Ediciones Cal y Arena, Ciudad de México, 2013.

4 Soneto de Alfonso Reyes, además de en sus obras completas, puede verse en la edición del Colegio de México: Reyes, A. *Escritos a la muerte de mi padre*, con ilustraciones de Emiliano Gironella, Ciudad de México 2014, en la página 51 con el título de *9 de febrero de 1913*, fechado el 24 de diciembre de 1932 en Río de Janeiro.

de Cananea y la de Río Blanco se inició para muchos la historia moderna del movimiento obrero y fueron precursoras de la Revolución Mexicana⁵.

Ya en 1912 se había establecido la «Casa del Obrero Mundial», una organización sindical pluralista con gran capacidad de movilización y presencia pública, preocupados tanto por las cuestiones salariales como por el aseguramiento de la salud y de los accidentes y por la educación de los obreros⁶. Si bien tuvo un componente anarquista muy importante que traía cuenta de la acción política de los hermanos Flores Magón, tuvieron cabida prácticamente todos, entre otros quienes dentro de la Casa formarían el Partido Laborista Mexicano liderado por Luis Napoleón Morones, personalidad especialmente dotada para abrir espacios a los trabajadores en la política oficial, hasta llegar precisamente a Secretario de Trabajo del Presidente Plutarco Elías Calles.

La incorporación al texto constitucional del artículo 123 se debe a la maduración del movimiento obrero. Este se había venido organizando en Ciudad de México, con especial relevancia entre los obreros de las empresas eléctricas, los de telefónica y, además, en Veracruz, en localidades del norte, vinculadas a los ingenios mineros, pero también entre los canteros o los sastres se formaron sindicatos y practicaron las huelgas, y los conflictos sociales y políticos a que daban lugar, perfilaron toda una generación de dirigentes sindicales comprometidos en los hechos y la experiencia política. Celebraban el 1º de mayo desde 1913, que resuena en el canto al movimiento obrero que el entonces Diputado constitucionalista Isidro Fabela pronuncia con este motivo: «Ellos son, ellos, los trabajadores, los que concurren con sus manos incansables a la eterna algarada del mundo...»⁷

El año previo a la Constitución de 1917 había sido un año intenso para el movimiento obrero. 1916 comenzó con la celebración del primer congreso obrero nacional en Veracruz. Hay huelgas generales en el Distrito Federal en mayo, reclamando el pago de los salarios en moneda cierta y a fines de julio la «Confederación General de Sindicatos» interrumpió el suministro de la energía eléctrica. A la vez sigue la guerra contra los Villistas quienes aún guerreaban en el norte y provocaban a los EE.

5 *Trabajo y democracia hoy, Las 100 luchas obreras del Siglo XX*, n° 128, México D. F., 2000, monográfico coordinado por Óscar Alzaga, Guadalupe Cortés y Pedro Villegas; y la revista «Lux», 1914, *Revista del Sindicato Mexicano de Electricistas*, n° monográfico de 1939, con motivo de los XXV años de su creación.

6 V. Esteres, J. y Gil, R.; *La casa del Obrero mundial*. www.antorcha.net/biblioteca_virtual/historia/con/casaobreromundial, 2003. (Consultado el 1 de julio de 2017).

7 Vid. sobre esta personalidad Andrés Ordoñez *Devoradores de Ciudades, cuatro intelectuales en la diplomacia mexicana*. Ediciones Cal y Arena, México, 2002, p. 125 y ss. Sobre su papel en la acogida de los refugiados españoles en Francia v. mi trabajo *La ciudad de México vista y leída por un penalista del Mancha y La balsa de piedra de la Ciencia penal liberal: México y el INACIPE*, también en este volumen.

UU. y de nuevo amenaza la intervención norteamericana. No en vano el Gobierno revolucionario mexicano viene coqueteando con los alemanes, quienes ofrecen a Isidro Fabela, agente secreto de Carranza, financiar la revolución y la reconquista de los territorios mexicanos anexionados por los EE. UU.⁸. Venustiano Carranza ordena la detención de los dirigentes obreros, promulga la Ley marcial contra los huelguistas, a pesar de las negociaciones que se realizan al máximo nivel. En agosto fue disuelta la Casa del obrero Mundial. La represión, los juicios y condenas a los dirigentes continúan, aunque el Presidente va concediendo las reclamaciones de los obreros.

Un testimonio apasionante de todo es el del Secretario General de *Luz y Fuerza*, Ernesto Velasco, que llegó a ser condenado a muerte por aquella huelga en juicio militar sumarísimo como traidor a la Patria y por rebelión. Por cierto, Luis Morones, que será protagonista mayor en los años siguientes, como convocante como él de la huelga, le visitó en el corredor de la muerte y le regaló una botella de coñac, a lo que correspondió Velasco con su propia corbata, pues donde iba ni un obrero ni nadie la iba a necesitar. Por cierto, no salió de la cárcel hasta febrero de 1918⁹.

Las causas de las huelgas desde el principio del siglo, especialmente de las citadas de 1906 y 1907 coincidían de modo sistemático con la caída de valor o rebajas de los salarios, contra el incremento de la jornada extendidas más allá de las 8 horas, contra el sistema de pagos en vales de economato de empresa, billetes sin valor, contra multas y agravios y muy malos tratos a los obreros.

Pero no solo se realizaban huelgas y se acumulaban experiencias en ellas. En 1915 la Casa del Obrero Mundial organizó los llamados «Batallones Rojos» para cooperar con el Gobierno constitucionalista que había desplazado al traidor Huerta y que encabezaba el Primer Jefe Venustiano Carranza. Varios miles de obreros se incorporaron así desde la lucha sindical a la lucha política y militar.

La guerra levantó las banderas de progreso. En enero de 1915 se aprobaba por Carranza en Veracruz la Ley para la reforma agraria: «tierras para los pueblos», es decir los ejidos. En 1914 el jefe militar Álvaro Obregón dictó un decreto sobre el salario mínimo, que Carranza confirmó por decreto y que anunciaba la preparación de una regulación general de los derechos laborales¹⁰.

Apenas constituido el Congreso en sus sesiones preliminares en la antigua Escuela de Bellas Artes de Queretano se recibió a una comisión popular y dirigió el obrero Rafael Giménez unas palabras a los diputados: «Estos que estamos aquí somos los representantes del pueblo que queretano que vienen a decir a ustedes que espera que la Constitución sea verdadera, real, efectiva, liberal y fundada sobre bases incon-

8 Vid, sobre estas peripecias Ordoñez, A., *Devoradores de Ciudades*, cit., p. 125 y sigs. y 16.

9 V. testimonio en *Revista Lux*, 1935, p. 27 y ss.

10 V en Djead Bórquez, *Crónica del Constituyente 1916-1917*, cit., págs. 93-97.

movibles, a fin de que mejore un tanto la condición económica política y social del pueblo mexicano»¹¹. Ni más ni menos, lo que provocó en toda una gran emoción.

Los enemigos de la revolución, tanto huertistas como los posteriormente insurrectos villistas y zapatistas quedaron excluidos del Congreso constituyente, pero el examen de credenciales fue arduo. A uno que se reclamaba de nombre Martí y de origen cubano se le discutió su derecho y un diputado poeta exclamó que «cuando se nace en Cuba y se llama Martí no se va a mendigar patria a otra parte» y el asunto así se liquidó.

Cuesta imaginar a qué referencias políticas podían remitirse aquellos millares de trabajadores en acción en ese tiempo. En Europa, provocada por los alemanes, había estallado la guerra civil general, la cual, al sumarse los EE. UU, se denominó mundial, la primera, lo que constituía un auténtico fracaso civilizatorio, con millones de muertos que hacían del «México salvaje» un juego de niños. Habría que esperar al final del año de la Constitución a que se produjera la primera experiencia de toma del poder político por los trabajadores, la Revolución Soviética, en verdad la venganza de los siervos, como ha significado recientemente Julián Casanova¹². Solo a partir de entonces los imaginarios populares podrían pensar en un sueño como el de la Constitución Mexicana. Fue preciso esperar a Weimar en 1931 y a 1931 en Madrid, para encontrar ejemplos de similar programa.

¿Y qué referencias pudieron tomar los mexicanos de otros países latinoamericanos?¹³ Ninguna tampoco. En Colombia acababa de concluir la «guerra de los mil días», la del abuelo de García Márquez y los 100 años de soledad, tras la cual habría que esperar a 1930 a la llamada República Liberal. Venezuela desde 1910 tenía un Presidente de poca legitimidad y de impulsos contradictorios, que cerraba la Universidad, aunque adoptaba leyes liberales e iniciaba la explotación petrolera. El Perú vivía en el tiempo conocido como República Aristocrática, un feudalismo sin piedad que no comenzaría a modernizarse hasta el golpe militar de 1919. Brasil estuvo hasta 1930 asolado por rebeliones y guerras civiles con la revolución paulista, la de Copacabana, la columna Prestes, etc., solo Chile y Argentina alumbraban esperanzas, pues en el primero tras los años de dominio de la oligarquía a la que llamaban la «canalla dorada» en 1920 ganó el Presidente Alessandri, adalid de los derechos políticos y laborales. En Argentina en 1916 ganaba las elecciones el Partido Liberal Radical, con Hipólito Irigoyen a la cabeza, durante cuyo gobierno dio comienzo el movimiento estudiantil de la reforma universitaria, seguramente el primer fenómeno de influencia hispanoamericana

11 V. en Djead Bórquez, *Crónica del Constituyente*, cit., más adelante, pág. 118.

12 Casanova, J.; *La venganza de los siervos. Rusia, 1917*, Editorial Crítica, Barcelona, 2017.

13 Una visión de conjunto puede verse en Halperin Donghi, T.; *Historia contemporánea de América Latina*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 280 a 357.

desde la independencia, tan modelador del espíritu político y cultural de la América hispana como la Constitución Mexicana.

Así, sin modelos más que la vieja constitución liberal mexicana de 1857, que tras haber amparado a Porfirio Díaz aparecía macilenta, comienzan en Querétaro los trabajos por una nueva Constitución. Era Don Venus un liberal progresista, pero en minoría en el Congreso constituyente, donde los reformistas del Gobierno y que presentan el Proyecto de Constitución son superados por quienes reclaman llevar a la Constitución, además de la libertad, los derechos sociales fundamentales que se han ido identificando en los largos y duros conflictos desde principios de siglo. Los debates se siguen muy bien en el Diario de Sesiones y hace una buena síntesis un protagonista de entonces, Juan de Dios Bohórquez, en libro recientemente reeditado por la Universidad Michoacana y Miguel Ángel Porrúa y otro aún más relevante como el Ministro de Fomento de Carranza Pastor Rouaix¹⁴. El primero de diciembre se abre el Congreso Constituyente de la República Mexicana que termina promulgándose el 5 de febrero de 1917.

La derrota política en la asamblea constituyente de Don Venus, quien tuvo la gallardía de asumir lo adoptado por el Congreso, fue también una derrota de los juristas tradicionales presentes en la Cámara y que entre su formación liberal y el ejemplo norteamericano entendían que la Constitución no era lugar para las reivindicaciones de los trabajadores. En verdad el debate tuvo que ser apasionante pues entre unos oradores y otros se abría paso en el poder constituyente el destilado de la acción sindical, militar y política de las organizaciones de los trabajadores durante los 15 años anteriores, los de toda una generación en términos orteguianos¹⁵.

El debate sobre la inclusión o no de los derechos sociales dio comienzo ya en el artículo 5, que en el proyecto proscribía «obligar al trabajo sin justa retribución y sin su pleno consentimiento...» a lo que seguía una cláusula equivalente a la superación del feudalismo y sus servicios personales y hacía referencia a los trabajos forzados como pena criminal y a los trabajos para el servicio público. Frente a tan escueta referencia a la cuestión social se reclamó un detallado aparato normativo, que se remitió a un nuevo y largo artículo que con el número 123 se ubicó en un título

14 Publicado en su día por ediciones Botas en 1938 con el seudónimo de Djead Bórquez, y ahora como *Crónica del Constituyente 1916-1917*, presentación de Medardo Serna González y prólogo de Jaime Hernández Díaz, Edición de Miguel Ángel Porrúa, C. de M., 2016. Bohórquez había sido secretario particular del general yaqui Lino Morales. El segundo protagonista es Pastor Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, IEHRM, edición del Centenario, 2016.

15 Sobre el proceso de la Revolución vid. una síntesis en Garcíadiego, J. *La Revolución*, en *Nueva Historia Mínima de México Ilustrada*, Pablo Escalante y otros. El Colegio de México, Ciudad de México 2008, págs. 393 – 467; Silva Herzog, J., *Breve Historia de la Revolución Mexicana, los antecedentes y la etapa modernista*, FCE, México 1995.

especial, el sexto denominado «Del trabajo y de previsión social», cuyo contenido habría de regir las futuras leyes laborales¹⁶.

Comenzaba proclamando la jornada de 8 horas, limitada en una hora para el trabajo nocturno y prohibiendo las labores más lúgubres o peligrosas, prohibiendo el trabajo industrial nocturno para los menores de dieciséis años y todo trabajo a los menores de doce años (ap. I a III). Se establecía al menos un día de descanso semanal (IV) limitaba el trabajo de las mujeres embarazadas y reconocía con un mes retribuido de descanso el postparto, más los descansos diarios por lactancia. Se estableció el salario mínimo y no embargable y el derecho de los trabajadores a una participación en los beneficios. Espectacular fue la proclama del salario igual para hombres y mujeres, así como para extranjeros (VII). Remitió las cuestiones regulatorias y las disputas entre obreros y patronos a juntas de arbitraje amparadas por el Estado (XI). Proclamó el derecho a la prevención de accidentes y enfermedades profesionales y la responsabilidad en ello de los empresarios, especialmente en caso de fallecimiento o incapacidad temporal o permanente (XIV y XV). Reconoció el derecho de los obreros y de las empresas a formar sindicatos y asociaciones profesionales y el derecho de huelga, declarando precisamente que las «huelgas serán consideradas ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciera actos violentos contra las personas o las propiedades». Autorizaba los paros empresariales tan solo por razones técnicas o de exceso de producción (XVIII a XXI). Se declara ilícito el despido sin causa justificada o por alguna injustificable como la de pertenecer a un sindicato o participar en una huelga, así como el derecho a una indemnización por abandonar el trabajo por causa de malos tratos del empleador, de sus parientes o dependientes (XXII). Los créditos de los trabajadores frente a los empresarios se declaraban preferentes sobre cualquiera otros (XXIII) y limitaba el endeudamiento de los trabajadores con los patronos (XXIV). Enuncia una cuidada relación de cláusulas nulas de contratos de trabajo como las que estipulan jornadas inhumanas, la fijación de salarios no remuneradores o de pago más allá de una semana, las que señalen fondas, tabernas o tiendas para el pago del salario, las que obliguen a adquirir artículos de consumo en tiendas o lugares determinados, las que permitan incorporar multas sobre el salario, las renunciaciones a indemnizaciones por accidente o por daños y, en general, toda renuncia a derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores.

Ordenaba la creación de un servicio gratuito y público de colocación (XXV). Regulaba los contratos de mexicanos por empresarios extranjeros. Consagraba el llamado patrimonio familiar inembargable, declaraba de utilidad social la expe-

16 Puede verse tanto el texto como los debates en el portal www.constitucion1917gob.mx. Sobre la interpretación del proceso véase Sayeg Helú, J., *El Constitucionalismo Social Mexicano*, FCE, México 1998.

dición de una ley del seguro social y de las cooperativas para la construcción de viviendas (XXVIII a XXX).

En definitiva, la Constitución establece un fresco de derechos de los trabajadores bien avanzados, una suerte de negativo de las condiciones laborales de principio de siglo en México y en todo el mundo. El artículo 123, junto con el 27 relativo a la propiedad de la tierra, que «corresponde originariamente a la Nación», y el sometimiento al interés público de toda propiedad y la proclamación y diseño de la reforma agraria, constituyen la esencia política y social de la Revolución mexicana y de su Constitución.

Diez días más tarde de la promulgación de la Constitución se funda el Partido Socialista Obrero por Luis N. Morones, José Barragán y Enrique Arce. En octubre tiene lugar el Segundo Congreso Obrero Nacional esta vez en Tampico y en mayo del siguiente año otro en Saltillo, en el que se crea la Confederación Regional Obrera Mexicana, la CROM, liderada por Luis Morones. Pero Estamos casi ya en el periodo presidencial del Plutarco Elías Calles: el constructor de las instituciones según Enrique Krauze¹⁷.

Néstor de Buen Lozano afirma, tras sobrevolar la historia del movimiento obrero y del sindicalismo, así como de las leyes laborales de ese tiempo en los países europeos y americanos, que en el art. 123 hay inspiración en los reclamos sindicales del movimiento de los Flores Magón, así como del programa constitutivo de la segunda internacional y proclama que «no hay precedente que supere, en el orden histórico, a la Constitución Mexicana» y que a ella «le corresponde la gracia especial de ser la primera en el mundo con un capítulo social»¹⁸.

Para formar debidamente el proyecto de los mexicanos de aquel tiempo fue preciso transitar por Weimar y Madrid en 1931 y atravesar dos guerras mundiales y, en el caso español una larga dictadura, para llegar solo en 1978 a la Constitución que se proclama precisamente como la de un Estado Social y Democrático de Derecho, como estableció Elías Díaz en 1966 en España, ahora ya hace más de 50 años¹⁹.

17 Krauze, E.; *El nacimiento de las instituciones*, Tusquets, México 2015, sobre Luis N. Morones y la legislación laboral. v. p. 175 y ss.

18 De Buen Lozano, N.; *El nacimiento del Derecho del trabajo*, en Archivos Jurídicos. UNAM. mex, biblioteca virtual (acceso 26.7.2017), p. 43, lo que puede verse también en su *Derecho del Trabajo*, 12ª ed. Porrúa 1999.

19 Díaz, E., *Estado de Derecho y sociedad Democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid 1966. Al respecto puede verse *Revisión de Díaz*, E., edición de L. Hierro, F. Laporta y Ruiz Miguel, A., especialmente Morodo, Raúl, en pág. 47 y sigs.

PARTE VI.

PENALISTAS

LOS JURISTAS DE LA JUNTA DE AMPLIACIÓN DE ESTUDIOS¹

La privilegiada llamada para encontrar en Alemania la formación científica de los jóvenes juristas españoles de principios del siglo XX es consecuencia de tres procesos institucionales y de dos personalidades principales. A los procesos pertenece en primer lugar el *krausismo*², que es un movimiento liberal filosófico y social español por excelencia, organizado por Julián Sanz del Río a partir de pensamiento jurídico y político de Karl Krause, que fue una excelente solución para superar la dogmática rigidez de Kant y Hegel. Con él se buscaba también satisfacer la necesidad de renovación filosófica y política, en la ingenua creencia de evitar el enfrentamiento directo con una iglesia católica, acostumbrada a dominar por completo la vida espiritual de España, incluida, naturalmente, la vida universitaria y científica. Francisco Giner de los Ríos, discípulo de Julián Sanz del Río, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Madrid, tras su expulsión junto con otros, por el intento exitoso del Ministro Orovio en 1875 de imponer de nuevo el control de la Iglesia sobre la enseñanza universitaria, crea la Institución Libre de Enseñanza.

1 Publicado en *Traspasar Fronteras. Un siglo de intercambio científico entre España y Alemania*. Ein Jahrhundert Deutsch-Spanische Wissenschaftsbeziehungen. Über Grenzen Hinaus (Exposición y Catálogo), Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Deutscher Akademischer Austausch Dienst, 2010, pp. 281 y ss.

2 Gil Cremades, J. J.; *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*. Barcelona: Ariel, 1969. Vid. Una apretada síntesis de Fernando Valdes Dal-Re, en su Introducción a *La reforma social en España: Adolfo Posada*, de Monereo, J.L.; Madrid. Ministerio de Trabajo, 2003, pp. 11-25.

La influencia desde entonces de la personalidad de Giner y de la propia Institución y de sus gentes en todos los intelectuales de vocación renovadora es extraordinaria. En el joven manchego José Castillejo encuentra Giner al discípulo ideal y junto con Rafael Altamira, Eduardo Hinojosa y Adolfo Posada, le guían en todo durante su tiempo de formación postdoctoral en Alemania³. Giner lo tiene clarísimo: juristas y filósofos han de buscar la formación científica en Alemania, aunque no deban descuidar su formación como ciudadanos, como *gentleman*, para cuyo propósito recomienda encarecidamente visitar Inglaterra⁴. Se lo aconsejó expresamente a Castillejo, pero seguir en número relevante el consejo de estudiar en el extranjero requería algo más que las contadas becas que daban algunas universidades. Se requería la creación de un instrumento logístico, financiero y de política científica, y ese será la *Junta de Ampliación de Estudios*, que, con Santiago Ramón y Cajal a la cabeza, encontrará en Castillejo el más perfecto ejecutor de la renovación de la intelectualidad española.

Otra institución cercana al cerebro del reformismo español representada por la ILE es la Comisión de Reformas Sociales creada en 1883, sobre todo tras su transformación en 1903, merced al mismo impulso político por el que se crea la JAE, en el *Instituto de Reformas Sociales*, de la mano de José Canalejas y Eduardo Dato⁵. En él se integran desde el primer momento los dos más jóvenes del «grupo de Oviedo»⁶, Adolfo Posada⁷ y Adolfo A. Buylla, con algunos colaboradores más jóvenes muy relevantes, como Constancio Bernaldo de Quirós.

Cuando la JAE comienza su actividad los personajes claves están en sus puestos y su acción en el ámbito de los juristas es notabilísima, pues es en esa formación y en los profesores universitarios en donde se encuentran los mimbres profesionales de la reforma y reorganización social y universitaria de la España del primer tercio del siglo XX.

El número de juristas pensionados por la Junta para estudios en las universidades foráneas a lo largo de todo el periodo es superior a 140. A ellos se unen no pocos que acuden becados por las propias universidades, y que no siempre solicitan la «equiparación» a pensionados de la JAE y también los hay quienes viajan por sus

3 Se sigue muy bien en el epistolario Castillejo, D. ; *Los intelectuales reformadores de España. Epistolario de José Castillejo*. I, *Un puente hacia Europa 1896-1909*. Madrid/Barcelona. Ed.Castalia 1997.

4 En Castillejo, ob. cit., de Giner a Castillejo el 21-X-1903 y 15-III-1904, en págs. 192 y 208.

5 Vid. Palacio de la Moreno, J. I.; *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1994): La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*. Madrid: Ministerio de Trabajo, 1988

6 Coronas González, S., *Rafael Altamira y el grupo de Oviedo*, Universidad de Oviedo, 2002.

7 Moreneo Pérez, J. L.; *La reforma social en España: Adolfo Posada*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. Laporta, Francisco. *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español*. Madrid: Edicusa, Ed. 1974.

propios medios. En todo caso, de los 140 pensionados más de la mitad solicita la pensión para su disfrute parcial o por entero en universidades de Alemania, así como también en Austria o en la Suiza de habla alemana. Los motivos de tanta vocación germánica de los jóvenes juristas españoles de las generaciones que conocemos como «del 14» y de la «edad de plata» se expresan muy bien en los textos de Ramón Carande para los primeros años y de Francisco Ayala para los siguientes.

Carande, en su delicioso texto sobre la Alemania Guillermina, expone que la mayoría de los estudiantes de la JAE eligieron universidades alemanas porque sobre ellos ejercía un poderoso atractivo la universidad de aquel tiempo, que superaba con creces a las demás universidades europeas, tanto a las de corte centralista y burocrático de cuño napoleónico, como a la inglesa, «extraña y arcaica»⁸. Casi 20 años después, para la generación de Francisco Ayala el atractivo es aún mayor: «el destino por excelencia era Alemania. Culturalmente España había vuelto a ponerse en el mapa de Europa y para conseguir ese resultado el contacto con Alemania había sido decisivo. Es un proceso que se inicia con Sanz del Río, a la conquista del vellochino de oro krausista, y termina con los últimos becarios a quienes sorprende la Guerra Civil española estudiando en Alemania» Y es que –continúa Ayala– Alemania era «el hogar fecundo de tantas obras admirables, de tantos filósofos y científicos, autores de los libros que se traducían en las colecciones patrocinadas o impulsadas por Ortega. Alemania era el centro de atracción intelectual donde convergían todas las miradas»⁹. Y remata advirtiéndonos –en los años 60– que será difícil que nadie hoy pueda comprender lo que para un joven español del aquel entonces significaría el encuentro con la Alemania y el Berlín de aquellos tiempos.

Ni la Junta ni las universidades de la época, ni siquiera la estructura funcional universitaria que autorizaba la permuta entre cátedras de diferente naturaleza, ni las tesis cortas que no exigían larga especialización en una materia, propician una clasificación de los pensionados en áreas jurídicas como las que hoy conocemos. A su vez, los años de referencia lo son de formación de sectores nuevos del ordenamiento jurídico, como es el Derecho del trabajo, que se construye desde el Derecho civil y desde el Derecho administrativo o sectores que se especializan respecto del clásico tronco civilista, como el Derecho mercantil. Sobre y entre el Derecho administrativo y el Derecho político va emergiendo el Derecho constitucional. Por su parte, la incipiente ciencia económica se radica todavía en las Facultades de Derecho, junto

8 Carande, R.; Recuerdos de la Alemania Guillermina en *Cuadernos Hispanoamericanos*. Num. 465, 1989, págs. 7-24.

9 Ayala, F.; *Recuerdos y Olvidos*. Madrid: Alianza Editorial. 2006, p. 153-162 y 166-171 y en *Ensayos políticos, libertad y liberalismo*. Edición de Cerezo Galán, Pedro. Madrid: Biblioteca Nueva, 2006, capítulo sobre España y la cultura germánica, p. 482 y sig. Se reproducen en Martínez-Garrido, S. (Coord.): *Francisco Ayala. El escritor en su siglo*. Granada: Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, 2006.

a la Hacienda pública, y aparece en ocasiones más vinculada a lo administrativo y a la historia que a la dimensión financiera moderna. Con todas esas cautelas se puede distinguir en una gran área de Derecho público a los cultivadores del Derecho administrativo, del Derecho político y del Derecho penal. En el Derecho privado contamos con la gran área de Derecho civil y la emergencia del Derecho mercantil. El Derecho del trabajo aparecerá más tarde. A lo anterior hemos de añadir los romanistas e historiadores del Derecho y de la economía, los cultivadores del Derecho procesal y del Derecho internacional, y casi todos filosofando sobre el Derecho.

Conviene distinguir, a su vez, al menos dos generaciones, no sólo porque su número total es elevado, sino porque las cohortes de becarios se producen a lo largo de casi 30 años y componen, por tanto, al menos dos generaciones ortegianas. Podemos identificar una primera generación, que podemos denominar también «del 14», y que es la generación «guillermana» de juristas españoles, que alcanza hasta los que como Jiménez de Asúa y Camilo Barcia Trelles tienen que abandonar precipitadamente Berlín con el comienzo de la guerra y cuando el gobierno español declara suspendidas todas las pensiones. Es una Alemania de orden, tradición y progreso que seguro que imprime carácter en los que la visitan y disfrutan. Es la Alemania que Castillejo describe a sus hermanas, dos señoritas de Ciudad Real, bien reproducidas en el epistolario. Tras la guerra se recuperan las pensiones, pero Alemania es ya más revolución que orden y tradición. Podemos agrupar así a los becarios entre los del propio año 1918 y el año 1933, y un segundo grupo para los que ya viven la Alemania de Hitler y su «orden nuevo» y a los que la guerra civil española sorprende allí mismo.

HISTORIADORES DEL DERECHO Y PRIVATISTAS

El Centro de Estudios Históricos de la JAE, en el que trabajó Eduardo Hinojosa, es cuna de historiadores del Derecho y de la Economía y de cultivadores del Derecho civil¹⁰. Hinojosa, de amplia formación y excelente conocedor del mundo germánico, fue autor entre otras relevantes obras del estudio sobre *«El elemento germánico en el Derecho español»* y maestro de quienes crearon como órgano del Centro el *Anuario del Historia del Derecho*, de ininterrumpida actualidad hasta hoy. A su lado se formó y continuó su obra Claudio Sánchez Albornoz, quien ya catedrático de Madrid fue pensionado por la Junta en Viena y en Friburgo en el curso 1928-1929. En 1932 accedió al Rectorado de la Universidad de Madrid. Una pléyade de jóvenes investigadores de Historia del derecho y de la Economía se forman entre el Centro y las Universidades alemanas.

10 Vid. López Sánchez, J. M.; *Heterodoxos españoles. El Centro de Estudios Históricos, 1910-1936*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

El primero a mencionar es Ramón Carande, el que más disfruta de Alemania, y que es punto de encuentro entre juristas y economistas. Pensionado en Múnich y en Berlín en 1911 con Adolf Wagner, Schmoller, Lujo Brentano y Werner Sombart, regresa diez años más tarde a Friburgo. Wenceslao Roces, catedrático de Derecho romano, pensionado largo tiempo en Friburgo y en Berlín, con Lenel, Stanheim, Kipp y con intensa vida política, extraordinario y prolijo traductor de clásicos y modernos alemanes, en una tarea que le ayudó a sobrevivir en el exilio mejicano donde desarrolló un amplio magisterio en la UNAM. Manuel Torres López, pensionado en Friburgo entre 1923 y 1926, obtiene la cátedra de Salamanca en este último año y en 1928 regresa de nuevo a Friburgo con Below, Finke y Schwerin. Decano muchos años de la Facultad de Derecho del Madrid, de la que fue catedrático al trasladarse desde la Granada de 1942. Manuel Miguel de las Traviesas, formado en el núcleo del grupo de Oviedo fue becado de 1911 a 1913 en Berlín con Kipp, Kübler, y Hirschfeld. Catedrático de Derecho romano y de civil desde esos años, fue Magistrado el Tribunal de garantías constitucionales de la República. Ursicino Álvarez, discípulo de José Castillejo, amplió estudios en Berlín bajo la dirección de Rabel, Kipp y Wolff. Obtuvo la cátedra de Derecho Romano en la Universidad de Murcia en 1935 y posteriormente la de la Universidad de Madrid en 1941. Para terminar esta selección de historiadores del Derecho y romanistas merece citarse, además de a Juan Beneyto, Javier Malagón Barceló, Luis García de Valdeavellano y Arcimís, al que llevó consigo toda su vida el aura de la Residencia de Estudiantes y de la formación germánica, sin dar a la imprenta poco más que su obra de formación: José Antonio Rubio Sacristán. Se doctoró en Friburgo entre 1922 y 1926, obtiene la cátedra de la Laguna en 1928, acude ya al año siguiente de nuevo a Friburgo pensionado por la JAE y en 1930 es de los primeros juristas en visitar Estados Unidos. Catedrático ya de Valladolid, superó azarosamente la depuración de postguerra y desplegó allí su magisterio oral y el Decanato de la Facultad de Derecho durante los últimos años 60.

FILÓSOFOS DEL DERECHO

Los filósofos del Derecho acuden a Alemania tras la guerra mundial¹¹. Luis Recasens Siches en 1925 a Berlín con Smend, Stamler y Hermann Heller y más tarde a Viena con Kelsen; Enrique Luño Peña el curso 27/28, a Múnich con Beling y apoyado por la *Görres Gessellschaft*; en 1930 Luis Legaz Lacambra estudia en Viena con Kelsen y Verdross. En 1931 comienzan sus estudios en Alemania José Corts Grau, en Friburgo con Heideger y Erik Wolff; José Medina Echevarría en

11 Se sigue muy bien en el primer capítulo de Rivaya, B.; *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937-1945)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Marburgo, donde se acerca a la fenomenología de Heidegger y luego en Munster; Felipe González Vicén comenzó en Frankfurt en 1933 con Baumgarten, luego Marburgo y en Berlín con Smend y Schmitt. Tanto Recasens como Medina, junto con otros significativos integrantes del escalafón de catedráticos en esta materia marcharán al exilio americano. González Vicen logra volver, en lo que es una peripecia significativa de aquél tiempo¹².

LOS CIVILISTAS

El Centro de Estudios Históricos creó una sección específica de Derecho, que dirigió Felipe Clemente de Diego, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valladolid y creador junto con José María Navarro Palencia de la *Revista de Derecho Privado*. Numerosos de sus colaboradores fueron pensionados en Alemania, en su mayor parte para estudiar en la estela de José Castillejo en Halle con Stammler y algunos, además, con Gierke en Berlín. Entre ellos destacan los siguientes: Demófilo de Buen Lozano, pensionado en 1913 y que a su regreso obtuvo la cátedra de Salamanca. Francisco Candil y Calvo, pensionado en 1911 y 1912, catedrático de Sevilla; Leopoldo García-Alas, hijo de *Clarín*, pensionado en 1913, Rector de la Universidad de Oviedo y fusilado por el bando nacional en 1936; Francisco Bonet Ramón, pensionado entre 1933 y 1934 en París y Berlín. Francisco Rivera Pastor, quien además de estudiar en Halle continúa estudios en Marburgo con Cohen y en Múnich con Bierkmeyer.

Felipe Clemente de Diego tuvo, además, un discípulo de larga vida y poderosa influencia durante la República y el franquismo, José Castan Tobeñas¹³. Catedrático de Derecho Civil desde 1928, especialmente fructífero en Valencia, Magistrado del Tribunal Supremo en la República y al que se reincorpora de inmediato tras la guerra civil y lo preside desde 1945 hasta su jubilación, dominando toda la escena jurídica, pero no consta su formación germánica. Pero el otro gran protagonista del Derecho civil español de la segunda mitad del siglo XX sí la tiene bien probada: Federico de Castro y Bravo, discípulo de Felipe Sánchez Román, Catedrático de Derecho civil desde 1930 y también Derecho internacional privado después, es seguramente el más grande civilista español del siglo XX. Cultivó su poderosa inteligencia con una extraordinaria formación jurídica y filosófica. Pensionado en 1928 y 1929, primero en Heidelberg, con Radbruch y Windelband en filosofía, Eckart en economía y Curtius en literatura. En Berlín se concentró en el Derecho civil junto a los colaboradores de Ennecerus, Wolff y Kipp, comentaristas y sistematizadores del primer

12 Vid. en Gil Cremades, J.J., Un expediente sancionador, Sobre un capítulo de la biografía intelectual de González Vicen, *Sistema*, 113, 1993, pp.37-55.

13 Vid. Serrano Gonzalez, A.; *Un día en la vida de José Castan Tobeñas*. Universidad de Valencia: Tirant lo Blanch. 2001.

Código Civil alemán que tradujeron sus colegas Blas Pérez González y José Alguer. El primero de estos fue Ministro de Interior de Franco desde 1942 durante 15 años. Federico de Castro por el contrario se ocupó de la dogmática jurídica y compuso un tratado de Derecho civil español que ha cumplido como el mejor instrumento de formación de juristas hasta el tiempo de la cultura constitucional en que ha sido relevado por sus numerosos discípulos, entre los que se cuentan, sucesivamente, Luis Díez Picazo y Rodrigo Bercovitz.

EL DERECHO DE LA EMPRESA

El Derecho mercantil se constituye en España con Joaquín Garrigues y su *curso de Derecho mercantil*¹⁴, que expresa bien su formación germánica. Su impulso llega a la configuración de este aérea desde el Derecho civil hacia un Derecho de la empresa. Sus discípulos Rodrigo Uría y Antonio Polo acuden pensionados a Alemania al mismo tiempo, en el curso 1929-30. El primero retorna al curso siguiente y el segundo lo hace en 1932-33. Uría obtiene el encargo de cátedra en la Universidad de Oviedo en 1932 y no llega a ser titular pleno hasta después de la guerra en Salamanca primero y en Madrid a partir de 1952. Polo, que se inicia como penalista junto a Jiménez de Asúa y se transforma en Alemania en un sólido investigador del Derecho mercantil, traduce y anota el *Lehrbuch* de Conrad Cosack, lo que le lleva a la cátedra de Oviedo en 1935. Depurado como Emilio Langle –otro que comenzó en el Derecho penal– recupera la cátedra más tarde y se asienta definitivamente en Barcelona. A este trío se une una entera y sólida generación siguiente integrada por Aurelio Menéndez, Manuel Olivencia, Evelio Verdura y José Girón Tena. Este último especialmente prolífico en la creación de Escuela desde sus muchos años en la sede vallisoletana, y presente hoy en las Facultades de Derecho de toda España. Todos ellos y desde del maestro Garrigues constituyen, como acuñó Aurelio Menéndez, «la moderna escuela española de Derecho mercantil».

EL DERECHO DEL TRABAJO

El Derecho del trabajo surge precisamente en la Alemania de la primera postguerra desde el tronco civilista y amparado por el impulso de la legislación social y de la regulación legal de las corporaciones y empresas del tiempo del Bismarck. Weimar fue el laboratorio jurídico de todo ello¹⁵. Gaspar Bayón Chacón – formado junto a Adolfo Posada y de buena formación germánica– expuso en 1957 con bri-

14 Menéndez, A.; *Sobre la moderna Escuela Española de Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas, 1ª ed., 1993.

15 Arrigo, G. Y Vardaro, G. (Eds.), *Laboratorio Weimar, Conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista*, Roma: Ed. Lavori, 1982.

llantez lo que denominó *grandeza, crisis y renacimiento del laboralismo alemán*¹⁶. En su texto procura desligar bien el Derecho del trabajo del nacional socialismo del de la España de la postguerra, y para corregir sombras envuelve la herencia germánica empaquetada por un reciclado Nipperdey —olvidando a Sinzheimer— y como todos los que están instalados en la España oficial, por vocación, interés o por conveniencia, oculta las vergüenzas autoritarias con las encíclicas papales. No hay laboristas como tales entre los becarios de la JAE, pero la orientación «social» de los juristas españoles es muy acusada y resulta influencia directa del magisterio de Adolfo Posada¹⁷ y de la obra legislativa social generada por la Comisión y luego Instituto de Reformas Sociales y sus numerosos técnicos. El iuslaboralismo comienza como tal cuando se reconoce la singularidad del contrato de trabajo, del trabajador dependiente y merecedor de tutela, y el valor normativo de los convenios colectivos. Ello sucede cuando al tiempo del debate de la constitución republicana se aprueba la Ley del contrato de trabajo de 1931, que resulta y texto muy próximo a un proyecto de ley alemán inspirado por Sinzheimer y elaborado por Pottoff. Esa Ley es el vínculo más sólido entre el laboralismo alemán y el español¹⁸, si bien, tras la guerra, la influencia de la doctrina alemana se produce limitadamente a través de dos discípulos de Bayón, Miguel Rodríguez Piñero, catedrático de Sevilla, que alcanzaría la presidencia del Tribunal Constitucional y Luis Enrique de la Villa, catedrático de Madrid y Magistrado el Tribunal Supremo, a los que le siguen en la generación siguiente Antonio Martín Valverde, Bernardo Cremades, y Germán Barreiro, bajo el impulso, ya estos, de Manuel Alonso Olea.

LOS PROCESALISTAS

Tres son los becarios de la JAE que se forman en Alemania y que van a ejercer gran influencia en España. Leonardo Prieto Castro acude a Gotinga y Múnich en el curso de 1929/1930 para estudiar con Örtmann y Kisch. Emilio Gómez Orbaneja acude también en el curso de 1930, no sólo a escuchar a Kiss, Frank y a Wenger en Bonn, sino que también se relacionó con Thomas Mann y Karl Vossler. Secretario del Tribunal de Garantías Constitucionales de la República en 1934, superó con dificultades la depuración hasta que fue repuesto en la Cátedra en 1942. Su manual de Derecho Procesal, civil y penal fue el texto de formación de los juristas españoles

16 Bayon Chacon, G., *Grandeza, crisis y renacimiento del laboralismo alemán* en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. I, Num. I. 1957, p. 19 y ss.

17 Monereo Pérez, J.L., *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2003.

18 Vid. Martín Valverde, A.; *La formación del derecho del trabajo en España. Estudio preliminar*, en AA VV *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*. Madrid: Congreso de los Diputados: Madrid 1987.

en la materia hasta llegar a los albores de la época constitucional. Peor suerte tuvo el hijo del primer Presidente de la República, Nieto Alcalá-Zamora Castillo. Equiparado a pensionado en 1930 acudió también a Múnich y estudió además de con los anteriores con Beling. Obtuvo la cátedra de Santiago en 1932. Obligado al exilio le acoge la Universidad argentina de La Plata, como a Jiménez de Asúa, y desde el año 1946 lo hace la Universidad Nacional Autónoma de Méjico donde junto con una pléyade de juristas españoles constituyen la nueva Facultad de Derecho y fundan el Instituto de Derecho comparado del que fue primer Director Felipe Sánchez Román, y que hoy es el formidable Instituto de Investigaciones Jurídicas¹⁹.

PENALISTAS

Pensionados de primera hornada son Quintiliano Saldaña, Eugenio Cuello Calón y Faustino Ballvé. El primero abre el camino con Frank Von Liszt en Berlín entre 1909 y 1910. De espíritu creativo, buen publicista y con dimensión internacional, participará en 1924 en la fundación de la AIDP, de cuyo grupo español será presidente, asume el encargo de Primo de Rivera de redactar el Código penal de nueva planta que se llamaría «Código de 1928», obra con en la que colaboraría también Cuello. Con el ocaso de Primo de Rivera llegó también el de Saldaña, que fue relegado al ostracismo durante los años de la República y muere refugiado en una embajada en Madrid durante la guerra. Por su parte, Cuello es un penalista clásico y gris que desempeña su cátedra antes y después de la guerra, ejerciendo en este tiempo el máximo poder académico y cuyo mejor fruto ha sido la escuela que hizo en Barcelona su discípulo Octavio Pérez Vitoria, maestro de la mayor parte de los actuales profesores catalanes, en especial el inmediato seguidor Juan Córdoba Roda y todos sus discípulos. Becario de los primeros días es también Fructuoso Carpena Pellicer, que visita Alemania entre otros países, y se convierte en el penitenciario español de mayor relevancia internacional hasta la guerra y gran debelador de la pena de muerte.

Quien saca el mayor partido posible a la pensión de la Junta es Luís Jiménez de Asúa, quien visita París, Zúrich y Berlín. En esta última ciudad, junto a Von Liszt, Goldschmidt y Delaquis alcanzó la formación y el impulso para realizar una obra científica y de divulgación extraordinaria. La Dictadura le impulsa a la política y en la estela de Julián Besteiro y Fernando de los Ríos se integra en el Partido Socialista y en las Cortes constituyentes de 1931 preside la Comisión Constitucional. Imparte la lección inaugural del primer curso republicano en la Universidad Central, en la que presenta la moderna teoría del Derecho penal que von Liszt representaba y

19 Vid. Una hermosa semblanza en Serrano Mingallón, F. (coord.), *Los Maestros del exilio españoles en la Facultad de Derecho de Méjico*, México: Porrúa y UNAM, 2003.

que produce una revolución científica en el país y también en la América hispana. Dirigió el Instituto de Estudios penales, que había creado Victoria Kent, y al que llevó lo que había aprendido en Berlín, como antes lo había hecho también en el Seminario de la Universidad²⁰. Marchado al exilio radicó en Buenos Aires donde hace escuela y desempeña la Presidencia de la República hasta su fallecimiento en 1970. Su *Tratado de Derecho penal* en siete volúmenes es la obra individual más titánica de jurista alguno, que fue capaz de redactar a pesar de que su biblioteca quedó confiscada en Madrid. Buena parte de sus discípulos, también pensionistas de la JAE, le acompañan en el exilio, como Manuel López Rey, pensionado en 1936 en Viena, pero que ya había estado con Mezger en Múnich en el curso 1933-1934. José Antón Oneca, pensionado en Múnich en 1928 con Beling y Frank, queda en España sometido al combinado de cárcel y trabajos forzados y sólo años más tarde es reintegrado a la cátedra desde la que publica una Parte general que será el Manual por excelencia durante 20 años. También en estos mismos años acuden a Alemania José Guallart (1927-1931) y Jaime Masaveu, con Beling y Frank en 1928 y en Viena en 1930. A la última hornada de pensionados pertenecen además Tomás Jaso Roldán, que alcanzaría tras la guerra las más altas responsabilidades en la Fiscalía y Juan del Rosal a quien Jiménez de Asúa envía también a Múnich con Mezger y a quien la guerra sorprende allí. Se incorpora al bando franquista y obtiene la cátedra en 1940 y despliega una influencia académica extraordinaria que domina el panorama español de los años 60 y 70²¹. Sin perjuicio de variaciones metodológicas y de las disputas políticas sucedidas en el tiempo puede decirse que la ciencia penal española debe su modernización a la influencia germánica de los que fueron becarios de la JAE, especialmente de Luis Jiménez de Asúa y José Antón Oneca. Es todavía hoy la lengua de trabajo de la gran mayoría de los penalistas españoles.

LOS DEMÁS CULTIVADORES DEL DERECHO PÚBLICO

Presentar a los pensionados de la JAE del ámbito del Derecho público en sentido amplio, más allá de los penalistas ya mencionados, y su relevancia posterior, es tarea particularmente compleja. Conviene ante todo hacer referencia a la propia riqueza del mundo científico del Derecho público en Alemania a comienzos del siglo XX.

20 Sobre Jiménez de Asúa v. Arroyo Zapatero, L., Luis Jiménez de Asúa, en el *Diccionario Biográfico de la Real Academia de la Historia*, Madrid 2013, 2ª edición, digital, 2018. Enrique Bacigalupo, Introducción y epílogo a la edición de Jiménez de Asúa, *La teoría jurídica del delito (1931)*, Madrid: DYKINSON, 2005. Sobre su concepto de la Constitución y la política v. Sosa Wagner, F.; *Juristas en la Segunda Republica, I. Los iuspublicistas*. Ed. Marcial Pons. 2009, pp. 137-146.

21 Para una guía de navegación v. Cuerda Riezu, A., Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1990, pp. 99-116. También se encuentra en el capítulo siguiente de este libro.

Francisco Sosa Wagner ha presentado un riquísimo fresco de los actores y de los argumentos en los «Maestros alemanes del derecho público»²². La poderosa máquina germánica de generar ideas sobre la organización del Estado y sus relaciones con la sociedad, desde Paul Laband, George Jellinek y Otto Mayer, para continuar con Hans Kelsen, Hermann, Heller, Carl Schmitt y Heinrich Triepel, es una poderosísima fuerza de atracción para los jóvenes españoles de vocación iuspublicista del primer tercio del siglo XX.

Como cultivadores propiamente del Derecho administrativo se cuenta con dos figuras bien señaladas. Antonio García Oviedo, catedrático ya de Derecho administrativo primero en Granada y luego en Sevilla, acude pensionado a Alemania en 1914 y estudia con Anschütz en Berlín y con Otto Mayer en Leipzig. En 1936 es ya Decano de la Facultad de Derecho del Sevilla, en donde se mantiene tras el alzamiento, permaneciendo para siempre en la ciudad universitaria, de la que fue largo tiempo Rector. Segismundo Royo-Villanova Fernández– Cavada es pensionado en varios cursos entre 1931 –1935. Catedrático de Derecho administrativo como su padre, desde el año 1935 en Santiago de Compostela. Se sumó al alzamiento y tuvo responsabilidades en el Ministerio de Educación de Joaquín Ruiz Jiménez y con su cese fue nombrado Rector de la Universidad de Madrid. Francisco Álvarez Saindín, pensionado en Zurich con Flenier en 1930, traduce su Derecho constitucional. Catedrático de Oviedo, intercedió por la vida de su compañero y Rector Leopoldo Alas Argüelles. Ni tuvo éxito, ni tuvo reparo en sucederle de seguido en el cargo.

Mientras parece que los administrativistas hacían el camino natural siguiendo el «hilo que conduce al franquismo»²³, en el Derecho político y constitucional el asunto resulta más diferenciador. A efectos de lo que más interesa a España debe indicarse que los protagonistas más fuertes y más enfrentados del Derecho político alemán del último tiempo de Weimar son Hermann Heller y Carl Schmitt, socialdemócrata y nazi respectivamente. Con los dos estudiaron buen número de españoles becarios de la JAE. Heller²⁴, que es los contados profesores que se enfrenta públicamente a Hitler, es llamado a Madrid por sus discípulos españoles y el Ministro de Instrucción pública Fernando de los Ríos –catedrático de Derecho político que había sido becario entre 1908 y 1910 en Jena y Marburgo con Natorp, Cohen, y Ennecerus y en Harvard después– le contrata como catedrático y llegar a morir en plena clase de un infarto ante un selecto grupo de alumnos que daría mucho

22 Vid. Sosa Wagner, F., *Maestros alemanes de Derecho público* (2º ed.). Ed. Marcial Pons. 2005.

23 En expresión de Sosa Wagner, F., *Juristas en la Segunda Republica, I. Los iuspublicistas*. Ed. Marcial Pons. 2009, p. 240 y ss.

24 Sobre H. Heller en España, López Pina, A., *Prólogo y epílogo a Escritos políticos de Hermann Heller*, Alianza Editorial, Madrid 1985.

juego en adelante: E. Galán, Manuel García Pelayo, M. Tuñón de Lara, A. Truyol, José Antonio Maravall y Mariano Aguilar Navarro, entre otros²⁵. Carl Schmitt es el teórico del nazismo y, precisamente, estudioso de uno de los epígonos del pensamiento reaccionario español de proyección internacional: Donoso Cortes. Schmitt supera con éxito el juicio de Nurenberg, pero fue de los pocos responsables de la legitimación jurídica del régimen de Hitler que no puedo encontrar acomodo en la Universidad de la Alemania Federal. El matrimonio de una hija con un catedrático de Santiago de Compostela le vinculó a España hasta su muerte²⁶.

A la primera generación de becarios de la JAE que acuden a Alemania a formarse en Derecho político pertenecen Antonio Suárez Malfeito, Blas Ramos Sobrino, Cesar Barja Carral, José Sanso Ruiz, Enrique Martí Jara, Manuel Martínez Pedroso y Antonio Luna, éste catedrático de Derecho internacional. Le siguen ya en los 30 Francisco Ayala, Nicolás Ramiro Rico y Francisco Javier Conde. Casi todos pertenecen al impulso académico del patriarca Alfonso Posada. Sus destinos fueron bien distintos. La mitad o más al exilio en América, desarrollando singular obra docente, como Blas Ramos y Manuel Martínez Pedroso en Méjico, donde personalidades como Carlos Fuentes y Arturo Uslar Petri se reclaman sus discípulos en el dominio de la lengua española²⁷. Otros, además de realizar gran obra en ciencia política y sociología, desarrollaron una brillante carrera literaria, como Francisco Ayala. Todos son traductores de unas u otras obras de Heller y Schmitt. El que va a sobrevivir en España con mayor éxito es Francisco Javier Conde, quien, remedando a Schmitt, construye la legitimación del «caudillaje». Su poder al frente del Instituto de Estudios Políticos y su inteligencia, en combinación con la inteligencia y bonhomía de Nicolás Pérez Serrano, que fue Letrado y catedrático de Madrid tan joven que no tuvo tiempo de pedir beca a la JAE, constituyeron el núcleo de desarrollo del moderno Derecho administrativo español y ya, en proximidad a nuestro tiempo, al Derecho constitucional, representada esa obra de tan largo formato y singular proceso evolutivo por la personalidad de Eduardo García de Enterría y otros de su generación²⁸, como Alfredo Gallego Anabitarte²⁹, desde el Instituto y desde el Consejo de Estado, y después en la Universidad, así como la reincorporación a la

25 Sobre Hermann Heller en España Vid. López Pina, ob.cit., pp. 335 y ss.

26 Guillen Kalle, G.; *Carl Schmitt en España, La frontera entre lo político y lo jurídico*. Madrid. 1996. Última publicación en Alemania de Reinhard Mehring, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*. C.H. Beck: Munich 2009.

27 Extraordinario el volumen de Serrano Migallón, F. (coord.) *Los Maestros del exilio españoles en la Facultad de Derecho de México*. Porrúa y UNAM, 2003.

28 García de Enterría, E.; *Para una historia interna de la RAP*, en *Revista de Administración Pública*, n° 150, 1999, pp 611-621.

29 Gallego Anabitarte, A.; La influencia extranjera en el Derecho Administrativo español desde 1950 hasta hoy en *Revista de Administración Pública*, n° 150, 1999, pp. 75-144.

democracia española de otro cualificado puente con aquel tiempo como fue Manuel García Pelayo, y en su estela Francisco Rubio Llorente, prepararon en continuidad con la evolución del pensamiento del Derecho constitucional alemán moderno a toda una generación que con más o menos matices se adscriben a lo que conocemos como Derecho constitucional común europeo de nuestros días³⁰. Es decir, los cultivadores de un patrimonio científico, político y cultural de lo que Elías Díaz denominó *avant la lettre* el Estado social y democrático de Derecho, y que hoy es el nombre propio de nuestra Constitución.

Como colofón de de una aproximación tan ligera como la realizada se puede afirmar, sin embargo, que la obra de formación de juristas por parte de la Junta de Ampliación de Estudios en la Alemania Guillermina primero y en la de Weimar después, tuvo como efecto la primera cualificación científica general de las generaciones de juristas que vivieron esos años. Tanto los que permanecieron en España, como los que se vieron impulsados a refugiarse en América, por efecto de la guerra civil y el posterior autoritarismo carente de piedad para con los vencidos, con las respectivas limitaciones políticas los unos y logísticas los otros, han sido determinantes en la construcción de lo que hoy es la Ciencia del Derecho en España y la América hispana. Los Maestros alemanes representan en la historia y en el tiempo presente una parte constituyente de la identidad de nuestra Ciencia del Derecho, y del modo de realizarse nuestra vocación por la jurisprudencia y la legislación.

30 López Pina, A., *La dogmática alemana, punto de partida de una teoría del Derecho público. Prolegomena a la edición española* de Benda et al., *Manual de Derecho Constitucional*, p. XXI y sigs. Marcial Pons: Madrid 1996.

**JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. MADRID, 19.VI.1889
– BUENOS AIRES (ARGENTINA), 16.XI.1970.
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL. PRESIDENTE
DE LA REPÚBLICA EN EL EXILIO¹**

Nació en el seno de una familia modesta. Su padre, Felipe, era procurador de los tribunales y gestor. Su madre, Dolores, era natural de Bilbao. Su único hermano, Felipe, fue catedrático de Medicina y le acompañó en el destino. Cursó los estudios de bachillerato en el instituto Cardenal Cisneros, que culminó con sobresaliente. Siguió los estudios de la licenciatura en Derecho como estudiante libre oyente, que concluyó con la máxima calificación en septiembre de 1911.

En los cursos de doctorado surgió su vocación académica, impulsada por el penalista Quintiliano Saldaña, personalidad singular y plenamente integrada en el mundo académico internacional de la época. Bajo su dirección realizó la tesis doctoral en 1913 sobre «el sistema de penas determinadas a posteriori en la ciencia y en la vida», tema clásico del positivismo criminológico de la época, inspirado en la obra de Pedro Dorado Montero y de Constancio Bernaldo de Quirós, quien prologó con entusiasmo la publicación. Obtuvo de inmediato una pensión de la Junta de Ampliación de Estudios que le llevó a las Universidades de París, Ginebra y Berlín, donde, junto a Camilo Barcia y Pío del Río Hortega, le sorprendió la Gran Guerra, y a donde regresaría al concluir ésta para completar la interrumpida estancia en el Instituto de Ciencias penales de Franz von Liszt, el más relevante penalista europeo

1 Publicada en *Diccionario Biográfico de la Real Academia de la Historia*, volumen XXVII, Madrid 2011, 2ª ampliada, edición en abierto de 2018.

de su generación. A su regreso fue nombrado profesor auxiliar y después encargado de la cátedra de J. M. Valdés. La obtuvo en reñido concurso de oposición en 1918. Su formación científica se inspiró en el positivismo y en el correccionalismo español y se asentó en el estudio de la obra de las personalidades científicas más relevantes de su tiempo: los positivistas italianos y nuestros clásicos y correccionalistas citados. El aprendizaje que dejó más huella y resultó más fructífero en el tiempo es el que realizó junto a von Liszt, cuya teoría jurídica del delito tradujo al castellano en los volúmenes segundo y tercero de su Tratado (1916 y 1917). Tradujo asimismo el Programa del Curso de Derecho criminal de F. Carrara (1922), príncipe de los penalistas clásicos.

Seguramente seducido por el optimismo humanista que siguió al Tratado de Versalles, incurrió en debilidad por el positivismo, plasmada en su obra *El estado peligroso* (1922), cuya versión en italiano celebró el mismo Ferri, de quien se despidió estruendosamente cuando éste abandonó el socialismo para sumarse a las filas de Mussolini.

En 1923 viajó a América por vez primera. Impartió conferencias y cursos en Argentina y Uruguay. A su regreso se había instalado en España la dictadura de Primo de Rivera. En las esferas intelectuales crecía una oposición que reclamaba responsabilidades políticas por el desastre de Marruecos y contra el golpe de Estado, cuyo máximo exponente era Miguel de Unamuno. La ruptura que ello supuso entre la élite intelectual y la Corona se produjo también con respecto a Jiménez de Asúa, quien pronunció en 1924 en el Ateneo de Madrid su primera conferencia política, que –aunque centrada en materia jurídico-penal– le valió su primera persecución. En 1926 se produjeron numerosas protestas de estudiantes y profesores, a cuya cabeza se encontraba también Jiménez de Asúa, quien tras sonoras intervenciones en la oposición que cubría la vacante forzosa de Unamuno y en la manifestación con motivo de la llegada a Madrid de los restos de Ganivet resultó suspendido en la cátedra y confinado en las islas Chafarinas, junto con Francisco de Cossío y Salvador Vila. En julio de ese mismo año, como presidente accidental del Ateneo madrileño, se opuso al nombramiento gubernativo de una nueva junta, lo que le llevó a la Cárcel Modelo, donde ya se encontraba Marañón por la causa de la Sanjuanada. A finales del mismo año renunció con estrépito al nombramiento para la Comisión de Códigos. En 1927 intervino en la votación del claustro que negó a Alfonso XIII el doctorado honoris causa y pronunció en la Universidad de Murcia una conferencia sobre sexualidad, eugenesia y eutanasia, que dio lugar al libro *Libertad de amar y derecho a morir*, por la que fue separado de la cátedra durante un mes entre grandes protestas. En esos años cultivó la madurez científica, e Iberoamérica se convirtió en su pasión y responsabilidad: hasta 1929 cruzó otras cinco veces el océano y a los países anteriores sumó Perú, Chile, Brasil y Cuba, cuyas legislaciones estudió críticamente y difundió

las obras y las personalidades universitarias de cada una. Inició el ejercicio de la abogacía y en mayo de 1929 renunció a la cátedra en protesta contra la Dictadura, al igual que Ortega y Gasset, Fernando de los Ríos, Felipe Sánchez Román y Alfonso García Valdecasas. En 1930 fue abogado defensor de Santiago Casares Quiroga, integrante del Comité Revolucionario creado por el pacto de San Sebastián, del que saldría el Gobierno Provisional de la República.

En las vísperas del 14 de abril Jiménez de Asúa era ya una personalidad académica de primera línea en España y en el ámbito internacional, con numerosas publicaciones científicas y presencia en las páginas de opinión de los periódicos de ambas orillas del Atlántico. Su definitiva consagración se produjo con la lección inaugural del curso académico republicano en octubre de 1931 sobre la teoría jurídica del delito, primera presentación de la moderna ciencia del derecho penal, que supuso una revolución metodológica en España y América. Era ya también una personalidad política.

Al filo de la transición, se había integrado en Alianza Republicana, el partido de Azaña, pero su preocupación social y los buenos oficios de Fernando de los Ríos le llevaron con la velocidad de los acontecimientos al Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y al escaño por Granada. El Gobierno, que derogó el Código Penal de 1928, le encargó la adecuación del Código de 1870 al orden republicano, lo que se llevó a cabo en quince días. Como diputado le fue encomendada la presidencia de la comisión redactora de la Constitución, en la que desempeñó un relevante papel jurídico y político. Suprimida la Comisión General de Codificación se creó la Comisión Jurídica Asesora, que Asúa presidió después de haber encabezado la subcomisión de Derecho penal, integrada entre otros por José Antón Oneca, Mariano Ruiz Funes, Niceto Alcalá-Zamora Castillo y Arturo Rodríguez Muñoz, que realizaron los trabajos que dieron lugar al Código de 1932. Con Mariano Ruiz Funes corrigió el proyecto gubernativo de la Ley de Vagos y Maleantes (1933) y, aunque reconoció los estados peligrosos sin delito, sometió las medidas de seguridad a la aplicación jurisdiccional. Las características más señaladas del Código de 1932 fueron la supresión de la pena de muerte y de las penas perpetuas, la supresión de la responsabilidad objetiva, la ampliación de las eximentes de enfermedad mental y estado de necesidad, la inclusión en el mismo de la condena y la libertad condicional, la supresión como delito del adulterio y del duelo, y la creación de otros nuevos, como el delito de usura, el daño en cosa propia de utilidad social y las estafas más graves.

Repitió como diputado en las elecciones de 1933 y 1936, en ambas legislaturas por Madrid, con votos personales sólo detrás del más votado de todos: Julián Besteiro. Fue abogado defensor de Largo Caballero en el proceso por los hechos de octubre de 1934, cuyo desencadenamiento rechazó. Tras las últimas, fue elegido vicepresidente 1.º de las Cortes. En marzo de 1936 fue víctima de un atentado

falangista en el que murió su escolta y que inició el trágico ciclo final de las pistolas que abocó en el 18 de julio. Al estallar la Guerra Civil, como otros muchos intelectuales formados en el extranjero, pasó a tareas diplomáticas como embajador de la República en Praga –con Francisco Ayala como secretario– y como delegado ante la Sociedad de Naciones, con Emilio González López de secretario, llevando a cabo una importante función respecto de los países de Centroeuropa, así como de compra de armas y servicios de inteligencia en la Alemania nazi, viviendo en directo el abandono de Gran Bretaña y Francia de la República española y el entreguismo de Munich. Participó en la primera Convención Internacional de prevención y lucha contra el terrorismo de 1937.

Con la derrota de la República, quedó privado de su cátedra y en aplicación de la Ley de Responsabilidades Políticas fue expropiado de todos sus bienes. Aunque invitado en México, se exilió en Argentina. En 1945 presidió en México la última reunión de las Cortes de la República y, a la muerte de Diego Martínez Barrios, tuvo que asumir la Presidencia de la República en el exilio. Aun cuando en la crisis de 1930 la Universidad de Buenos Aires ofreció cátedra a los que la habían perdido en Madrid o a ella habían renunciado, los tiempos políticos de Argentina eran poco propicios para los exiliados españoles a raíz del golpe de estado que derrocó al presidente Yrigoyen. Sin embargo, le apoyaban J. Remorinos –propietario por entonces de la revista *La Ley*– y los profesores Alfredo Palacios, Eusebio Gómez y José Peco, llegando este último a renunciar a su empleo y sueldo de director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de La Plata para que lo desempeñara Jiménez de Asúa, quien así reanudó una vida plenamente dedicada a la tarea universitaria, donde hizo de nuevo «escuela». En Madrid se habían formado junto a él, especialmente en el Instituto de Estudios Penales de Emilio González López, Manuel López Rey y Arrojo, Mariano Jiménez Huerta, Francisco Blasco y Fernández de Moreda, y Faustino Ballvé, que le acompañaron en el exilio. En España quedaron José Antón Oneca –privado de la cátedra y de la libertad–, Arturo Rodríguez Muñoz, Juan del Rosal, Tomás Jaso Roldán y Antonio Rodríguez Sánchez. En La Plata se formaron con él Jorge Frías Caballero, Samuel Dayen y Carlos Gallino Yanzi. En 1946 José Peco y otros profesores de La Plata renunciaron a sus cátedras en protesta contra el régimen peronista. Jiménez de Asúa les acompañó en la renuncia, al tiempo que publicaba *La Ley y el Delito* y la gran obra de Derecho comparado *Los Códigos Penales Iberoamericanos*, escrito en colaboración con F. Carsi Zacarés, fiscal exiliado en Venezuela, en cuyo epílogo –datado el 15 de enero– expresa la creencia, común a tantos otros, de poder regresar de inmediato a España tras la victoria de los aliados. Quedó fuera de la Universidad dedicado sobre todo a la redacción del Tratado, su obra magna y descomunal, con más de siete mil páginas en las que vierte todo el saber

científico y legislativo del ámbito europeo e iberoamericano, cuyo tomo primero apareció en la primera de sus cinco ediciones en 1950 y el séptimo en 1970, poco antes de fallecer.

Tras el derrocamiento de Perón en 1955 se incorporó a la Universidad del Litoral en Santa Fe como director del Instituto de Ciencias Penales y Criminología. En 1958 el nuevo rector de la Universidad de Buenos Aires, Risieri Frondizi, le encomendó la dirección del Instituto de Derecho Penal y Criminología. Manuel de Rivacova y Rivacova acudió a él tras más de diez años de cárcel en España y le sustituyó en la cátedra de Santa Fe. En la Universidad de Buenos Aires realizó una extraordinaria labor con la continuación de su Tratado, publicaciones en revistas francesas y alemanas, en las que dio cuenta de las novedades legislativas y doctrinales de los países iberoamericanos, y dio asimismo cursos y conferencias en toda Iberoamérica –salvo en Nicaragua, siempre bajo la dictadura de Somoza–, y todo ello lo recogió a lo largo de los quince volúmenes de *El Criminalista* y en nuevos libros. Creó la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, a la que luego sucedieron *Nuevo Pensamiento Penal* y *Doctrina Penal*, y reunió a su alrededor a lo que después se convertiría en lo más granado de la doctrina penal argentina contemporánea de dimensión internacional: Spolansky, Baigún, Zaffaroni, D'Alessio, Paixao, Righi, Schiffrin, Bacigalupo, Romero, Tozzini, entre otros.

Pero, tras ser atropellada la Universidad por el golpe de Estado de Onganía en 1966, decidió una vez más renunciar a la cátedra –así como a la de Criminología, que había sido creada para él en la Facultad de Psicología– ante la tentativa de un sector conservador de la Facultad de Derecho de suprimir su plaza y se refugió con sus discípulos en su propia casa y en el Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Ya en 1929 dio principio al prólogo de su *Crónica del Crimen*, con premonitoria declaración: «Un hombre sin fortuna personal y sin vocación de tráfuga, si a mayor abundamiento es rebelde, no solo halla dificultades para vivir en medios de dictadura, sino que su cargo oficial de catedrático está en continuo riesgo». Mantuvo en todo su tiempo las relaciones académicas internacionales, desempeñando la vicepresidencia de la Asociación Internacional de Derecho Penal y como miembro del consejo de dirección de la Sociedad Internacional de Criminología y de la Sociedad Internacional de Defensa Social.

Dedicó los últimos años a la obra científica –con la redacción del Tratado– y discipular, y recibió un gran homenaje científico internacional en 1964 y otro en el año de su fallecimiento. Apuró el cáliz del sentido del deber y de la dignidad, sin más medios que los propios personales, en la tarea de representar a la democracia española que encarnaba la institución de la República, tarea en la que le acompañaba como Presidente del Gobierno don Claudio Sánchez Albornoz.

Mientras tanto, las autoridades políticas que regían la Universidad española mantuvieron hasta 1977 en la Complutense su Tratado en el escabel de la Argentina. Entrado ya el tiempo de la Constitución en España, se le ofrecieron homenajes por parte de la Universidad Complutense en 1986, que organizó Marino Barbero Santos, y por el ministro de Justicia, Enrique Múgica, en 1989, que concluyó con la concesión por Su Majestad el Rey de España de la Orden del Mérito Constitucional.

Obras de Luis Jiménez de Asúa:

La Sentencia Indeterminada-El sistema de penas determinadas «a posteriori», Madrid, Reus, 1913; *El derecho penal del porvenir. La unificación del Derecho penal en Suiza*, Madrid, Reus, 1916; *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericana*, Madrid, Suárez, 1918; *Política-Figuras- Paisajes*, Madrid, Historia Nueva, 1927; *Libertad de amar y derecho a morir-Ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia y endocrinología*, Madrid, Historia Nueva, 1928; *El Nuevo Derecho Penal-Escuelas y Códigos del presente y del porvenir*, Madrid, Editorial Páez, 1929; *Crónica del crimen*, Madrid, Historia Nueva, 1929 (4.^a ed., La Habana, J. Montero Editor, 1950; reimpr., Madrid, Ministerio de Justicia, 1989); *Notas de un confinado*, Madrid, Mundo Latino, 1930; *La teoría jurídica del delito*, Madrid, Imprenta Colonial, 1931; *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Madrid, Editorial Reus, 1932; *Defensas penales*, Madrid, 1933-1936, 3 vols. (reed., Buenos Aires, 1943); «Valor de la psicología profunda. Psicoanálisis y psicología individual», en *Ciencias penales*, Madrid, Reus, 1935 (Buenos Aires, Losada, 1940); con F. Carsi Zacarés, *Códigos penales iberoamericanos*, Caracas, Editorial Andrés Bello, 1946; *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946; *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Losada, 1950-1970, 7 vols.; *El criminalista, primera serie*, La Ley, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 1941-1952, 10 vols.; *El criminalista, segunda serie*, vols., XI a XVII, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 1955-1966; *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958; «‘Corsi e ricorsi’: La vuelta de von Liszt», en *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 1, vol. 2 (1972), págs. 191-203; [Una completa relación de libros, hasta 136, prólogos y obras menores puede verse en t. VII de su *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., págs. 999-1005].

Bibliografía, por orden de aparición: VV. AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964; J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la Codificación Española*, t. V, vol. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970; VV. AA., *Problemas actuales de las Ciencias penales y de la filosofía del Derecho, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Panne-

dille, 1970; J. Antón Oneca, «La obra penalista de Jiménez de Asúa», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. III, 1970, págs. 547 y ss.; J. Pereda, Mi amistad con Jiménez de Asúa, *Estudios de Deusto*, n° 39-41, 1970, p. 559-566; E. López Sevilla, *Luis Jiménez de Asúa: el político*, M. Jiménez Huerta, «Luis Jiménez de Asúa: el profesor», A. Quiroz Cuarón, «Luis Jiménez de Asúa: el criminólogo», F. Laplaza, «Homenaje a la memoria de L. J. A.», E. González López, «El maestro L. J. A.» y J. Antón Oneca, «Don Luis Jiménez de Asúa-Notas para una biografía», en *Criminalia*, n.º 2, 1972, págs. 33-43, págs. 45-49, págs. 51-53, págs. 71-78, págs. 79- 80 y págs. 81-92, respect.; VV. AA., *A la Memoria del profesor Luis Jiménez de Asúa*, Valparaíso, Instituto de Ciencias Penales, 1972; H. Mattes, *Luis Jiménez de Asúa-Vida y obra*, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977 [original alemán en ZStW, Berlín, 1972, págs. 149- 197]; M. Barbero Santos, *Política y derecho penal en España*, Madrid, Túcar Ediciones, 1977; S. Urbina Tortella, *Ética y Política en Luis Jiménez de Asúa*, Palma, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984; I. de Miguel Pérez, *Jiménez de Asúa-Jurista y Político*, Madrid, Editorial Científica Iberoamericana, 1985; VV. AA., «Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, junio de 1986, [con estudios biográficos y notas de M. Barbero Santos, J. Prat, J. Ruiz-Giménez, J. Cerezo Mir, M. Rivacova, R. Gibert, H. H. Jescheck, G. Landrove, F. Muñoz Conde, M. Pisani y C. Tozzini]; L. Marcó del Pont, *Criminólogos españoles del exilio*, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1986, págs. 35-63; J. M. Martínez Val, «Luis Jiménez de Asúa», en *Boletín del Ilustrísimo Colegio de Abogados de Madrid (BICAM)*, vol. 6, 1989, págs. 109- 118; J. M. Martínez Val, *En el centenario: Luis Jiménez de Asúa*, A. García-Pablos de Molina, «La figura de Don Luis Jiménez de Asúa en la criminología», y M. de Rivacova y Rivacova, «La figura de Jiménez de Asúa en el Derecho Penal», en *BICAM*, vol. 4, 1989, págs. 65-74, págs. 75-82 y págs. 83-96, respect.; M. Barbero Santos, «Remembranza de D. Luis Jiménez de Asúa», y M. Rivacova y Rivacova, «Presencia y obra del penalismo español del exilio en Hispanoamérica», en *Doctrina Penal*, n.ºs 49/52, 1990, págs. 23-32 y págs. 243-258, respect.; E. Bacigalupo, «Jiménez de Asúa, un exilado que creó escuela», en *Cuadernos de la Fundación Españoles en el Mundo*, Madrid, Edición Fundación Españoles en el Mundo, 1993, págs. 1-32; M. Casanova, *La diplomacia española durante la Guerra Civil*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid 1996, p. 133-206; F. Serrano Migallón, *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa, 2003; Bacigalupo, Enrique, *Estudio Preliminar y epílogo a La teoría jurídica del delito de Luis Jimenez de Asúa*. Dykinson: Madrid 2005; L. E. Otero Carvajal (dir.), *La destrucción de la ciencia en España. Depuración universitaria en el franquismo*, Madrid, Editorial Complutense, 2006; Sosa Wagner, Fran-

cisco. *Juristas en la Segunda República, I. Los iuspublicistas*. Ed. Marcial Pons. 2009, p. 137-146; Matilde Eiroa, La embajada de Praga y el servicio de información de Jiménez de Asúa, en Ángel Viñas, *Al servicio de la República*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 270-240. Puyol Montero, José María y Roldán Cañizares, Enrique, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)» en *Diccionario de catedráticos españoles de derecho (1847-1943)* [en línea]. Universidad Carlos III de Madrid, disponible en: <http://www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos>, 2013, actualizado en 2018; Cesano, Jose Daniel, «Luis Jiménez de Asúa en Córdoba (1923-1930): Viajes académicos, redes intelectuales y cultura jurídico penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, marzo 2013, (Bs. As.), p. 251-264. Enrique Roldan Cañizares, Luis Jiménez de Asúa. *Derecho penal, República, Exilio*, DYKINSON, Madrid 2019.

DON MARINO BARBERO SANTOS: CATEDRÁTICO Y MAGISTRADO¹

En noviembre de 1969 asistimos a la primera lección de derecho penal de Don Marino Barbero en la Universidad de Valladolid. Los alumnos la seguimos con el interés y la expectación que había despertado la noticia de su condición de liberal comprometido que acompañó su viaje de Murcia a la vieja ciudad castellana. En la breve reseña de un semanario universitario de la época se decía que era el único catedrático que no había jurado los principios del Movimiento y que a los pocos meses del fusilamiento de Grimau pronunció su lección de incorporación al Claustro de la Universidad de Murcia con un alegato contra la pena capital. Nadie quedó desengañado: superando el lenguaje esopiano de la época, brochazo a brochazo, que cortaba el aire del aula de grados de la Facultad, fuimos transportados desde del Código penal hasta el penal de Carmona, para acompañar a Julián Besteiro en la hora de su muerte y aprender la primera palabra en lengua alemana, *Freiheit*, cuya sola expresión en castellano resultaba francamente sediciosa y emocionante: libertad. También aprendimos ese día quién era Don Luis Jiménez de Asúa, patriarca del derecho penal español, socialista y Presidente de la República en el exilio, así como muchas otras cosas más, en aquella lección y las que le siguieron, eso sí, arreglándoselas siempre para no salirse jamás del programa de la asignatura y de la lección del día, para desesperación de los dos fijos de sus clases que, además de nosotros, eran uno de la brigada político-social y otro del servicio de inteligencia militar. Sólo se salió del programa el día que murió Jiménez de Asúa. Traspasado de

1 En *Boletín de la Real Academia de Extremadura*, XI, 2000-2001, p. 365 y ss. Firmado por Luis Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Juan Terradillos Basoco.

dolor y de pasión, con la vena henchida, maldijo a los que habían secuestrado hasta la libertad de morir en la propia patria, aunque esa patria fuera una mala madre con la mitad de sus hijos. No nos habíamos aún recuperado de la impresión cuando ya tenían informe en Capitanía, y no sólo porque tocaba el robo. Así sucedían las cosas en aquel tiempo en el que no pocos, además de estudiar o preparar oposiciones, afirmaban cotidianamente su dignidad y, con ello, la de todos.

La obra científica de Don Marino se proyectó siempre sobre la política del derecho penal. No podía soportar el limitarse y refugiarse en disputas sobre la posición del dolo y las estructuras lógico-objetivas, por eso sus publicaciones lo fueron siempre sobre asuntos de utilidad y fue casi siempre pionero: contra la pena de muerte, contra la Ley de peligrosidad social, contra la impunidad de los delincuentes económicos, la responsabilidad de los menores, las drogas, las manipulaciones genéticas, y siempre desde un bagaje de cultura profunda, de historia, de arte, de respeto a los clásicos y con un exquisito respeto por la libertad de los demás. Su independencia y su compromiso con las libertades le causaron problemas e incomprensiones. Así, obtenida en 1975 la Cátedra de la Universidad Complutense, la Cátedra de Jiménez de Asúa, nos decía emocionado que su nombramiento fue retenido de modo injustificado por el Ministro de turno.

El compromiso con quienes estábamos próximos a él, con nuestra carrera académica, es algo que ninguno de nosotros tres podemos olvidar, era la figura, hoy por muchos relegada del maestro, que enseña no sólo una materia, sino también una actitud ante la Universidad y ante la vida. Baste el recuerdo de un ejemplo, cuando en el año 1974 uno de nosotros postulaba para ayudante y el Rector el hizo saber que no sería contratado por razones políticas, ni corto ni perezoso despachó un oficio por el que le comunicaba que de producirse esa arbitrariedad ¡renunciaba a la cátedra! . Y como sabían lo que haría se hizo el contrato.

Por ello no nos asombró que renunciara a la condición de Magistrado del Supremo cuando el Consejo del Poder Judicial le negó el amparo y le sustrajo con ello la libertad e independencia material que todo juez necesita. Cuando alguno aludió a la inminente mejora del estatuto de los magistrados del Tribunal Supremo nos espetó: Uds. saben que en la vida y por cuestión de principios ya he renunciado a cosas más importantes que tres veces el sueldo de catedrático. Dicho y hecho. En realidad, pareciera que ha esperado para morir a conocer la sentencia del Tribunal Constitucional del pasado 4 de junio en la que todos los reproches que le hicieron los interesados, los reservistas y los aprovechados del bando contrario han quedado en nada. El Constitucional ha venido a declarar que la instrucción del caso Filesa por el catedrático despistado era impoluta. Ha sido una hermosa reivindicación de la figura de Don Marino y de la de todo juez, que debe ser siempre más justo e

independiente que prudente, y particularmente una reivindicación de los jueces del turno de los juristas de reconocido prestigio.

Marino Barbero se incorporó al Supremo en 1986. Su nombramiento por el Consejo General del Poder Judicial formaba parte de la democratización del alto Tribunal lentamente impuesta por el ritmo de las jubilaciones de los magistrados del Régimen, inaugurada con la incorporación a su presidencia de Don Federico Sainz de Robles, continuada bajo los impulsos de Fernando Ledesma como Ministro de Justicia y garantizada a golpe de sentencia del Tribunal Constitucional, dos personalidades jurídicas que se formaron también en el Valladolid de aquellos años finales de la Dictadura. Merece la pena recordar que el Magistrado Sainz de Robles pasó al Supremo desde su bufete de abogado, al que le había llevado su firme independencia como juez frente a un Ministro de Justicia de Franco. Nosotros hemos tenido el privilegio de aprender lo que era la autonomía universitaria o la independencia judicial sin necesidad de esperar a que lo dijera la Constitución o el Tribunal constitucional, nos bastó con tener la mirada atenta a los contados Maestros que nos lo enseñaron con su ejemplo.

En estos días preparábamos la presentación del libro que sus amigos y discípulos hemos compuesto en su homenaje con motivo de su jubilación. Hoy mismo llega la confirmación de la fecha por su maestro alemán, el profesor Jescheck, patriarca de los penalistas europeos, quien no quería estar ausente en la fiesta académica de su amigo y discípulo, a pesar de sus 89 años, el próximo 4 de octubre en el Paraninfo de la Universidad en Toledo, sobre la tumba de gran inquisidor Melchor Cano, ironías de la vida. Ya no será una fiesta, sino una sesión necrológica. También aprendimos de él cómo hacer, pues le ayudamos a realizar en Salamanca la de su maestro, don José Antón Oncea, discípulo de Jiménez de Asúa, Catedrático de Salamanca y Magistrado del Supremo con la República, de donde pasó a la cárcel y a los trabajos forzados durante dos años y que murió la noche del 23 de febrero de 1981, seguramente de asco. Todo el aprendizaje lo hemos tenido fácil, de unos a otros, debe ser a esto a lo que algunos llaman endogamia. Cómo olvidar sus palabras de maestro cuando inmediatamente después de obtenida la Cátedra, nos recordaba lo que debe ser un profesor universitario, lo que su actividad tiene de compromiso exclusivo y excluyente con esta institución, cómo el pluralismo, el respeto por la opinión discrepante, la independencia frente al poder, debe ser la guía de todos los que un día asumimos el compromiso de generar saber y transmitirlo. Esperamos, años después, haber mantenido una trayectoria acorde con el magisterio que hasta el último momento hemos recibido de su palabra, de sus escritos y de su trayectoria personal.

JUAN BUSTOS RAMÍREZ; A QUIEN VIVE CON AFÁN NO HAY NIEBLA QUE SE LO LLEVE¹

Fue en las escaleras del aparcamiento del edificio de la Universidad de Colonia donde se alojaba el Kriminalwissenschaftliches Institut y la Kriminologische Forschungsstelle que dirigían Hans Joachim Hirsch y Hilde Kaufman. Los nombrecitos de edificios y profesores los pronunciamos hoy de corrido, pero en aquel tiempo, primavera de 1976, yo era un pipiolo de pueblo, recién llegado de la vieja y austera ciudad universitaria de Valladolid, triste de franquismo. De pueblo y con el alemán en primera fase de aprendizaje. Era mi augur Juan Gardella, filósofo del derecho de Rosario, exiliado de Argentina y de su mujer, acogido por Ulrich Klug y apadrinado por Hirsch. Su carácter tímido y austero, así como su hombría de bien, dificultaba al maestro alemán el comprender el peligro que Gardella pudiera comportar para los dictadores de su patria. hasta el punto de llegar a pensar que Gardella era a ocultas obispo de alguna confesión religiosa protestante, por supuesto. Con su discreta prudencia me ilustró acerca de un grupo de argentinos exiliados que vivían en Bonn, lo que para él resultaba bien lógico, pues en su opinión como rosarino, los de Buenos Aires deben exiliarse sólo en las capitales de las naciones de acogida. En aquel entonces no sabía yo quien era Armin Kaufman, ni que la encantadora Hilde Kaufman había tomado el apellido del primero, pues en Alemania el nombre del marido es yugo del que no libra ni el divorcio que, además, para las mujeres científicas llega siempre demasiado tarde. Sólo comenzaba entonces a captar que entre Hirsch y Welzel había algo más que una mosca, bichito que había atizado el

1 En <http://www.cienciaspenales.net/2015/05/26/homenaje-al-prof-juan-bustos-ramirez/>

fuego del debate sobre la teoría de los elementos negativos del tipo. Que a nadie este asunto le resulte baladí, pues para lo que vale realmente la dogmática alemana, lo que la legitima plenamente y lo que la hace insustituible, es porque distingue mejor que nadie entre exculpación y justificación. Un asunto que Juan Bustos conocía ya al dedillo, tras haber hecho su segundo doctorado con el maestro de Bonn.

Y así, en el aparcamiento, y no en el seminario, es donde recuerdo al grupo que llegó de Bonn a Colonia para acudir a la cita académica con Hilde Kaufman: Julio Maier, Leopoldo Schiffrin, Enrique Bacigalupo y Juan Bustos, éste recién traído por los pelos desde la cárcel de Resistencia por los Kaufman y la Fundación Alexander von Humboldt, lo mismo que ocurriría con Roberto Bergalli unos meses después.

Por mi maestro Marino Barbero sabía de los numerosos elencos de penalistas españoles exiliados a consecuencia del franquismo, presididos por su principal Don Luis Jiménez de Asúa. O sea, que al conocer aquellos ilustres penalistas latinoamericanos que se encontraban expulsados de su Patria en el principio de su madurez, comencé a sospechar que ser penalista no es una buena opción para una vida tranquila.

A todos los capté en ese primer encuentro tal y como se comportaron siempre después. Todos muy inteligentes y sabidos y, además, Julio Maier me pareció buenísima persona, Leopoldo Schiffrin muy bueno pero muy raro —en realidad la Inquisición lo hubiera dejado fritito—, Enrique Bacigalupo, frío y calculador, como buen practicante de la esgrima. De Juan Bustos sobre todo recuerdo su mirada tímida y penetrante a la vez, su media y tierna sonrisa y con una apariencia juvenil que le ha acompañado siempre. El que Juan hubiera sido colaborador de Allende le convertía en icono de toda una generación que nació a la política con las ideas que aquel representó: socialismo y democracia o, dicho con los términos de la Constitución de Cádiz, libertad y progreso.

En el seminario de Colonia fue el último en hablar. Por vez primera oía el tono de un chileno. Incurrí en el error que cometí con el primero que conocí de la Córdoba argentina, o sea, que no era un defecto individual. No menos se impresionó conmigo Julio Maier, quien decía que yo hablaba castellano como en los libros clásicos. No era para menos, se trataba de un chico de Valladolid de la última generación que se formó en el hablar sin televisión en casa. Un chico de provincias tan poco viajado que estrenaba pasaporte, pues me privaron de él desde que tuve sentido común, y el que tenía en ese momento me lo había dado el Tribunal de Orden Público sólo tras recibir la beca del DAAD, con los oficios cómplices de la condesa de Herberstein de la embajada alemana en Madrid, con la pérfida condición de retornar a la Villa cuando se realizara el juicio que me perseguía desde hacía un par de años. Total, que con aquellos personajes que tanto derecho penal llevaban encima de sus lomos como dentro de sus cabezas, me sentía yo —un modesto becario— con todas las cartas echadas para ser de mayor un digno penalista.

Recuerdos y emociones que me han venido a la cabeza al rememorar al compañero ejemplar. En Castilla se dice que al que vive sin afán se lo lleva la niebla. No será el caso de Juan. El afán lo puso en todo: en hacer sus hijos tan numerosos que ronda lo inconstitucional, inspirado no en mandatos vaticanos sino, como diría Cervantes, por el regusto de hacerlos; en el cuidado por sus hijos académicos en ambas orillas del Atlántico y en defender a América Latina y la causa del progreso. A un tal afán no hay niebla que se lleve ni su mirada tímida y penetrante, ni el contorno de su rostro teñido de su media y tierna sonrisa cómplice con las obras que son amores. No hay niebla que se lleve a Juan.

Publicado en el Portal Iberoamericano de Ciencias Penales al fallecer Juan Bustos en agosto de 2008.

EN RECUERDO DE MARC ANCEL, CON MOTIVO DE LOS 50 AÑOS DE LA PUBLICACIÓN DE LA NUEVA DEFENSA SOCIAL*

Señor Presidente de la Cour de Cassation
Queridos amigos y colegas

Quien les habla tuvo la suerte de tener como profesor de primer curso de Derecho Penal a un maestro tristemente desaparecido y bien querido por todos, Marino Barbero Santos. En aquel año de 1971 de la publicación de segunda edición de la «Defense Sociale Nouvelle» no podían faltar las referencias a nuestro homenajeado.

Y así, privilegio para unos jóvenes estudiantes de la vieja Universidad y provinciana ciudad de Valladolid del tiempo oscuro de la Dictadura, Marino Barbero nos habló el primer día de clase de Luis Jiménez de Asúa, patriarca del Derecho penal español, formado en Berlín, París y Ginebra, exiliado hasta su muerte en ese mismo tiempo en Buenos Aires. Y junto al penalista español Marino nos presentaba como en un «trailer» de la película del Derecho penal a los demás personajes: Marc Ancel, Giuliano Vassalli, Hans Heinrich Jescheck.

Ancel pertenece al primer día de mi vida como penalista. Ancel y los demás citados representaban para aquellos jóvenes el sueño de Europa, el sueño de la libertad, un verdadero sueño español que no se hizo realidad hasta 10 años después, con la Constitución democrática de 1978 y con la integración en la Comunidad Europea en el año 1985.

* En francés en *Revue de Sciences Criminelles et Droit penal Comparé*, nº 1, 2005.

El día en el que en Lisboa se me invitó a ser candidato a su sucesión no pude evitar recordar la impresión de aquellos días de juventud en los que escribí en las anotaciones de clase el nombre de Marc Ancel y el citado elenco de penalistas que para nosotros eran ante todo «europeos».

Y es que los citados, siendo universales en su obra y en su enseñanza representaban lo mejor de aquella generación que en la inmediata postguerra encarnaron la idea de superar 150 años con al menos 4 grandes guerras civiles europeas desde la de Napoleón hasta la llamada 2ª Guerra Mundial.

Hoy, ante una Unión Europea que es más mercado que política, y ante una Constitución que no realiza por completo el sueño de una Europa Social y democrática, no podemos por menos que recordar que esa Constitución representa el cierre de una primera etapa de las instituciones europeas que han desterrado de nuestros países la maldición de la guerra.

A pesar de todas sus debilidades, la Constitución europea, creo que es también el cumplimiento del sueño cívico de Napoleón Bonaparte, es decir, la suma de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano y del Code Civil, cuyo segundo centenario ha celebrado esta Cour de Cassation hace uno meses, «le plus grand bien que les hommes prissent donoser et recevoir» en palabras de Portalis, que nos ha recordado en un hermoso opúsculo Robert Badinter.

La constitución de la Société es una gran obra de construcción europea, aunque desborde este espacio. Se advierte en la inteligente convivencia y superación con Filippo Gramatica y la Escuela positivista italiana, así como en la rápida incorporación de los alemanes en la persona que por su juventud no tenía pasado antes de la guerra, como H.H. Jeschek. También en el esfuerzo de compresión e hibridación del mundo anglosajón, y también de los países del Este de Europa.

La obra científica de Marc Ancel es también un producto destilado europeo: el intento de superación tanto de la obra de Prins, Van Hammen y von Liszt, creadores de la actual AIDP, con su obra del positivismo criminológico italiano más depurado, de Garófalo al propio Gramatica, pero también, español Pedro Dorado Montero y el máximo exponente del «correccionalismo» español que nos separó tempranamente de Kant y Hegel.

Pero naturalmente la obra político jurídica y científica de Marc Ancel es internacional o, mejor, universal y su expresión más plástica es el que la gran instancia de Naciones Unidas que se ocupa del crimen y su prevención se llamó Comisión de Defensa Social.

De especial interés resulta su modo de abordar la cuestión del Derecho penal de los países anglosajones y, en otras medidas, de los entonces países socialistas de Europa.

Esta es hoy una perspectiva de singular importancia para el «comparativisme juridique» de nuevo tipo que hoy requiere lo que Mirelle Delmas Marty llama hoy los «Chemins de la Harmonisation». La fuerza imparable de la globalización requiere un esfuerzo extraordinario de los juristas por trazar los caminos del buen gobierno del mundo globalizado y es altamente imposible que tales normas comunes salgan de la disputa entre escuelas o entre los grandes sistemas de Derecho, nacionales o regionales.

Los caminos de la armonización del Derecho penal, del derecho de las Universidades, del derecho de la informática o del comercio internacional serán más transitables si reflexionamos sobre las instituciones práctica de cada país o región en vez de –sólo– sobre sus teorías.

Aquellos a quienes acompaño en este homenaje están más legitimados que yo para hablar de Marc Ancel, por razón de familia, de amistad o discipular, yo como Presidente actual de la Societé estoy obligado a referirme a ella.

Sobre este punto quiero decirles que tengo por bien seguro la pervivencia y futuro fructífero de la Societé. Tras un tiempo en el que casi se nos hace creer que había llegado el fin de la Historia nos hemos despertado en medio de una tormenta de «tolerancia cero», de un volcán de un nuevo y más destructivo terrorismo que no es fruto de la abundancia europea sino de la miseria de buena parte del mundo. Los fenómenos migratorios han dado pie a un incremento real e imaginario de la seguridad que induce a un aprovechamiento político que opera con leyes de inseguridad ciudadana que representan retrocesos notables en las garantías de los derechos fundamentales. La nueva y muy dañosa criminalidad organizada producto del levantamiento de fronteras requiere medidas penales especiales que tienden a ser proyectadas para la criminalidad común.

No todo son desastres. La justicia universal en el fin de la impunidad de los más graves crímenes es posiblemente «le plus grand bien» de nostre temps» y la Corte Penal Internacinal es una luz de esperanza en un futuro de mayor justicia. Ningún país osa hoy mantener sistemas de de esclavitud o de «apartheid». Resta no obstante pendiente tutelar en general, y también en lo penal, la igualdad de la mujer frente a la arbitrariedad, legal pero criminal, que en numerosos países impone a la mujer una moral sexual contraria a la dignidad humana, así como tutelar de modo eficaz a la mujer frente a los malos tratos en las relaciones de pareja, que son hoy lacra y epidemia de las sociedades occidentales de nuestro tiempo.

Queridos amigos de Marc Ancel, la Societé Internationale de Défense Sociales tiene –desgraciadamente– un gran futuro y una alta responsabilidad.

HANS HEINRICH JESCHECK: LA FORJA DE UN CARÁCTER O ALEMANIA EXPLICADA A DOCTORANDOS CHINOS¹

El Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia ha cumplido en 2016 cincuenta años de su creación oficial en 1966, más allá de su primera aparición como Seminario e Instituto de la Universidad, creado por Adolf Schönke en 1938. Es hoy uno de los ocho institutos jurídicos Max-Planck. Su fundador fue Hans-Heinrich Jescheck y para la ocasión se han presentado los libros en homenaje al primer director y al que tiempo después lo fue de la sección de criminología, Günter Kaiser.

En 2011 ya se hizo en el Instituto un buen Congreso sobre la personalidad de Jescheck, de su obra científica, de su labor como creador de puentes entre las ciencias penales de diversos países, continentes y sociedades científicas, todo ello con Friburgo como escenario. Me correspondió tratar las relaciones de Jescheck con España, así como las características de su personalidad, intervención que se enriqueció en mi estancia en el Instituto como becario Humboldt, con un largo Vortrag que titulé: Jescheck: la formación de un carácter, que podría haber subtitulado como ahora «Jescheck y Alemania explicados también para doctorandos chinos», pues frente a los numerosos huéspedes extranjeros de entonces que protagonizaban españoles e italianos, en el aforo actual destacan los más de veinte doctorandos

1 Publicado en *Strafrecht in einer globalen Welt Internationales Kolloquium zum Gedenken an Professor Dr. Hans-Heinrich Jescheck vom 7. bis 8. Januar 2011* Herausgegeben zum 50-jährigen Bestehen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, Dunker & Humblot, Berlin 2016

provenientes de China continental. Lo ofrezco ahora en lengua española en versión más abreviada y sin las notas copiosas que acompañan la edición en alemán. El complemento audio-visual de que hice uso puede seguirse en la versión disponible en la sección de *Alumni* del Instituto y en mi Blog.uclm.LuisArroyoZapatero².

Recién regresado en 1977 de dos años de preparación del doctorado como becario del DAAD en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Colonia, acogido a la hospitalidad personal y científica del profesor Hirsch, seguí a mi maestro a la Universidad de Madrid donde había organizado el primer congreso Penal general de la democracia y al que Marino Barbero había invitado por vez primera a los grandes penalistas. Giuliano Vassalli no había querido venir nunca. Militante antifascista frente a Mussolini, el respeto a su tío muerto en la defensa de la República española le reclamaba la ausencia. Y Jescheck, que no había venido en vida de Franco a España, salvo en un viaje privado en coche con Dr. Madlener camino de Coimbra, por respeto quizá a sus discípulos españoles.

Pero en 1977 la constitución de España en Estado social y democrático de Derecho estaba a punto de ser una realidad. Topé con Jescheck en la escalera imperial del Hotel Alfonso VIII, en el primer Congreso del grupo español de la AIDP, que tenía lugar en una segunda fase en la ciudad episcopal de Plasencia, el lugar de nacimiento de Marino Barbero y donde éste encontró la financiación complementaria para tan ilustres como numerosos visitantes. Me presenté y le conté mi corta historia. Quedó discretamente sorprendido de que Barbero no hubiera enviado a su primer discípulo al MPI. Seguramente no supo nunca que la razón de mi destino fuera el cambio del *Hausordnung* en el paso al nuevo y excelente edificio del Instituto, donde las cosas no podrían ser ya como antes: 24 horas de libre entrada y salida y cada cual con su propia llave. Los jóvenes españoles huéspedes en aquel tránsito capitaneados por Emilio Octavio de Toledo se habían quejado a Don Marino, con apoyo de los italianos, pues no en vano era éste doctor por Bolonia. Don Marino como huésped más antiguo del Instituto trasladó la queja al director en la propia casa particular de éste durante una de las entrañables recepciones a los visitantes extranjeros, como Quijote contra molinos de viento. Sin éxito la queja, y yo a Colonia, donde efectivamente disfruté del magisterio y la hospitalidad bien conocida de Hans Joachim Hirsch, y de llave propia del KWI.

Recuerdo la imagen de Jescheck en aquella escalera imperial: alto, elegante, seguro, amable y majestuoso. Era la imagen clásica que los españoles teníamos de un profesor alemán ideal: mitad monje y mitad soldado germánico. Todo cuadraba con esa imagen que me había hecho de Jescheck desde los primeros días del semi-

2 Para la edición original de ambos textos v. Arroyo Zapatero, L. Hans-Heinrich Jescheck: «Die Bildung eines Charakters» y «Brücken mit Spanien» en U. Sieber (Hrsg.) *Strafrecht in einer globalen Welt*, Dunker & Humblot, Berlin 2016, págs.108-127, con numerosas referencias bibliográficas.

nario de Derecho penal de la Universidad de Valladolid en los que Marino Barbero nos había explicado en 1973, recién concluidos los estudios de la Licenciatura, los paisajes y los personajes de lo que podía ser nuestra vocación, así como las becas por las que habría ésta de transitar. Tres de aquellos jóvenes estudiantes hemos sido ordinarios del derecho penal, y dos hemos tenido el honor de ser incorporados a esa orden de caballería teutónica de los Becarios Humboldt.

Uno de aquellos lugares mágicos de los que nos hablaba Don Marino con entusiasmo sin igual en aquellos años de finales de la dictadura era sin duda Friburgo y su Instituto Max-Planck. Yo fuí acogido por mi admirado Klaus Tiedemann en su Instituto de derecho penal económico y criminología. Jescheck me invitó a uno de sus tradicionales presentaciones de los reportajes con informes sobre sus viajes en el aula del Instituto, junto con todos los miembros del mismo y los huéspedes de ese verano. Hoy viaja todo el mundo, los pobres y los ricos, los profesores y los estudiantes, pero hace 100 años apenas nadie viajaba salvo que fuera para emigrar o exiliarse. La invención de los viajes de formación, con el propósito de conocer la historia o la geografía es de edad más reciente. Viajar pertenece hoy como ocurre con el deporte a la imagen del héroe moderno. Así lo formulaba Ortega y Gasset en sus *Meditaciones del Quijote*. En Alemania, la vida de Alexander von Humboldt representa una magnífica *lectio magistralis* del género. Jescheck comenzó ese camino con el tradicional viaje de fin de bachillerato, partiendo del Instituto de una pequeña ciudad alemana en 1930. Mi relación con el Instituto Max Planck comenzó así con Jescheck revestido de «héroe moderno». Aunque en verdad esta denominación sólo debe otorgarse para que ellos que de su viaje, experiencias e imágenes hacen un gran informe final. Se trataba en aquel caso de un viaje a Turquía y de una conferencia con numerosas diapositivas. El profesor describía Turquía desde las fronteras de la antigua Grecia hasta sus estribaciones orientales, nos relataba los grandes monumentos históricos, las universidades y las facultades de derecho que la poblaban. Pero en ese informe no hubo referencia alguna a que en esos tiempos lo que había allí era una dictadura militar. En protesta por tan portentosa omisión de modo repentino surgió desde la última fila el grito de un joven asistente que pronunciaba con gran intensidad la palabra repetida ¡tortura¡¡tortura¡. A pesar de que no se levantó, todos pudimos captar y maravillarnos sobre su magnífica melena rubia. Creo que nadie se podía hacer idea en aquel momento de que ese joven y apasionado protestón en medio de la misa pudiera llegar a ser no tardando mucho director del propio Instituto, aunque sólo fuere de la sección de Criminología.

Desde entonces siempre me hice la pregunta de qué circunstancias vitales y qué cualidades personales habían producido la personalidad de Jescheck. Y quiero contarles hoy la respuesta que me he dado a esta pregunta con las lecturas de estos años en los que he sido honrado como miembro del *Beirat* científico del Instituto y en los

que me he ocupado también de la historia cultural de la Ciencia del Derecho penal y de los penalistas, y que es la historia cultural de un ancho mundo de conceptos y principios, de métodos y de instituciones que se extiende desde Varsovia, salta sobre Madrid y Lisboa y llega a Santiago de Chile y a Ciudad de México y que es el mundo de la influencia de Franz von Liszt y del sistema continental de Derecho.

El extraordinario carácter científico y personal de Jescheck se asienta primero en la sólida formación académica de su tiempo de Abitur y de Universidad; segundo, en los 10 largos años de uniforme militar y, tercero, en las exigencias en el tiempo de superación personal y colectiva que representa la reconstrucción material y espiritual de la Alemania de postguerra. Trabajo, tenacidad, sistema y mirar lejos son las cualidades personales que han permitido fructificar esos tres períodos de la vida de Jescheck y lo que ha hecho posible la forja de su carácter.

La vocación por la Universidad y la Ciencia despierta en Jescheck en el tiempo de su Abitur, que realiza en la exclusiva y Humboldtiana Ritterakademie de su Legnitz natal, abierto a los Stadschüler: latín, griego, arte, historia y arqueología. Tiempos bien lejanos a los del modelo que se estudia hoy en el famoso «informe Pisa». A ello siguió el viaje de estudios a la Magna Grecia, desde Atenas a Siracusa, y es allí en la Acrópolis cuando surge la llamada y la decisión de llegar a ser profesor. Deslumbrado el grupo de estudiantes por la vista del Erechteion, siente en ese momento Jescheck que el gran arqueólogo Wilhelm Dörpfeld descansa el brazo sobre su hombro. El gesto del maestro en ese momento mágico es más que suficiente para encender el fuego de una vida dedicada al estudio y al conocimiento. Y como en evidencia de que no fue algo casual recordemos e imaginemos al joven Jescheck después en su alocución del examen de Abitur –Abiturede– cuyo tema el mismo eligió: «Der Geist von Weimar und der Geist vom Postdam». Ni más ni menos.

El tiempo de estudiante tampoco fue ordinario para nuestro homenajeador. Ya como estudiante de primer semestre fue invitado para su sorpresa y admiración por su profesor de derecho civil Fritz Pringsheim a la *soiré privé* y familiar para doctores y colaboradores, lo que dejaría en él profunda huella, como a todos cuantos hemos disfrutado de ello. Vinieron después Erik Wolf y Eduard Kern. Escuché la lección inaugural del rectorado (*Rektoratsrede*) de Martín Heidegger, a la que él confesaba no haber prestado entonces la importancia que se le dio luego, pero la vez que le tuvo más cerca fue en el segundo semestre, en la Bauernhaus en la que pernoctaba el joven esquiador y a la que se desplazaba el Rector esquiando para recoger la leche del día desde su conocida cabaña en el Todnauberg. Sin embargo, para ese momento a lo mejor ya no era Heidegger el Rector, sino su sucesor, precisamente, quien sería su Maestro: Eduard Kern.

Podemos preguntarnos por la posición personal que tiene sobre el régimen un joven que comienza sus estudios a los seis meses de la *Machtergreifung*. Podemos

preguntarnos si su personalidad, ajena por su formación a extremismos, logra sobreponerse al espíritu violento y dominante de su tiempo o si se deja arrastrar por ese Mefistófeles que promete orden, pureza racial y progreso material. Sólo tenemos un detalle: el Decano de la Facultad convoca una conferencia sobre el sistema de formación de los juristas. El delegado del Partido para los estudiantes, el *Studentenführer*, prohíbe asistir a ella. Jescheck se enfrenta personalmente al mismo y asiste, lo que le convierte en persona no merecedora de la confianza, lo que se complica hasta el punto de que su propio maestro y ya rector le aconseja: pasar el siguiente semestre en Göttingen.

Vista con los ojos de un estudiante de hoy la anécdota no parece trascendente, pero para quien ha conocido en su experiencia vital lo que es una dictadura, incluso como estudiante de Derecho, sabe que el debate sobre el sistema de formación de los juristas es un tema de gran carga política y que desobedecer al *Studentenführer* o como se llamaba en España, al delegado del Sindicato, constituye un acto de rebeldía y de afirmación de la propia dignidad personal frente a lo arbitrario, un acto que exige conciencia y valor.

El propio Jescheck narra personalmente una experiencia que alumbra los sentimientos de un joven en aquellos tiempos de tempestad: la fuerte impresión que le produjo y le abrió los ojos —en sus propias palabras— el contemplar la violenta destrucción de la sede de la Judische Studentenverband Neofriburgia. Como para otros muchos, aún mayor debió ser la que comportó la Kristallnacht de 1938.

La Universidad de Friburgo y su Facultad de Derecho vivieron aquellos años de modo muy intenso. Heidegger había sido elegido rector por el Senado y reclamó que se modificaran los estatutos para acordarlos con la nueva época. A su propuesta personal se introdujo sistema del *Führerprinzip*, tras lo cual dimitió de su cargo de rector elegido y se hizo designar de nuevo por la autoridad. A su vez Heidegger había nombrado por similar ukase decano a Eric Wolf, quien se había dejado infectar por el espíritu y las maneras de la época, hasta el punto de que enfadó a sus propios compañeros que reclamaron su dimisión, lo que no resultaba compatible con el dichoso *Führerprinzip*. Estas y otras cosas arruinaron las carreras de Wolf y de Heidegger. Hugo Ott, actual profesor de la Universidad de Friburgo, ha estudiado detalladamente el proceso de Heidegger como rector y el profesor de Historia del Derecho Alexander Hollerbach describió bien el espíritu de los tiempos en su monografía sobre *Jurisprudenz in Freiburg*, especialmente sobre Wolff. Sobre el rectorado de Édouard Kern ha compuesto una buena síntesis Bern Grün. Lamentablemente las memorias de Kern se han perdido, pero de su rectorado queda incólume algo sólido que ha llegado hasta nuestros días: la *Universitätshütte*, la cabaña de la Selva Negra que los huéspedes de Friburgo hemos disfrutado alguna vez y que el viejo profesor consiguió en aquellos días revueltos y vísperas de ceniza y metralla.

Como soldado tiene Jescheck una guerra muy larga: Diez años de servicio militar. Los dos primeros de servicio obligatorio, los seis siguientes como *Frontsoldat und Officier*, y los dos últimos como prisionero en un *Offizierlager*. La carrera militar es sistemática desde soldado raso a *Hauptman*. Lo más singular es que emplea cada permiso por *Fronteinsatz* y cada tiempo de baja por cada una de sus tres heridas en el estudio y la formación personal. Es una extraordinaria y tenaz combinación de frente y libros. Así consigue preparar y superar el examen de entrada en la carrera judicial (Assesor Examen) que le permitirá acceder directamente a la función judicial al reintegrarse en la vida civil. Junto a esta circunstancia otras dos experiencias le resultaron muy positivas. La primera sin duda fue el hacer uno de los cursos de oficial en París en la École Militaire y la segunda la de ser organizador de la Universidad del campo militar de prisioneros de guerra en la que tuvo su primera cátedra, una auténtica *Feldlehrstuhl* de Derecho penal. Esta experiencia está contada tanto en su recién publicada *Selbstdarstellung* como en sus memorias específicas sobre este asunto publicadas en la revista *Zeitschrift für juristische Zeitgesichte* que dirige el admirable Vornbaum, revista que constituye un monumento a la historia y a la cultura jurídica y jurídico penal alemana y europea. Pero yo tuve ocasión de oírsele contar emocionado cuando en septiembre de 2005 con motivo de uno de los seminarios sobre el proyecto de los Chemins de l'harmonisation fuimos a visitarle en su pequeño despacho de emérito y en su *Sprechstunde*, el director, Ulrich Sieber, Mireille Delmás-Marty, Mark Pieht y yo mismo. Naturalmente habló en su hermoso francés, porque hablaba sobre todo para los ojos de la profesora del Collège de France.

Recuérdese que al servicio militar se iba en aquel tiempo por obligación general y a la guerra se iba además de por obligación por patriotismo. Así explicaba Jescheck sus 10 años en uniforme militar a sus asombrados estudiantes. Ya no hay servicio militar obligatorio y precisamente como consecuencia y resultado de aquellos tiempos no se legitiman hoy los patriotismos étnicos o de la geografía, sino sólo lo que Sternberger y Habermas han llamado con éxito patriotismo de la Constitución.

Pero si quiero destacar que el mayor patriotismo de Jescheck es el que muestra en su compromiso de trabajo con el mejor destino posible en el concierto democrático tras la guerra para su nación. Lo hace en el tiempo del *Offizierslager*, donde se encarga de devorar toda la prensa extranjera de los aliados para escudriñar los caminos posibles para la reconstrucción política y moral del país. Lo hace al elegir para su habilitación el tema más complicado y comprometido para un penalista alemán de su tiempo: La responsabilidad de los órganos del Estado conforme al Derecho penal internacional, «*Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*», en 1949. Lo hace al aceptar del Ministerio federal de Justicia el encargo, además de integrarse en la Gran Comisión de reforma penal, para participar en las negociacio-

nes de la conferencia para la fundación de una comunidad europea de la defensa (1952), que representa una extraordinaria oportunidad para la reconstrucción de las relaciones jurídicas y políticas con las potencias aliadas occidentales, lo que a cinco años de haber salido del Lager el propio Jescheck califica como un «atenberaubender Szenenwechsel», un cambio de escenario que cortaba la respiración.

Pero en nuestro homenajeado no hay sólo lucha por la patria después de la guerra. Es también un internacionalista, y no sólo por su dedicación al Derecho comparado, sino en la comprensión de este objeto como complejo jurídico de historia y cultura y por su afán por el trato igualitario y respetuoso con los demás países. También pertenece a ese compromiso su participación en las organizaciones científicas internacionales de la especialidad, especialmente en la Asociación Internacional de Derecho penal que llegó a presidir y que hoy preside José Luis de la Cuesta, así como con la Sociedad Internacional de Defensa Social, desde el primer momento en el III Congreso de 1954 y con cuyo apoyo he contado desde que soy su Presidente. Por supuesto, todo lo hacía en su deseo de situar a Alemania en el mundo y al mundo con Alemania, lo que, en el ámbito de su responsabilidad, el Derecho penal alemán y comparado, lo consiguió plenamente, como hoy resulta evidente.

Lo que a los extranjeros más nos sorprende en ese y en todos los hombres y mujeres de su generación es la tenacidad en el trabajo por reconstruir el país en ruinas. Para la mayoría de los presentes resulta muy difícil imaginar la vida en Alemania, y en Freiburg en particular, singularmente desde el terrible bombardeo aéreo del 27 noviembre 1944. Todo el centro de la ciudad era una ruina que rodeaba el edificio incólume de la catedral. Apenas quedaban edificios universitarios en pie, hasta el punto que se pensó trasladar la Universidad a Heidelberg. Los testimonios sobre la destrucción de la ciudad y de la Universidad los brinda el primer rector provisional de horas antes de la ocupación y sus colaboradores. También es valioso y evocador del destino alemán de ese tiempo el testimonio de un alemán singular que visitaba Freiburg en aquellos días con uniforme de oficial francés: Alfred Döblin, el autor de *Berlín Alexanderplatz*.

En tiempos turbulentos es fácil encontrar malos ejemplos. Pero Jescheck encontró en aquellos tiempos un número sobreproporcional de personajes ejemplares al que los malos tiempos suelen ofrecer.

De Fritz Fringsheim admiró su claridad y estilo en el lenguaje, de Eric Wolf su capacidad oratoria y de Eduard Kern su sentido práctico para pensar el Derecho Penal. Con el primero, forzado al exilio, aprendió además las consecuencias criminales del racismo. Con los dos últimos tendría ocasión también de aprender lo que es el valor personal, no en el frente si no en la sociedad: el valor de Eric Wolf de renunciar a su pecado original de 1933 y la *tätige Reue* con su paso a la cercanía a los círculos de la resistencia. El valor de Eduard Kern al dirigir en 1943 el conocido

escrito *Denkschrift* al Reichsjustiz Minister denunciando las arbitrariedades y acciones ilegales de la policía. Singular valor tuvo la relación íntima y de confianza con un grupo notable de profesores, desde el decano Grossman-Doerth, Constantin von Dietz, Walter Eucken, Franz Böhm, fundadores de la Freiburger *Schule* de *Ordoliberalismus*, y que formaron parte de los movimientos de resistencia conocidos por los *Bonhöffer Kreise* de la *Bekennende Kirche*. Con buena parte de ellos mantuvo relación íntima con ocasión de los diversos regresos del frente y Jescheck confiesa que en las confidencias que con ellos tuvo recibió indicaciones sustanciales para hacerse por sí mismo una idea de la situación interior y exterior de la Alemania inmediata y futura y para meditar sobre el tiempo que vendría tras la segura catástrofe, lo que seguro le sirvió para tomar con más fuerza la tarea de discusión y formación en la *Lageruniversität* y en el *Centre d'études pour prisonniers de guerre allemands*, donde trató a personalidades como: Joseph Rovin, André Maurois, Raymond Aron, Emanuel Mounier o André François-Poncet.

Pero en la construcción del carácter de Jescheck además de los maestros, de su capacidad de trabajo, de tenacidad, juega un importante papel la suerte. Suerte hay que tener para sobrevivir a tantos años de guerra, para caer prisionero y formar parte de una universidad, aunque fuere concentracionaria, que le ofrece su primera «cátedra», impresionar a los dirigentes franceses que gestionan o visitan el campo y al Centro de estudios, caer en Bonn y cooperar en la construcción de las primeras relaciones jurídicas de la nueva Alemania, en la Gran Comisión de reforma penal y en la recuperación de las viejas sociedades científicas. Suerte es habilitarse con gran trabajo y esfuerzo entre Freiburg, Bonn y Tübingen y al mismo tiempo recibir la cátedra de Schönke y el Instituto por él formado, tras su precipitada muerte. Suerte es tener a su lado siempre como un ángel a Adolf Schönke. Éste, discípulo en Berlín de Graf von Gleispach y de Kohlrausch conocía bien de la Facultad de Berlín, que tan brillantemente ha descrito Anna Maria Gräfin von Lösch, los Institutos de derecho comparado privado e internacional que la Kaiser Wilhem Gessellschaft había creado a principios de siglo. Schönke obtiene la cátedra en Freiburg en 1938 y desde Berlín recibe la encomienda de crear el Instituto de derecho penal extranjero e internacional. Toda la guerra viaja entre Berlín y Freiburg sin duda con la interesante vinculación con su interesante destino en la Abwehr del OKW que dirigía Canaris. Tras 1945 su actividad es incesante en la construcción de las relaciones jurídicas internacionales en la revitalización de las asociaciones científicas, para todos los cuales cuenta con Jescheck. Ante su éxito, el viejo Kohlrausch se queja amargamente de que Schönke se presente sólo como discípulo de James Goldschmidt, el gran procesalista de Berlín, expulsado por judío y asilado primero en el Madrid republicano y después en Argentina. Pero en lo que a nosotros interesa desde el primer momento es que apoya a Jescheck incluso en su tiempo de Magistrado en Freiburg desde 1947.

Y, por último, suerte hay que tener para disfrutar de tantos discípulos y admiradores en todo el mundo. Pero suerte tiene que tener un profesor como Jescheck y director fundador de este Instituto para tener sucesores que le honren en vida y después de la vida, y que, además, tengan la ambición y la capacidad 50 años después de renovar el proyecto científico del Instituto a la altura de las necesidades y problemas de nuestro tiempo.

LA CONTRIBUCIÓN DEL PROF. DR. GAO MING XUAN, DE LA UNIVERSIDAD DE PEKIN, A LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO Y LA CIENCIA PENAL EN CHINA*

Los premios y distinciones tienen el valor que por sí mismos tienen los que han recibido esta Medalla Beccaria hasta ahora.

Le presentación que ha realizado Pedro David es ilustrativa. Es evidente que el profesor Gao Mingxuan reúne las altas cualidades de sus predecesores y ha dedicado con éxito toda la vida al progreso de la Ciencia y la Legislación penal y hacia una política criminal humanista.

Gao representa toda una vida dedicada a la enseñanza y a la investigación del Derecho penal y también a la política criminal y a la reforma legal en China desde el significativo momento en que tras la guerra de liberación frente a la ocupación extranjera y la guerra civil se constituye la nueva República Popular china en 1949.

Hoy no resulta fácil imaginar cómo sería un joven Gao que, inspirada su vocación jurídica por el entorno familiar, accede a la Universidad de Zhejiang, su provincia natal y de inmediato a la Facultad de Derecho de Beijing en 1949, el mismo primer momento de la vida de la República Popular. Qué tendría en la cabeza un joven en ese momento de éxtasis de los principios de una Revo-

* Laudatio pronunciada en Doha, en el 5º Congreso Mundial contra la pena de muerte, con motivo del otorgamiento de la Medalla Beccaria, abril 2015 y en *Cahiers de Défense Sociale* 2016: «Homicides and violent deaths in the world», Milan, 2016, pp. 192-195.

lución tan atractiva y transformadora como la de China. Nos debe el Prof. Gao Mingxuan unas memorias de juventud.

Lo demás lo sabemos. Desde el año 1953 comienza como profesor en la Remin University y desarrolla una intensa labor docente a estudiantes ordinarios y de doctorado. Todavía hoy, 10 años tras su retiro, ejerce como Profesor distinguido en el *College of Criminal Law Sciences* de la Beijing Normal University y sigue dirigiendo doctorados.

Sus publicaciones son propias de gran maestro, con un gran Tratado sobre el Derecho penal chino en tres volúmenes, así como contribuciones a la Historia del Derecho penal de la Republica popular. Se ha ocupado de temas específicos, como del Derecho penal internacional y los Delitos económicos. Hay un asunto en la obra de Gao que procede ser destacado en este acto que sucede a un Meeting sobre y contra la pena de muerte: Creo que buena parte del proceso de restricción de la pena muerte en China producido en los últimos años es resultado de la acción académica del Prof. Gao Mingxuan.

Los grandes maestros lo son no solo por su propia obra, sino por su capacidad de formar equipos, escuela, y este es el caso del Prof. Gao, quien no solo ha hecho escuela tradicional, sino que se caracteriza por su formación en las grandes Universidades de Europa y América. Por todos ellos permítanme citar dos discípulos: quien es ahora el Decano del College de Ciencias penales de la Universidad Normal de Beiging Prof. Dr. Zhao Bingzhi y a Lu Jiangpin, discípulo también de Mireille Delmás-Marty, y miembro del Consejo de Dirección de la Société Internationale de Défense Sociale.

De la mano de Gao los penalistas chinos se integraron en la AIDP y en las demás sociedades científicas. Recientemente han conseguido el reconocimiento de su Instituto como Instituto de Naciones Unidas.

Esta internacionalización de la ciencia penal china es una garantía del compromiso con la modernización del sistema penal chino y su armonización con los principios y estándares internacionales, con los Derechos Humanos y con el compromiso de humanidad.

Por último y como complemento de las cualidades científicas el profesor Gao Ming Xuan es un buen cantante de ópera china, materia extraordinariamente difícil y solo por lo cual merecería un buen premio.

LAUDATIO A PEDRO R. DAVID PARA SU DOCTORADO HONORIS CAUSA POR LA UNIVERSIDAD DE TUCUMÁN, EL 18 DE OCTUBRE DE 2016¹

Me cumple el honor de elevar y exponer la Laudatio del profesor y magistrado Pedro R. David a los efectos de la concesión del más alto honor que la Universidad de Tucumán puede conferir como destacado Jurista y Académico de las Ciencias Sociales. La tarea no es sencilla, no porque no lo sea la averiguación de los méritos, sino porque en este caso concurren muy bien colmados lo que no surge con frecuencia visto desde mi larga experiencia como profesor, como investigador, como administrador universitario y como actor de la vida de la cooperación jurídica internacional.

En efecto, en la personalidad del Prof. Pedro R. David concurren en plenitud todos los méritos docentes y científicos que en un jurista puede considerarse ideales. Destaca ya desde sus estudios de licenciatura en Derecho y de joven profesor de Sociología en la Universidad Nacional de Tucumán al alcanzar su primer puesto docente en 1953 en el Instituto de Humanidades de Salta y en el año siguiente en su propia Facultad de Tucumán hasta 1956.

En 1957 obtiene beca Fulbright para realizar el doctorado en la Universidad de Indiana (EE. UU), grado que obtiene en 1960 sobre la estructura social argentina junto al maestro de la filosofía y sociología Jerome Hall. Se reincorpora a la Argentina como profesor en la Universidad del Salvador ya como profesor titular de

1 Publicado en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N°. 1, 2017, págs. 29-30.

Ciencia política y a la Universidad Católica. Entre 1962 y 1964 realiza su segundo doctorado, ahora en la Universidad de Tucumán, con una tesis sobre la sociología de la delincuencia juvenil.

En el año 1973 se incorpora como profesor titular a la Universidad de Nuevo México, Albuquerque, EE.UU., donde alcanza el Decanato de Sociología. Desempeña allí su labor docente e investigadora hasta 1994, imparte conferencias en las principales universidades norteamericanas y como profesor visitante en las de Lexington, Kentucky y en la de Nueva York.

A su regreso a Argentina es profesor en las Universidades de Buenos Aires y en la de Morón y participa en la creación de la Universidad Argentina John F. Kennedy de la que ha sido preceptor y presidente del comité de doctorado. Con el tiempo la generalidad de las Universidades en las que ha enseñado lo ha mantenido en sus comunidades como emérito.

Conforme a la tradición argentina el Doctor David ha cultivado la enseñanza del Derecho y el ejercicio de la función judicial. Desde el cargo de Fiscal de Estado y Juez de la Cámara en Salta en 1951 hasta 1956 y desde 1974 como juez de la Cámara Nacional argentina en lo criminal de la capital Federal hasta 1976. Al regreso de sus responsabilidades internacionales se incorporó a la Cámara Federal de Casación penal de la República Argentina, desde su creación en 1992 hasta la fecha y en la que ha llegado a ser su presidente.

El aunar la experiencia investigadora con la función judicial ha producido numerosas publicaciones científicas de elevada originalidad. Muy especialmente cuando en la esfera internacional se ha enfrentado a los problemas de la delincuencia global y de la recuperación de activos.

De su auténtico arsenal de publicaciones científicas divulgadas en español e inglés, además de otras lenguas como el italiano, el japonés y el chino me permito destacar especialmente los siguientes libros: *La conducta. Integrativismo y sociología del Derecho*. Bs.As. 1970; *Sociología criminal juvenil*, 5 ediciones entre 1965 y 1979; *El mundo del delincuente*, traducción del original inglés, publicado en EE.UU. con el título *The world of the burglar*; Estudios sociales y Criminología. Maracaibo 1979, con ediciones pertinentes en México y Bs.As.; *Sociología jurídica*, Bs. As. 1980; *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, que es su última y más compleja obra sobre los problemas penales y criminológicos de máxima actualidad, publicados en español en 1999 y en italiano en 2001 en la prestigiosa editorial Giuffré.

Los grandes académicos impulsan el progreso científico convocando tareas colectivas transnacionales y con incorporación de jóvenes investigadores. Sus resultados se plasman en libros dirigidos o compilados. Como ejemplo de editor creo que basta indicar los siguientes: El libro editado con Eduardo Vétère en

homenaje a Ivonne Mellup, una extraordinaria personalidad de toda la vida de la Comisión del Crimen de Naciones Unidas, con el título «*Victims of Crime and abuse of power*», que se presentó en el IX Congreso del Crimen de Naciones Unidas. 2006. Del mismo carácter es el libro homenaje al fundador de la rama penal y de defensa social de Naciones Unidas, Don Manuel López Rey, con el título *Crime and criminal policy*, editado por Angeli, Roma, 1985. A todos los libros de su autoría citados y los editados por él se unen más de cien artículos publicados en revistas científicas y capítulos de libros. La valoración de todo ello se complementa con la circunstancia de que él mismo fuese destinatario de un libro homenaje editado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas (Costa Rica) con contribuciones de más de 50 especialistas de todo el mundo que le mostraban así su admiración y respeto.

En la esfera de las organizaciones internacionales Pedro R. David ha sido todo lo máximo que un penalista y criminólogo puede ser. Por una parte, ha sido responsable de la Comisión de prevención del crimen y tratamiento del delincuente de las Naciones Unidas, aunque el título que le dieron resulta por sí mismo de difícil comprensión: Consejero interregional, con sede en Viena. En esta responsabilidad visitó más de cien países y asesoró y organizó trabajos en estados de tanta complejidad como el Japón y Corea, así como otros países de África.

De especialísima significación es su condición Juez del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia. Fue elegido como tal por la Asamblea General de Naciones Unidas con el voto favorable de todos los países que la integran, lo que no había tenido nunca lugar. Estoy seguro que el mundo adeuda a Pedro R. David buena parte de las mejoras en estos años en la prevención del crimen y el incremento en la justicia para los delitos contra la humanidad que haya alcanzado el Tribunal Internacional. Pero entre una y otra responsabilidad no ha quedado a la zaga el extraordinario informe que realizó por encargo del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el funcionamiento de los Tribunales *ad hoc* en 1999, su importancia radica en que el autor tenía que conocer los intrínquilis de todas las culturas jurídicas que protagonizan esos tribunales y establecer las correcciones que efectivamente de adoptaron.

Su asesoramiento sigue siendo hoy altamente demandado y pertenece activamente al Consejo del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas desde 1981. Es miembro del Consejo de Gobierno del Instituto interregional para investigaciones sobre delincuencia y justicia de las Naciones Unidas en Turín, desde 2003; también lo es del Comité Asesor de la Academia Internacional Contra la Corrupción en Viena, desde 2010. Por último, deseo destacar que es Vicepresidente de la Société Internationale de Défense Sociale desde 2007.

Dicho sea, todo esto en el deseo de que sirva para ilustrar fundadamente los méritos del Dr. Pedro R. David como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Tucumán.

**LAUDATIO A ROGER HOOD
PARA LA MEDALLA CESARE BECCARIA. SALAMANCA
27 DE JUNIO DE 2011**

En nombre de la *Société Internationale de Défense Sociale* deseo ante todo manifestar mi agradecimiento a la Universidad de Salamanca, al Departamento de Derecho Penal, al Centro de Estudios de la Seguridad, al Rector y a Ignacio Berdugo y a Fernando Pérez Álvarez, su cordial acogida para la incorporación de este acto de entrega de la Medalla Beccaria y la Jornada sobre abolición de la pena de muerte en el marco de este Congreso de Jóvenes penalistas de Europa y América, en la que participan: Jon Yorke, Carolyne Hoyle, Peter Hodgkinson, Anabela Miranda, Héctor Holaso.

No es la primera vez que la Universidad de Salamanca acoge a la SIDS, lo hizo ya en 1999 con las Jornadas greco-latinas de Defensa Social, dedicadas, visionariamente, a un tema que por su expansión ha puesto en crisis principios que creíamos bien garantizados para regir las relaciones entre «criminalidad, medios de comunicación y proceso penal», organizadas por Marino Barbero Santos e Ignacio Berdugo y editadas por la Universidad de Salamanca, en 2000.

La Société es hoy ya una vieja sociedad científica, fundada en Lieja en el año 1949, un año que todavía era de los años de optimismo tras la victoria aliada en la II Guerra Mundial y en el que muy pocos advertían la inminente llegada de la guerra fría y la paralización de todo el programa de gobernanza mundial que representaba la Carta de San Francisco y la Declaración Universal de los derechos humanos del año inmediatamente anterior. Para repasar los hechos y las sensaciones de aquel

año de 1949 les remito a mi texto sobre «el espíritu de los tiempos», con motivo de la conmemoración en Lieja del 60 aniversario, también contenido en este libro.

Lejos están los tiempos en los que aquel optimismo antropológico hizo soñar a la humanidad con la definitiva consagración de los Derechos humanos y de la idea de la creación de una Corte internacional para su protección, de dar un definitivo adiós a la impunidad con la creación de una Corte penal internacional.

Desde el punto de vista criminológico y político criminal fueron también años de optimismo. La guerra y la postguerra habían producido una nueva y más intensa criminalidad hasta el punto de que uno de los primeros órganos que crea Naciones Unidas, es la sección de asuntos sociales, a cuya cabeza pondrían a un español en el exilio, Manuel López Rey, catedrático de Derecho penal, discípulo de Luis Jiménez de Asúa, el discípulo español de Von Liszt, y colaborador con este en las tareas diplomáticas y de inteligencia en Centroeuropa, en Praga, junto con Francisco Ayala, novelista, catedrático de Derecho constitucional, fundador de la sociología en América Latina con José Madinabeitia, traductor de Carl Schmitt, alumno de Herman Heller, el uno jefe de los juristas nazis, y el último perseguido por éstos por socialdemócrata –no sólo se perseguía a los judíos– y fallecido de un infarto durante una clase en Madrid, lo había nombrado catedrático el Ministro de Educación Don Fernando de los Ríos.

Manuel López Rey, marchó al exilio, trabajó como jardinero en Chile, hasta que llegó a Bolivia, donde le fue encomendada la redacción de un Código Penal. De allí fue llamado a crear la rama de Defensa Social de Naciones Unidas, quizá a propuesta de Salvador de Madariaga y Fernando de los Ríos.

Al poco tiempo llamó junto a él para abordar el problema de las mujeres y los sistemas penitenciarios a una mujer extraordinaria: Victoria Kent, primera mujer directora de todo un sistema penitenciario nacional, en 1931, gran reformadora que sobrevivió clandestinamente a la ocupación de París, incluida en la lista de republicanos españoles a detener por la Gestapo para ser entregados a Franco. En 1950 en México le es encargado por el Gobierno de esa gran república poner en marcha la Escuela de Capacitación penitenciaria y me complace especialmente que con nosotros este precisamente quien ha sido sucesor y discípulo de López Rey en las Naciones Unidas, Eduardo Vetere, durante más de veinte años Director de la División de Tratados, tras George Müller, miembro cualificadísimo de la SIDS, junto su esposa Freda Adler, que todavía en Filadelfia cena fuera de casa, incluso con Manuel Maroto. Y todas estas referencias a las organizaciones, a las personas, a Naciones Unidas, las hago porque hoy premiamos a una personalidad de la Criminología y de la Política criminal, pero no sólo por sus libros y conferencia sobre ambas materias, sino muy especialmente por su trabajo sobre la pena de muerte realizado durante cuatro periodos quinquenales para el Secretario General de Naciones

Unidas, informe que ha impulsado de modo extraordinario el proceso de abolición de la pena de muerte y que, tras los sucesivos informes de William Schabas, han dado lugar a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en pro de una moratoria universal en diciembre de 2007.

Esa contribución, con los informes y con su libro *The Death Penalty, a world wide perspective*, en la última edición con Carolin Hoyle es lo que le hace merecedor de la distinción que ha señalado a los grandes maestros, titulares de la Medalla Beccaria: Jesecheck, Vasalli, Delmas-Marty, Basiouni, García Ramírez. Hoy publicada en español como *La pena de muerte. Una perspectiva mundial*, traducción coordinada por Antonio Muñoz Aunión y Beatriz García-Moreno, en la Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

Pero no quiero que la fama mundial que tiene Roger Hood como abolicionista impida ver su gran obra como criminólogo y quiero referirme a ello además de por estar en una Universidad que tiene la criminología entre sus tareas docentes e investigadoras.

La criminología no tiene tanta tradición en Gran Bretaña como en el Continente. Hasta poco antes de la Segunda Guerra Mundial sólo algunos medios se habían ocupado de lo que desde Lombroso y la antropología criminal se había convertido en una ciencia de moda en el último cuarto del Siglo XIX. Sí tenía Gran Bretaña una gran tradición en cambio de preocupación práctica pero también teórica por las cuestiones penitenciarias, lo que se expresa bien con la sola referencia de Jeremías Bentham, bien conocido en España y América por la traducción que hizo el catedrático de esta Universidad de Salamanca Don Ramón de Salas, por cierto, Diputado de las Cortes de Cádiz. También es significativa la dedicación de Gran Bretaña a la organización de los congresos y organizaciones penitenciarias.

Pero en realidad la Criminalidad en Gran Bretaña comienza con tres exiliados ilustres, Sir Lean Radzinowicz, Herman Mannheim y Max Grünhut. El polaco Radzinowicz se asienta en Londres en el año 1938 cuando se imagina lo que va a ocurrir en el Continente. Había estudiado en París, Ginebra y tras ello se había ido a realizar el doctorado en Roma con el Maestro de todos: Enrico Ferri. Les recomiendo a los jóvenes la lectura del libro de Radzinowicz, *Adventures in Criminology* Routledge, Londres y N.Y. 1999, en el que además de una extraordinaria historia casi novelada de nuestra materia científica resplandece de manera magistral la personalidad del «zorro» de la criminología, como fue llamado por sus contemporáneos.

A la vez, se instalan dos alemanes perseguidos por su origen judío, los dos catedráticos y los dos discípulos de Franz von Liszt, Herman Mannheim y Max Grünhut. Pronto se unió a sus trabajos un joven Roger Hood, que se había forjado en la investigación que más atracción recibió en los años 50: la delincuencia juvenil

y el trabajo de lo que entonces se llamaban reformatorios. Continuó los estudios históricos de su mentor con su a Emergencias de la Política Criminal Victoriana, (*The emergence of penal policy in the Victorian and Edwardian England*). En su trayectoria científica destaca el haber sido miembro de la Comisión para la libertad condicional de Inglaterra y Gales, presidente de la Sociedad británica de criminología. Recibió el premio de la Sociedad Americana de Criminología. Es miembro de la academia británica y de la orden del imperio británico. Es un activo participante en los diálogos entre Europa y China y otros países asiáticos. Se ha ocupado particularmente de la situación de la pena de muerte en el Caribe anglófono. Y recibe ahora la Medalla Cesare Beccaria de la *Société Internationale de Défense Sociale*.

LAUDATIO A FRANCISCO MUÑOZ CONDE PARA EL DOCTORADO HONORIS CAUSA POR LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA EL 12 DE ENERO DE 2011¹

Rector Magnífico:

Mi más cordial agradecimiento en nombre de todos los profesores de derecho penal de esta Universidad a los profesores de la misma que asumieron de inmediato la propuesta que surgiera de sus compañeros, A los decanos de las cuatro Facultades de Ciencias jurídicas, la de Relaciones Laborales y los directores de los departamentos respectivos, así como todos los integrantes del Consejo de gobierno de la Universidad por su unánime aprobación a la propuesta del rector. Gracias al rector no sólo por su apoyo en este punto, sino por el cuidado y respeto que presta siempre a los departamentos de Derecho y sus Facultades y que es muestra de su alta categoría y de su buen conocimiento de la complejidad y singularidad de todos los mundos científicos.

Se trata hoy de reconocer la excelencia, el genio. Lo aprendí con el rector en sus muchos años de responsable de la búsqueda y selección de profesorado competente en todas las áreas de nuestra Universidad. Decía: que hay que saber distinguir los buenos profesores de los que no lo son y, sobre todo, hay que saber distinguir entre

1 Publicado en *Investidura como doctores «honoris causa» de los Excmos. Sres. D. Fco. Muñoz Conde y D. David Baigún*, Ediciones de la UCLM, Toledo, 2011.

los buenos profesores a aquellos que además de tener buen oficio, tienen genio. Oficio y, si es posible, genio y aunque los genios son los grandes maestros que nos han enviado a lo mejor de lo que disponen y que se comprometen con ellos y con su futuro, que es el nuestro.

En el sistema universitario latinoamericano, que es nuestro campo, no hay profesores de tiempo completo. El oficio es mixto, de profesor y de profesional, magistrado o abogado, y allí el genio se debe buscar en el profesor que además de profesional del derecho es capaz de sobrevivir moralmente incólume a las dictaduras sufridas y, además, hace alguna contribución científica de valor universal, como es el caso de David Baigún y su contribución a la responsabilidad penal de las empresas. En nuestro sistema universitario, en el que desde apenas concluidos los estudios estamos financiados para ser profesores y hacer progresar la ciencia, el asunto depende más de nosotros mismos.

En el profesor Muñoz Conde el oficio se muestra en sus publicaciones científicas, en su número y variedad, que alcanza todos los campos de nuestra materia, desde el derecho penal y la política criminal hasta la criminología, y aun más allá, pues se ha ocupado también de graves problemas del derecho procesal como los de la prisión provisional o los de la valoración de la prueba y de las pruebas prohibidas. En materia penal se ha ocupado de los fundamentos y de las consecuencias de la responsabilidad penal, de la dimensión psiquiátrica de la imputabilidad, de la psicológica y social de la estructura de las normas, con ricas consecuencias para la teoría del delito en general y para la culpabilidad. Se ha ocupado de los fines de la pena y de los límites de la resocialización; de los delitos clásicos y del moderno derecho penal. Todo ello en un número abrumador de monografías, artículos y traducciones a diversas lenguas. Además de ello tiene una sorprendente capacidad para explicar con claridad meridiana – e incluso para legos – los problemas más complejos de nuestra especialidad. Su gran oficio explica que su Manual de parte especial, en el que ha condensado buena parte de sus conocimientos y habilidades, ha sido el libro de estudio de más de 30 generaciones de juristas españoles y del que todos guardan tan extraordinario recuerdo como el que cariñosamente le mostró el presidente del gobierno el día en que hace un año, en 2009, se constituyó la red académica internacional contra la pena capital. Por su oficio, su Manual de parte general y teoría del delito se estudia en España y buena parte de América.

El primer punto de genio en esa dimensión de docente de extraordinario oficio se advierte en que es capaz de enseñar por igual en su lengua natal acuñada en la musicalidad de Sevilla, en la lengua portuguesa, más en la de Jorge Amado que en la de Pessoa, en alemán, en francés, en inglés, en japonés y en chino. Lo del japonés no lo creí hasta que le vi junto con el profesor de la Universidad Columbia George Fletcher, en la puerta de la catedral de Toledo, rodeado de una nube de japonesitas

que no daban crédito a aquellos dos hombres blancos que parlotaban con todas ellas. Lo del chino lo he podido comprobar por mí mismo el pasado mes de octubre en el Congreso internacional, en el que dirigió en chino una de sus sesiones, e incluso llamó al orden en chino al jefe de todos los profesores chinos, que no estaba para mucho orden porque en el tiempo de la revolución cultural había pasado 10 años cultivando legumbres por orden del catedrático de la Universidad vecina, que podríamos llamar la Complutense de Pekín.

Esa capacidad lingüística descomunal sólo la he encontrado en dos especies humanas, la de genética hebrea y la de los músicos, y siendo Muñoz y Conde y de Sevilla no puede venir de otra cosa que de lo de músico. No olvidaré la ocasión en que coincidía con nuestro Congreso en Albacete un sexteto de saxofonistas de jazz. Rosario Vicente les pidió que aceptaran a nuestro hoy doctorando para que interpretara una pieza de Bertold Brecht y Kurt Weil, Macky el Navaja, muy adecuada tanto para la ciudad de la cuchillería como para la interpretación social del derecho. Lo hicieron de mala gana, pero desde la segunda pieza lo invistieron como director y asistimos a una extraordinaria sesión. Y además de interpretar el saxofón y el clarinete es capaz de componer la propia música y de discutir con Adorno de teoría de la armonía, si este levantara la cabeza. Recuerdo su interpretación de clarinete en la casa de Isla Antilla, en homenaje a quien entonces se encontraba en el máximo de su vida académica como presidente de la Corte Suprema de Colombia, Alfonso Reyes Echandía, que moriría asesinado pocos meses después en el confuso asalto al Palacio de Justicia.

El genio de Muñoz Conde se muestra en su propio sentido científico. En su capacidad de captar que un proceso bien conocido y modelado puede funcionar de otra manera y provocar así una suerte de ruptura del paradigma y, en consecuencia, una revolución científica, como nos enseñó Kuhn. Esto es lo que hace Muñoz Conde en su primer trabajo de «concepto y método», que se publicó en 1976 como Introducción al Derecho penal. Por decirlo en breves términos, la construcción tradicional a las alturas de los finales del franquismo era que para que las conductas resultaren además de típicas, antijurídicas y culpables, tenía que darse una contradicción con las normas de cultura legítimas, por lo que habrían de resultar impunes los delitos que entonces se llamaban puramente políticos. El proceso se conocía: se trataba de la idea de las normas de cultura de Max Ernest Mayer, que tuvo la fortuna de morir pocos años antes de que le fueran a buscar. Pero sólo a Muñoz Conde se le ocurrió incorporar ese proceso al complejo de la teoría del delito generando la natural consternación de los epígonos de la dictadura y de los que lo eran de facto y gustaban de manifestarse como apolíticos. Mostraba Muñoz Conde entonces no sólo el genio sino el valor, pues recuerden ustedes que como muy bien sabe Baigún, y Bergalli aquí presente, en relación a

Dictaduras, y como en los toros, hasta el rabo todo es toro. Por otra parte, la idea sigue resultando un instrumento capital para gestionar técnicamente los problemas de nuestras sociedades multiculturales

Esa capacidad de innovación y de generación de cambios en la estructura de los procesos tradicionales la aprendió sin duda de quién si hubiera premio Nobel de Derecho penal sería el primero en recibirlo, Claus Roxin. El catedrático de Munich presidía anteayer en Friburgo el Congreso de homenaje al director del Instituto de derecho penal que ha acogido desde 1957 a 500 investigadores en ciencias penales extranjeros –el primero el que fue nuestro Maestro y Catedrático emérito de esta casa Marino Barbero Santos– y me encomendó felicitar al rector por la concesión del doctorado a su primer discípulo español, y al doctorando por ser este el primero que recibe en territorio nacional, que como el de los toros es este territorio más proclive a dar cornadas que triunfos.

No quiero dejar de mencionar otra aportación científica de Muñoz Conde: la acuñación en dos palabras de todo el programa político criminal constitucional de nuestro tiempo, el llamado principio de intervención mínima, que del éxito que ha tenido parece que nació solo.

Muñoz Conde ha respondido al reto máximo de un penalista: la elevación sobre el mero y desnudo positivismo jurídico, que había permitido a grandes juristas traspasar las dictaduras europeas sin arañarse la piel y, además, sacando pecho por no haber perdido el alma. Expresado para lo no juristas: en la ambición por «lo científico» se llegó a creer que el objeto exclusivo y excluyente de la ciencia jurídica eran las leyes, que valían por sí mismas, inclusive las leyes represivas de las dictaduras, inclusive las del nacionalsocialismo, o las que entre nosotros aspiraban a reinstalar la vida nacional por la vía de la espada y la religión. Superar esta limitación de resultados tan trágicos ha requerido varios decenios hasta que algunos como Muñoz Conde han sabido incorporar en el objeto de la ciencia la realidad sobre la que las normas se aplican – que es lo que llamamos sistema penal –y los valores que rigen las normas y el sistema y, sobre todo, los valores que deben de regir a unas y a otro.

Todo esto resulta más sencillo en el Estado social y democrático de derecho. Los valores y los derechos fundamentales forman parte sustancial de las leyes y las que no se acomodan a estos valores básicos y derechos fundamentales no son leyes o, mejor, son leyes nulas, sin tener que recurrir para ello al Derecho natural. Hoy sabemos que las leyes tienen que incorporar los derechos humanos, sin cuyo respeto ni la ley de gravitación universal podría llamarse tal. Esto es así en los estados constitucionales y esto debe ser así incluso en la Conchinchina, aunque algunos lo llamen neoconstitucionalismo.

Pero además de poner a los valores en su sitio correcto inicióse en los últimos años en el oficio de historiador, de historiador de verdad, de archivos, y compuso

un hermoso fresco de la doctrina penal de la República de Weimar y alumbró que el más conspicuo de los técnicos, huidor de los valores, era en realidad el autor de las más crueles leyes de la dictadura nazi y era capaz de hacerles el control de calidad directamente en el laboratorio de campo, es decir en el del campo de concentración.

Muñoz Conde ha sabido ser también un investigador de laboratorio, es decir, un investigador que ha hecho cosas en común con amigos, con discípulos. Las numerosas tesis leídas por sus discípulos de Sevilla y de la Pablo Olavide se ocupan de modo sistemático de problemas con estructuras comunes. Con amigos ha compartido laboratorio de problemas de la parte general del derecho penal y de las consecuencias jurídicas. Pero ha sido sobre todo con Winfried Hassemer con quien ha convertido el laboratorio en una máquina de producir ideas para controlar una sistemática del derecho penal orientada a las necesidades político criminales y orientada a las consecuencias. Todo ello en el entendimiento de que siendo la dogmática jurídica nuestro método por excelencia de poco vale si el método se convierte en el objeto en sí de la acción científica y las consecuencias de lo que se propone carecen de sentido común.

Con otro amigo, Georg Fletcher, catedrático de Columbia, cultiva la mayor revolución científica en el ámbito de la armonización internacional del derecho con la construcción de la llamada gramática universal de la ciencia penal, algo que nosotros hemos abordado de la mano de la catedrática del Colegio de Francia, Mireille Delmas-Marty, y que tendrá su encuentro y consecuencias.

En el espacio de las ciencias sociales y jurídicas los líderes científicos tienen que hacerse acompañar de un aparato editorial. Lo supo divinamente Ortega y Gasset. Y aquí Muñoz Conde tuvo la suerte de encontrar para la aventura científica el espíritu de Gutenberg de la familia Vives, que hoy nos acompaña: el catedrático de Derecho penal senior y ex magistrado del Tribunal Constitucional, la política de raza y el editor en jefe, que entre todos constituyen la mayor empresa editorial jurídica especializada para los investigadores universitarios.

Los penalistas de mi generación que hemos trabajado con Muñoz Conde hemos tenido en su cercanía una gran aliada. En Bella Aunión, a sus cualidades humanas y a su inteligencia como psiquiatra debemos muchos de los discípulos y amigos lo que somos y para lo cual hemos necesitado su apoyo, el consuelo y, en ocasiones, el impulso. Su intuición ha sido siempre grande para todos los que hemos estado alrededor de su familia.

Lo más difícil para una joven Universidad en el tiempo del nacimiento es encontrar en el ámbito de la excelencia personalidades que se ocupen y preocupen y que ayuden a bien nacer, que compartan la pasión por hacer Universidad, por hacer la Universidad que ha sido el más relevante factor de progreso social y de igualdad en la Historia de España, por hacerlo en un territorio humano y espacial

como es Castilla La Mancha, por hacernos desde aquí contribuir al progreso científico general. Esto lo encontró esta universidad en Muñoz Conde horas antes de su puesta en marcha en 1985 y durante los 25 años de nuestra existencia. Me llena de orgullo cuando lanzo una mirada comparativa a lo que ha sido la historia de otras universidades en trances semejantes, y a lo que creían algunos que iba a ser nuestra propia historia, en lo que a mí me toca de las ciencias jurídicas, y me topo con un espacio científico que hemos construido con éxito muy notable, y que tenemos la inteligencia de no atribuirlo a nuestros propios méritos, sino a los que desde fuera de la Universidad nos han apoyado y a los que dentro del sistema universitario han querido ayudarnos a ser como ellos.

Por todas estas razones Rector Magnífico los profesores de Derecho penal de esta Universidad te solicitamos que el profesor Francisco Muñoz Conde sea investido doctor *honoris causa* por nuestra Universidad.

**INVESTIDURA COMO DOCTOR «HONORIS CAUSA»
DEL EXCMO. SR. D. GIULIANO VASSALLI
DISCURSO DEL RECTOR
ALBACETE, 24 DE OCTUBRE, 2002**

Al oficio de Rector pertenece concluir las ceremonias de Doctorado Honoris Causa con unas palabras sobre el nuevo doctor y el campo de conocimiento al que pertenece, así como sobre los colegas del claustro titulares de la iniciativa. En una Universidad como la nuestra, en la que no hay la sana tradición de que los especialistas de la propia Universidad le preparen la intervención, los Doctorados Honoris Causa constituyen un examen que la comunidad universitaria hace de su Rector entre elección y elección.

Para mí, como Catedrático de Derecho, es el examen al que en mi persona se someten todos los juristas, las togas rojas, demostrativo de si somos capaces de hablar de todo, con una sana combinación entre inevitable superficialidad, instinto e inteligencia y, sobre todo, suerte para alabar al nuevo doctor sin dejar mal a los compañeros del área a que este pertenece, v.gr., en los últimos casos: el artista plástico Gustavo Torner, el ingeniero civil Rafael del Pino o el químico físico Richard Wyne.

Pero el asunto se complica más cuando el Doctor Honoris Causa es un jurista, como fue el caso de Sabino Cassese, de Derecho Constitucional, y Umberto Romagnoli, de Derecho del Trabajo, curiosamente los dos de Bolonia. En estas ocasiones los colegas juristas exigen algo más que ingenio y el no dejar mal al Departamento, y lo exigen sin piedad y, como es de temer, sin prepararle al Rector un solo papel.

Pero, por fin, ha llegado mi hora como Rector penalista, pues por vez primera en los 17 años de historia de nuestra Universidad el Doctor Honoris Causa es un penalista y propuesto por mi colega y Decano Nicolás García Rivas. Por vez primera estoy liberado de las exigencias rituales del oficio de Rector a que antes he aludido y puedo dejarme llevar por la emoción científica, político-jurídica y personal.

Las razones de ello se han explicitado en la laudatio de Nicolás García Rivas, pero lo ampliaré, aun cuando nos repitamos en algo.

Partimos de la idea básica o razón expuesta: Giuliano Vassalli es, junto con Hans Heinrich Jescheck, el patriarca de los penalistas europeos y, por tanto, aquí sí, del mundo: son expresión máxima de los penalistas surgidos de una Europa arruinada por la guerra y que reconstruyen la idea de Estado y de Sociedad del tiempo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Ilustración y de la Revolución Francesa y construyen de nueva planta un Estado y un Sistema Jurídico que los constitucionalistas han acuñado como Estado Social y Democrático de Derecho y que no es cosa distinta que un pacto material entre las trágicamente enfrentadas clases poseedoras y clases trabajadoras.

A ese nuevo estadio de organización social y política pertenece como propio también un nuevo Derecho penal, inspirado y regido por los principios de la humanidad, garantía, resocialización y protección de los intereses colectivos.

Se trata de una obra de construcción jurídica y política que los españoles tuvimos ocasión de ver, hacer y aprenderla, pues mientras Europa se construía conforme a los nuevos principios, los españoles vivimos 40 largos años de dictadura que solo concluyeron en 1977.

Esa obra europea, política y jurídico-penal, ha tenido numerosos protagonistas y, entre ellos, ¿quién podía dar mejores frutos que un penalista conocedor privilegiado de la cárcel –ese lugar en el cual dice Miguel de Cervantes que toda incomodidad hace su asiento –e incluso de la pena criminal por excelencia: la pena de muerte? Mas aún, cuando tal conocimiento provenía no de la distracción o de un mal paso, sino de la más radical afirmación de la dignidad de la persona humana como es el poner en juego la propia libertad y la vida por una causa universal que son los Derechos Humanos de todos y, para Giuliano Vassalli, con igual peso la libertad y la igualdad, lo que se expresa en su militancia política, un compromiso que le llevó al Tribunal Constitucional y a su Presidencia y al Ministerio de Justicia. Precisamente en su condición de tal y junto con el entonces Ministro de Justicia de España, Don Fernando Ledesma, que hoy nos honra también con su presencia, inauguramos en 1988 este espléndido edificio dedicado a Melchor de Macanaz, ilustrado patriota, albaceteño de Hellín y muerto de exilio. También nos acompañó entonces el Vicepresidente del Gobierno de Castilla-La Mancha, Don José María Barreda, quien me encomienda saludar afectuosamente a nuestro homenajeado y excusar su presencia

por tener lugar esta mañana en las Cortes Regionales una interpelación sobre la Universidad, que por las trazas que trae el periódico de hoy, debe haber sido formulada por alguno de aquellos para los que la creación de la Universidad no fue un sueño, y cuando contrastan con la espléndida realidad que hoy somos, la falta de aquel sueño por la Universidad se les convierte en pesadilla. Suelen coincidir también con aquellos que se escandalizan porque la Universidad edita un libro sobre y contra la Ley Orgánica de Universidades, a pesar de resultar evidente que la LOU, y sobre todo su argumento y justificación, son la mayor injuria colectiva profesada contra la Universidad en la democracia española.

Cuán difícil resulta trasladar a los jóvenes estudiantes de hoy las razones y los costes humanos de los valores que representa Vassalli. ¡Cómo explicar y replicar –que dirían los bioquímicos– su experiencia vital; ¡Cómo explicar y replicar lo que pudo suponer para mí, para Ignacio Berdugo, para Juan Terradillos aquella conferencia de Alesandro Baratta, amigo y discípulo del Prof. Vassalli, sobre el Estado de Derecho en una triste y fría primavera de Valladolid de 1971!

No me cansaré en el empeño. Por eso no quiero ocultar que este doctorado al patriarca europeo del derecho penal liberal y progresista me ayuda a sacarme la espina por un doctorado *honoris causa* que los españoles nunca pudimos hacer, el de quien era el patriarca español del Derecho penal: Don Luis Jiménez de Asúa, fundador de la ciencia y del Derecho penal moderno en España en los años 20 y 30 del siglo pasado, que lo aprendió con Von Liszt en su Seminario de Berlín, pero a quien no pudimos honrar como se merecía pues con otros cientos de profesores de la universidad española fue forzado al exilio, en el que murió sin conocer la patria recuperada para la libertad.

Y estas cosas quizá se puedan aprender en los libros, pero nosotros, los citados asistentes a la clase de Valladolid, y luego Nicolás, tuvimos el privilegio de aprenderlo de la mano y del testimonio de recuerdo y compromiso personal de nuestro maestro Marino Barbero Santos, amigo intimísimo y admirador de D. Giuliano Vassalli, como el mismo ha recordado.

De su mano conocimos su obra científica, su obra asociativa como directivo e impulsor de los dos grandes asociaciones científicas, la Asociación Internacional de Derecho penal y la Société Internationale de Defensa Social, los dos instrumentos de realización del sueño que antes de alumbrarse el siglo XX tuvieron los penalistas Von Liszt, Van Hamel y Prins, cuando crearon en 1889 la Unión Penal Internacional, diseñando un programa que comenzó a realizarse tan sólo en los años 60 y siempre sometido a las leyes sociales del péndulo entre criminalidad y reacción social, entre desgobierno y problemas sociales o de la manipulación política, como dolorosamente experimenta Europa hoy con el argumento de la inmigración, o el mundo entero con

la política de tolerancia cero y de militarización de la justicia penal que se impone desde Washington sin que encuentre resistencia suficiente en los gobernantes europeos.

Y aquí la gran paradoja: mientras el pasado mes de julio entraba en vigor el más importante sueño de los penalistas de la generación de Giuliano Vassalli, el Tribunal Penal Internacional, el país más poderoso del mundo maniobraba para que resulte del todo inoperante.

Y es que, queridos amigos, no sé lo que requerirá el Derecho registral, la Ley de sociedades anónimas o la teoría del acto administrativo, pero el Derecho penal requiere filosofía jurídica y teoría general, dogmática jurídica, la criminología como aproximación a la empírica de la conducta desviada y a la reacción social y, además de todo eso, pasión en el compromiso con la dignidad de los seres humanos, y el espejo de todos en ese compromiso es Giuliano Vassalli.

No es infrecuente tampoco el penalista tecnócrata y, por tanto, incompleto, aún cuando resulta estremecedor descubrir que el más fino de los penalistas tecnócratas de la Alemania de la postguerra había llegado no sólo a asesorar a la máquina de exterminio nazi, sino a solicitar de propia iniciativa permiso para conocer personalmente el campo de concentración de Dachau, como nos contará Muñoz Conde esta tarde cuando se incorpore con nosotros.

Vassalli representa la antítesis del tecnopenalista y lo mejor: finura dogmática, contextualización histórica y cultural, y pasión por el ser humano, su dignidad y la igualdad.

Pueden entender ahora a la perfección por qué les anunciaba que hoy me iba a dejar llevar por la emoción y no por el oficio. Una emoción alegre, tan sólo nublada por el recuerdo de quien todo esto lo hubiera dicho mejor que nadie: nuestro maestro Marino Barbero, a quien hemos querido recordar en este día presentando el libro que recoge las palabras en su homenaje pronunciadas en Toledo hace un año por Ignacio Berdugo, Juan Terradillos, Francisco Muñoz Conde, Nicolás García Rivas, Raimundo Drudis, Federico Sainz de Robles, el que les habla y Hans Heinrich Jescheck, quien desde Friburgo y desde su extraordinaria vitalidad me encomienda que traslade su cariño y su felicitación al Profesor Vassalli. Lo mismo me encomienda Cherif Bassiouni, Klaus Tiedemann, Mario Pisani, Stella, Ottenhof, Bruno Liberati, Luigi Stortoni y numerosos colegas españoles.

Gracias querido profesor por su renovada amabilidad con nuestra Universidad y por el honor para nuestra Facultad de Derecho de Albacete, esta vez aceptando incorporarse a nuestro Claustro de Doctores.

Deseo que podamos seguir contando con su extraordinaria vitalidad física e intelectual y con su ejemplo de compromiso con la libertad, la igualdad y la dignidad de los seres humanos.

He dicho.

GIULIANO VASSALLI 1915-2009: PARTISANO DE LA LIBERTAD Y DEL PROGRESO¹

El ambiente bien podemos imaginarlo con el recuerdo de la emoción de ver «Roma, città aperta» de Roberto Rossellini, en los cines de arte y ensayo de nuestros primeros 70, entre la tensión escenográfica y los gritos contra la Dictadura. Quizá para los jóvenes de hoy baste ver los «Malditos bastardos» de Tarantino. Y es que Giuliano Vassalli, hijo del catedrático de Derecho civil de La Sapienza, concluye sus estudios en 1936, doctorado junto al genio jurídico del fascismo Arturo Rocco, Profesor de Padua, se integra en la resistencia partisana a principios de otoño de 1943. En enero del siguiente año aprovecha su formación germánica y su buen porte y junto al administrativista Massimo Giannini se revisten de uniforme alemán y, con pistola al cinto y la complicidad del médico de la cárcel de Regina Coeli, dan un audaz golpe de mano y consiguen la fuga de dos jóvenes que entonces nadie conocía, pero que luego dieron mucho que hablar: Sandro Pertini y Giuseppe Saragat. El espectacular éxito de la acción lo paga tres meses más tarde cuando es atrapado por la Gestapo, sometido a atroces torturas y marcado para el fusilamiento en el lugar de la carnicería que será conocida por el nombre de «las Fosas Adreatinas». Pero una intervención verdaderamente milagrosa de Pío XII logra evitar su incorporación al cortejo del crimen contra la humanidad, que Priebke y otros cometieron a finales de marzo. Escapa de la cárcel pocas horas antes de la entrada en Roma de las fuerzas norteamericanas en el mes de julio.

1 *In Memoriam Giuliano Vassalli (1915-2009). Partisano del Derecho y del Progreso*, en *Revista Penal* número 25, 2010, p. 222. Versión ampliada del texto aparecido en *El País* de 21 de noviembre de 2009.

Tras la guerra, su vida académica y cívica se incorpora al paisaje cotidiano de la República italiana. Como penalista, su obra supera los límites de los 5 volúmenes, con sus más de 4.000 páginas de sus «Obras completas» que la Editorial Giuffré publicó en 1997, a las que se da comienzo con una lúcida crónica del juicio de Nuremberg. Después de las «completas» todavía nos presentó un volumen sobre Derecho Penal Internacional, y otro –con el título evocador de «La fórmula de Radbruch», sobre la superación del pasado en la Alemania de 1945 y en la posterior a la reunificación en 1990. Días antes de fallecer, a los 94 años, enviaba a sus amigos su último trabajo sobre los Derechos fundamentales del acusado en los procesos de terrorismo. Junto a Hans Heinrich Jescheck, fallecido a los 96 años tres semanas antes, eran los patriarcas europeos de la ciencia penal.

Siempre ejerció sus responsabilidades cívicas en las filas del socialismo italiano: Concejal, Diputado, Senador, Ministro de Justicia en 3 ocasiones, Magistrado del Tribunal Constitucional y Presidente del mismo. Su inteligencia, su honestidad y su capacidad para alcanzar acuerdos le hicieron posible culminar una profunda reforma del proceso penal italiano y una no pequeña en lo civil. Su última intervención de ciudadano, jurista, y hombre de progreso fue contra la equiparación legal de los guardias de la República de Saló a los partisanos.

Desde Nuremberg ha representado a la Ciencia jurídica italiana en las Sociedades científicas internacionales. Se incorpora en 1946 al Comité penal y penitenciario de la ONU; en 1949 funda, junto a Fillipo Gramatica y Marc Ancel, la Sociedad Internacional de Defensa Social, y participa en la dirección de la Asociación Internacional de Derecho Penal, verdadera madre de la actual Corte Penal Internacional. Recibió la Medalla Beccaria en 2005, fue doctor honoris causa por la Universidad de Bolonia en el 2002 y por la Universidad de Castilla-La Mancha en el mismo año. Con este motivo nos visitó por última vez, en compañía de su hijo Alessandro, completando con Sevilla su conocimiento de España, desde la Barcelona que tanto apreciaba y pasando por las dos Castillas y Extremadura. De nuestro país dijo que continuaba siendo para él un sueño lejano y perdido, al que se sentía vinculado, además, por la sangre derramada por su tío Mario en el tiempo de la Guerra Civil, miembro de las Brigadas Internacionales, y por su amistad con Mariano Ruiz Funes, Luis Jiménez de Asúa y Manuel López Rey, y con los más modernos Marino Barbero Santos, Agustín Fernández Albor y Fernando Ledesma. Los dos, Ministros de Justicia al tiempo, inauguraron el Edificio Melchor de Macanaz de la Facultad de Derecho de Albacete en 1988 y allí fue investido doctor *honoris causa* en 2002.

ADIÓS A GREGORIO PECES BARBA¹

Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba Martínez en la
Universidad Carlos III de Madrid, el 17 de octubre de 2012

Querido Rector Magnífico de la Universidad Carlos III, Profesor Daniel Peña. Queridos colegas y amigos de Gregorio. Y si el Rector me permite que de todos ellos aluda expresamente a uno, diré querido Elías Díaz. Ante todo quiero agradecer que hayáis reparado en mi persona para evocar a Gregoria Peces Barba en este homenaje. Estuve con él el día de su tradicional marcha a Ribadesella el 9 de julio. Su fallecimiento me sorprendió en Friburgo, concluyendo el primer sabático de mi vida y comprobé el efecto de consuelo que proporciona el duelo, el funeral, y la incomodidad de su carencia. Aquel día no se le veía bien de salud, pero no estaba en absoluto despistado, bien al contrario, no paró de insistir al gran financiero a quien acompañábamos y que nos explicaba la grave situación internacional y los difíciles retos de nuestro país, que una cosa era recortar, adoptar medidas de excepción, y otra hacer pasar por la puerta de atrás un nuevo programa político que arrinconara severamente al Estado social, que junto a la libertad, – como nos enseñó Elías Díaz en su Estado de Derecho y Sociedad Democrática, cuando no teníamos Constitución-, es lo único que ha llegado a legitimar al Estado en nuestro tiempo y ha permitido hasta ahora la «pacificación de la existencia» social, superadora de los tiempos de la lucha de clases y de la violencia. Entre mi persona y la de Gregorio

1 En <http://blog.uclm.es/luisarroyozapatero>. Acto celebrado en la Universidad Carlos III el 17 de octubre de 2012.

había casi la distancia temporal que Ortega y Gasset identificaba con el cambio de una generación –los 15 años– pero en lo espiritual me sentí siempre de la misma: La generación de la acción política comprometida contra la Dictadura en la Universidad y en la vida social; la generación de la transición y de la construcción de la Democracia: la generación de la reforma de la Universidad y la plasmación de la misma y la plasmación de la misma en la creación –en nuestros respectivos casos– de dos universidades, las dos de nueva planta y las dos en medio del campo.

Una personalidad universitaria y un abogado de confianza para el caso que nos alcanzara el destino, lo que no tardaría en suceder. Al regresar de Alemania pasadas las Elecciones Generales del 77, Gregorio era ya mi Diputado por Valladolid, aunque yo no había votado en su favor. De Colonia me incorporé a la Complutense, donde había seguido a mi Maestro Marino Barbero Santos. Es allí donde le conocí vis a vis. Me lo presentó Ignacio Berdugo, quien me ganaba un año de antigüedad en el proceloso mar de la capital del Reino, por donde me guiaba y advertía. Le seguí en el trato en las relaciones de los trabajos de los grupos parlamentarios, en donde a los asesores del Grupo Parlamentario Comunista nos gustaba competir en finura jurídica con los que Gregorio dirigía en el Grupo de la casa de enfrente, entre ellos Ignacio Berdugo. Las sedes de los Grupos estaban entonces frente por frente en la calle Marqués de Cubas, la calle del turco, donde mataron a Prim. Seguimos sin saber quiénes fueron y desde entonces anda todo manga por hombro. En septiembre de 1985, fui nombrado Decano comisario para fundar la Facultad de Derecho de Albacete y el Ministerio me encomendó a la tutoría de un extraordinario elenco de catedráticos senior para seleccionar los profesores de los primeros cursos de la Facultad: Francisco Tomás y Valiente y José Antonio Escudero, Elisa Pérez Vera y Julio González Campos, Eduardo García de Enterría y Jesús Leguina, Luis Díez Picazo y Rodrigo Bercovitz, Francisco Rubio Llorente y el tan prematuramente desaparecido, Santiago Varela, todos en parejas, como la Guardia Civil, pero en Filosofía del Derecho en solitario Gregorio Peces Barba. Gregorio se aplicó no sólo a la selección de profesores sino a empujar el proyecto que muchos creían inverosímil. El Ministerio remoloneaba, y de 5 cátedras prometidas el asunto quedaba en 2 cátedras, 2 Titulares y 3 ayudantes. Había candidatos excelentes tras el parón de todo que comportó el paso del proyecto de LAU a la LRU. Comenté a Gregorio la situación e inmediatamente organizó en su despacho de Presidente del Congreso de los Diputados una comida con un joven y prometedor Director General de Universidades, que resultó llamarse Alfredo Pérez Rubalcaba, y en el que yo no tenía mucha confianza por haber sido testigo en el Ministerio de su extremada devoción por el fútbol, impropia de un intelectual, en la ingenua opinión de un chico de provincias, que desconocía además que a Gregorio le desaforaba el fútbol aún más. De la comida en el despacho salió el Director General con el compromiso de dotar 5 cátedras.

Y así se hizo. Todo el asunto, hechos y modos, caracteriza muy bien a Gregorio: desde el tercer puesto del escalafón del Estado no vacilaba en remangarse con las cosas pequeñas para apoyar los asuntos universitarios y con generosidad. A ninguno se nos pasó entonces por la cabeza que la operación terminaría produciendo cuatro cátedras de Filosofía del Derecho y lo que ello, con su apoyo y el de muchos de ustedes, ayudó a que la Universidad de Castilla-La Mancha no solo no se quedara en una Universidad apeadero, alto riesgo que corríamos como me había advertido Manuel Gala, sino que en muchas aéreas ni siquiera hemos quedado como una universidad de paso. Al concluir aquella legislatura, Gregorio se retira de la política por propia decisión. No conozco otro caso similar más que el de Virgilio Zapatero. Dos modernos San Juan de la Cruz, figura très au jour.

El proyecto gestado en aquellos años de crear una Universidad al sur de Madrid resultaba de urgente necesidad. Los alumnos llamaban en oleadas ingentes cada año en el mes de octubre. El 80% de los españoles se consideraban de clase media. Pero ¿Cómo podía pensarse en crear una universidad en medio de las poblaciones obreras del sur de Madrid? ¿qué clase de Universidad? ¿Para quién?, ¿qué nivel podía alcanzar un centro universitario en tales condiciones que además tendría que competir con las alcurnias de la Complutense y la Autónoma e incluso con la de Alcalá, que al fin y al cabo era Ciudad desde el principio de los tiempos y disponía de un nuevo convento rehabilitado cada 6 meses gracias a su hacendoso Rector? Pero el que una personalidad como Gregorio Peces Barba aceptase la encomienda de crear esta Universidad fue motivo de asombro y de esperanza universitaria. Su capacidad, su vocación y su peso en la política nacional y regional hacían creíble la idea de que la Universidad del sur pudiera salir bien. Todo su peso y toda su pasión lograron el objetivo de crear una Universidad de excelencia, frente al vetusto modelo de lo que puede llamarse una Universidad de élite, y si por sus profesores y métodos de enseñanza alcanzó en tan breve plazo la condición de excelencia, por su ubicación brindó la excelencia a los que más lejos tradicionalmente viven de excelencia alguna. La Carlos III se convirtió en una Universidad de alta calidad en todas sus grandes áreas de conocimiento. Un éxito extraordinario. La actividad de Gregorio respecto del sistema universitario fue también intensa. En el Consejo de Universidades su criterio fue siempre fructífero: la ambición por hacer de la española una Universidad mucho mejor y, de la suya, la mejor. Cuando se puso en cuestión el modelo de la Universidad abierta y democratizada por los que querían una segunda transición, que también aquí querían regresar al pasado de una Universidad de elite que entre nosotros nunca existió, los puso en evidencia: desde 1980 la universidad se había multiplicado por tres en alumnos en profesorado y en investigación y mientras que por la financiación pública de esta ocupamos en el ranking de la OCDE el número 23, en producción investigadora de calidad ocupamos el puesto

número 10. No somos ya la Universidad de Cajal: un genio y 100 maulas. Nunca una generación había conseguido tanto en el tiempo de sí misma. Al cabo de los años, de lo que verdaderamente entiendo es de crear Universidades y les aseguro que el éxito de esta Universidad, en su nivel y en el de la velocidad con la que se alcanzó solo se explica por la extraordinaria personalidad de su fundador. Como toda obra tan personal y de fundación dejó en ella la plasmación de sus virtudes y seguro que de algún defecto, que imagino tendría –como yo mismo– un poquito mandón y, además, suelen ser los fundadores poco comprensivos para con nuestros sucesores. Lo que para los sucesores es cruz se compensa con el brillo de lo que se administra. Hoy la figura de Gregorio queda inmensa. Los políticos suelen hacer grandes obras, –a veces también las deshacen– pero pocas veces lo hacen con sus propias manos. Gregorio tuvo el privilegio de poner sus propias manos en las dos mejores causas para un jurista y profesor universitario: la Casa de la Constitución y la Casa del Saber, ambas de nueva planta. En nombre propio, y en el del Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha, que expresamente me lo ha encomendado, deseo que el recuerdo de Gregorio Peces Barba dé fuerza a quienes en estos difícilísimos tiempos tienen hoy que regir las Universidades y en especial ésta. Suerte Rector ¡Suerte queridos amigos!

HOMENAJE A D. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE¹

Me van a permitir los colegas presentes que las palabras del Rector sean dirigidas especialmente a los estudiantes que hoy abarrotan esta aula que acabamos de dedicar a la memoria de Francisco Tomás y Valiente. Y es que tengo la impresión de que el atentado contra Tomás y Valiente ha tenido un efecto singular en el ámbito de los estudiantes españoles: por vez primera desde el 23 de febrero de 1981 un hecho ha puesto a los estudiantes ante sí mismos, frente a un grave problema de nuestro país, de modo espontáneo y natural. Y de ello hay que sacar partido pedagógico, en lo ético y en lo social. Y es legítimo porque no se trata esta reacción de «manos blancas» y de «basta ya» de una reacción corporativa. Es bien cierto que nos ha impresionado a todos especialmente que la muerte alevosa haya sorprendido esta vez a un profesor que, cuando tenía la puerta abierta a sus alumnos, ha recibido el mayor insulto que nos podían hacer a todos. Pero por encima de esto, que nos afecta como universitarios, todos hemos sentido el atentado como lo que ya hemos dicho al levantar el velo de la placa: la injuria contra los valores que Tomás y Valiente representaba: la vida de un ciudadano entregada a la lucha por la democracia, la vida de un jurista entregado a la construcción del Estado de Derecho, y la vida de un profesor entregado al progreso de la Ciencia del Derecho y a la formación de los Juristas. Los que están aquí no necesitan que se lo recuerde, pero repetirlo puede servirles para que se lo expresen Vds. a otros: estamos aquí para tres objetivos: 1º Expresar nuestra solidaridad con las víctimas del terrorismo, con las familias y los amigos. 2º Expresar nuestra solidaridad con los que más cerca de sí tienen el peligro

1 Alocución en el homenaje de la Universidad de Castilla La Mancha en Albacete y dedicatoria del Aula Magna a su memoria el 13 de marzo de 1996.

de la amenaza del terrorismo, los servidores del Estado, desde quienes lo sirven como Don Francisco Tomás y Valiente, hasta los cuerpos y fuerzas de seguridad. Pero también quiero señalar especialmente a los demócratas del País Vasco, a todos aquellos para los que ponerse el lazo azul no es algo sencillo como para nosotros, sino un acto de riesgo personal, de decisión, de compromiso con la dignidad personal que sólo nos reconoce la democracia. Esos miles de ciudadanos que viven y trabajan en Euskadi que como los profesores y estudiantes de la Universidad del País Vasco hoy ejercen de ciudadanos contra la violencia y la intolerancia. 3º Y estamos aquí para, sobre todo, afirmar como pilares de la sociedad española a la vida, a la libertad y a la tolerancia. Tres bienes que nos han sido negados durante largos períodos de nuestra historia y cuya importancia capital conocemos muy bien los mayores, los que sabemos por nuestra propia experiencia de dónde venimos en esta España nuestra. Un hecho brutal ha permitido que Vds., jóvenes estudiantes, que nacieron al sentido común, en Libertad y Democracia y que corren el riesgo de creer que son circunstancias «naturales», lo han captado de un golpe, de un golpe bajo. ¡Saquemos partido de este golpe tan bajo y sobre nuestras mesas de trabajo, en nuestra actuación cotidiana en la Universidad y en la Sociedad, pongamos como guía esos valores fundamentales para nuestra convivencia: ¡vida, libertad y tolerancia, los tres valores a los que, y por los que Don Francisco Tomás y Valiente ha entregado su propia vida, un poco la de cada uno de nosotros!

KLAUS TIEDEMANN¹

Los libros homenaje son cosa de colegas, de amigos y de discípulos. Los libros homenaje son para los académicos como el crimen para la sociedad: una cosa normal, como explicó David Matza. Pero, ¿qué es lo que hace de académicos singulares que los colegas y los discípulos se conviertan en general en amigos? Este es el extraordinario caso de nuestro homenajeado Klaus Tiedemann. Del largo elenco de autores de las contribuciones al *Festschrift* la mayoría son, además de colegas, amigos y discípulos. Esta circunstancia extraordinaria es propia únicamente de una reducida élite de profesores: los que poseen una extraordinaria fuerza de atracción intelectual y personal y, a la vez, regalan generosamente su magisterio, su cooperación y su hospitalidad académica y personal. Soy un testigo privilegiado de lo que les digo, en especial desde el sector de los participantes iberoamericanos en cuyo nombre –pero sin representación alguna– uso aquí de la palabra.

De las cualidades de Klaus Tiedemann como cultivador de la Ciencia del Derecho penal, de estudioso del Derecho penal económico y de su criminología «avant la lettre», de su capacidad de enfoque interdisciplinar, de sus condiciones para la creatividad ya se ha hablado en este acto y está muy bien expuesto en el Prólogo al Libro Homenaje que firman sus discípulos germánicos. Yo hablaré de su obra para con los extranjeros y para con los mundos del Derecho que compara, en especial del iberoamericano. Bien es cierto que quien comienza sus estudios de postgrado en París tiene ya casi la mitad del cielo ganado y buena parte del éxito asegurado. No

1 Palabras pronunciadas en la presentación del *Libro Homenaje a Klaus Tiedemann* en Friburgo de Brisgovia, el 12 de abril de 2008, en el Hotel Colombi, en nombre de los discípulos y amigos iberoamericanos.

en vano se dice en alemán la expresión admirativa: ¡vivir como Dios en Francia ¡. Seguramente por inspiración de Marc Ancel, – el francés más europeo de su tiempo, del mismo modo que su discípula Mireille Delmas-Marty es hoy la penalista más globalizada de nuestro tiempo– aprendió Klaus Tiedemann que estudiar Derecho penal extranjero requería también estudiar la sociedad y el funcionamiento real del Derecho del país correspondiente.

Esta inmersión en las sociedades cuyo Derecho penal ha querido estudiar y comparar la ha llevado a cabo a través del estudio, pero también con el disfrute de la vida «sur place» y de la literatura en la lengua original.

Leer el *Tartuffe* de Molière en francés, es además conocer un buen tipo criminológico de delincuente económico. Leer al Manzoni de la *Storia della colonna infame* permite captar el sistema de manipulación del crimen por parte del poder y del necesario reconocimiento de los derechos del acusado. Leer en español a Cervantes, sentir el *Olor de la guayaba* de García Márquez, fantasear con *Doña Flor y sus dos maridos*, de Jorge Amado, son apasionantes experiencias que acercan al penalista al desorden, pero también lo llevan por el camino de la perfección.

El interés, la capacidad de innovación, de hibridación de técnicas y de conceptos, como se muestra en su exitosa fundación del Derecho penal económico moderno, sólo se explica por la adscripción literaria de Tiedemann al realismo mágico del autor cubano-parisino de *El imperio de este mundo*, Alejo Carpentier, así como por su preferencia por el *in dubio pro* los más alejados de las posiciones económicas de poder, como su admirado autor de *El Gallo Dorado o Pedro Páramo*, de Juan Rulfo. Para el Derecho comparado no es ontológico, pero sí muy funcional y productivo ir desde Friburgo, para reflexionar y leer, a esquiar a las montañas suizas, pero también lo el remojar el cuerpo en el Mar Mediterráneo, en su casita catalana de Cambrils, o en el paraíso Atlántico de Río de Janeiro o en la corriente fría del «Niño» en las playas del Perú. A nuestro homenajeado le acompaña siempre la curiosidad apasionada por conocer la vida y la cultura de los países en y sobre los que trabaja, lo que hace las delicias y enamora a los respectivos nacionales. Profunda huella ha dejado también en él el Japón, y seguramente habrá que preparar una versión en chino de su *Wirtschaftsstrafrecht*, como la que ahora ponemos a punto en español sus amigos y discípulos iberoamericanos. Decimos en español que detrás de todo gran hombre hay una gran mujer. En el caso de hoy no está la mujer detrás, sino siempre junto a su marido. Su condición de jurista, su sentido del humor, la inteligencia divertida, la simpatía, la hospitalidad de Inge Tiedemann brillan junto a su esposo y forma parte del regalo de amistad que brindan a sus huéspedes. Y concluyo esta salutación expresando para Klaus e Inge Tiedemann la felicitación de los amigos y discípulos iberoamericanos, nuestro agradecimiento y nuestros mejores deseos para el futuro.

LAUDATIO A MARIO PISANI*

Ante todo quiero expresar mi agradecimiento al Director de los Cursos de Verano de San Sebastián de la Universidad del País Vasco y de su Instituto de Criminología, José Luis de la Cuesta, también y muy pertinentemente aquí Presidente de la AIDP, así como al Director de este curso Javier Quel, Decano de la Facultad de Derecho de San Sebastián, por su acogida entusiasta y cariñosa de la idea de dedicar la clausura de este curso organizado entre la Universidad y el Ministerio de Defensa a la Sociedad Internacional de Defensa Social, que es la más joven de las cuatro sociedades científicas que se ocupan del delito, del delincuente y de la sociedad que los produce. Aunque también es cierto que yo personalmente soy profesor de la casa, pues eso es lo que quiso expresar el Instituto de Criminología al nombrarme Miembro de Honor del mismo el pasado año 2010.

La SIDS se crea en 1949, hace más de 60 años, a iniciativa de Filippo Gramatica y Marc Ancel, con el propósito de ocuparse especialmente de los problemas de las causas del delito, de la prevención y de la resocialización del condenado. En el texto que dediqué a los 60 años de Société pretendí poner de manifiesto el espíritu de aquel tiempo, tras la Segunda Guerra Mundial, en el que se creía que todo debería y podría hacerse de modo nuevo, incluido el enfoque y tratamiento de la cuestión criminal.

El nombre de «defensa social» dio lugar desde sus orígenes a controversia. Recordaba demasiado a la defensa social del positivismo de entre siglos. Marc Ancel la rebautizó primero como «Nueva Defensa Social» y más tarde se le dio al título

* Para la entrega de la Medalla Cesare Beccaria de la SIDS en San Sebastián el 1 de julio de 2011, bajo la presidencia de José Luis de la Cuesta

una segunda parte que resulta muy ilustrativa: «por una política criminal humanista». Antonio Beristain la prestó gran atención e Ignacio Muñagorri hizo sobre todo ello una extraordinaria tesis doctoral, que como toda obra histórica y crítica tiene más valor cuanto más tiempo pasa, que, por cierto, puede verse completa merced a su generosidad en nuestro portal. La actividad y las preocupaciones de la Société durante esos 60 años de vida se pueden ver en los artículos de Mario Pisani y de Luigi Foffani en los *Cahiers*. El último Congreso mundial en Toledo en 2007 versó sobre un tema que resulta bien próximo al curso que ahora concluye: El Derecho penal entre la paz y la guerra, en especial el Derecho penal de las intervenciones militares en el exterior, cuyo volumen de actas se encuentra disponible en la web de la Société junto con los *Cahiers*.

El próximo, el año que viene, versará sobre la política criminal de las Naciones Unidas en el marco de la Declaración del Milenio y los grandes retos que la misma plantea y su revisión en 2015.

En el año 2004, la *Société* se reunió en Toledo y decidió crear una medalla advocada al nombre de Cesare Beccaria para significar nuestro reconocimiento a las personalidades que en el ámbito de las ciencias penales han destacado con su obra académica, profesional y personal en la contribución al progreso del humanismo en materia de Derecho penal y de Derechos fundamentales.

Lo explica muy bien el texto que Mario Pisani compuso para narrarlo y que utilizamos cuantas veces hemos entregado la Medalla Beccaria, salvo en esta ocasión, pues no sería del agrado de persona tan elegante como Mario Pisani, el beneficiario de ella hoy y a quien el Consejo de Dirección decidió por unanimidad otorgársela en Madrid en diciembre de 2009, aprovechando su ausencia, a traición y sobre seguro, como se define en nuestro Derecho clásico a la alevosía.

La Medalla vale lo que valen los que hasta ahora la han recibido: H.H. Jesecheck, Giuliano Vassalli, Simone Rozes, Juan Guzmán, Mireille Delmás-Marty, Cherif Bassiouni, Sergio García Ramírez, David Baigun, Roger Hood, y próximamente Robert Badinter. Varias son las razones por las que Mario Pisani merece ser incluido en ese elenco.

Mario Pisani es una extraordinaria personalidad de la Ciencia del Derecho penal material y procesal que se manifiesta de modo rotundo no solamente en la vida académica y profesional italiana sino en la internacional, tanto en su producción jurídica como en su papel en la vida de las sociedades científicas, la *Société Internationale de Défense Sociale* de la que es el Vicepresidente más antiguo, como de la *Asociation Internationale de Droit Penal*, a cuyo Consejo de Dirección pertenece.

Nacido en 1934 y licenciado en 1956 en la Universidad de Pavia, discípulo del gran Prieto Nuvolone, fue catedrático de Derecho procesal penal en las Universidades de Urbino, Trieste y Milán, en esta última desde 1985 hasta su jubilación.

En tan dilatada vida académica su vocación científica prioritaria ha sido el proceso penal, tanto su dimensión técnico-jurídica como en su función de garantía de los derechos humanos.

Fruto de su extraordinaria vocación por el Derecho procesal penal, nacida de su compromiso por los derechos de la persona en la Ley sustantiva y en el proceso, son sus monografías, entre las que destaco las siguientes: *Tutela penale delle prove formate nel processo* (1959), *Il divieto della «reformatio in peius» nel processo penale italiano* (1967), *Manuale di procedura penale* (1ª ed. 1994), *Atualita de Cesare Beccaria* (1998), *Liberta penale en proceso* (1974), *Tutela penale e proceso* (1978), *Problemi della Gurisdizione penale* (1987), *Studi di Dirito premiale* (2001), *Dossier sul potere di grazia* (2004).

A las monografías acompañan varios centenares de artículos y notas publicadas sobre todo en «*L'indice penale*», revista de la que fue Director entre 1985 y 1996 y en la «*Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*», de la que es codirector.

En la laboriosísima y exitosa tarea de impulso y dirección de estas dos importantes revistas científicas se muestran dos cualidades que explican cómo es Mario Pisani: atención al detalle, tenacidad en los objetivos y tensión por la elaboración sistemática. En definitiva, tres cualidades que le han permitido tener un gran éxito como científico, como director editorial y como abogado.

Su obra académica centrada sobre el derecho procesal penal italiano acompañada también por una dedicación sistemática al Derecho penal y procesal internacional, en la que destaca su reciente libro, *Nuovi temi e casi di procedura penale internazionale* (2010).

La vida de Mario Pisani manifiesta de modo constante una profunda preocupación humanitaria sistemática, expresada en su vocación por Beccaria, y por su significado histórico y para el presente y el futuro, lo que se ha plasmada también en el libro dedicado a la manifestación de la más noble y humanística virtud del ser humano como es la piedad: *Studi di diritto Premiale, Il potere di Grazia*.

Un detallado comentario sobre su obra puede verse en el texto del Maestro Giovanni Conso, en la presentación del libro homenaje en tres espectaculares volúmenes, que le han dedicado sus amigos y discípulos italianos el pasado 2010.

La Société Internationale de Défense Sociale debe a Mario Pisani su presencia en la esfera internacional mediante la publicación de los *Cahiers de Défense Sociale*, tanto desde su fundación en colaboración con Nuvolone en 1975, cuanto como Director desde 1996 hasta 2010. Durante la vida del sin par Adolfo Beria di Argentine, secretario general del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, tanto como tras su desaparición, ha representado a la insigne Academia penalista de Milán y colaborado eficazmente con la Presidenta Simone Rozes y con su sucesor, contribuyendo de modo decisivo a la continuidad y desarrollo de la vida de la *Société*.

té, una de las cuatro grandes sociedades científicas, que constituyen un verdadero patrimonio jurídico de la humanidad.

Por último, creo que nada podría hacer más ilusión a mí y a Mario Pisani que el que esta Medalla se entregue en San Sebastián, en la antigua cátedra de nuestro amigo Antonio Beristáin, y presididos por José Luis de la Cuesta, Presidente de la más grande e importante asociación de penalistas del mundo entero la *Asociation Internationale de Droit Penal*, nuestro amigo y nuestro Presidente.

LAUDATIO A MIREILLE DELMAS-MARTY PARA EL PREMIO HANS HEINRICH JESCHEK DE LA AIDP

Tarea difícil resulta expresar en unos minutos las razones del jurado para otorgar el premio Jescheck a la profesora del Colegio de Francia y miembro del Instituto Mireille Delmas-Marty. La dificultad se agrava porque la formalidad de la convocatoria del premio reclama una «obra de vida», una *life achievement in criminal comparative law*. Se da la misma circunstancia que le ocurrió a Don Quijote cuando dispuesto a liberar a los criminales que encadenados iban a servir en las Galeras del Rey. Preguntándoles por los delitos que había cometido uno de los guardianes añadió sobre uno de los conducidos, para agravar su delito, que había escrito una autobiografía. ¿Completa?, preguntó Don Quijote. El delincuente enfadado con el guardia y con Don Quijote exclamó ¡como va ser una autobiografía completa si aún estoy vivo!, y así es nuestro caso: Mireille Delmas-Marty. ha realizado una obra de vida tan completa que resulta difícil de entender que ella sólo haya necesitado parte de su vida y se encuentre aún en el principio de su espléndida madurez.

Su primer gran libro fue el *Droit pénal des affaires*, editado por PUF, en la Colección Thémis en 1973 y diez años más tarde *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983, dedicado a comprender los grandes sistemas y modelos de Política criminal, a comparar para entender y para armonizar. Desde entonces no ha dejado de madurar dos ideas. La primera es que la globalización económica es un factor inevitable y transformador y la segunda es que la idea de los Derechos Humanos es el principio al que toda globalización económica debe

* Conferido en Estambul el 23 de septiembre de 2009.

someterse. De aquí su reclamo por un Derecho común europeo, pero también de un Derecho penal común para la Humanidad. Reclamación que se produce desde la idea de una ética universal común de los Derechos Humanos y también desde la concepción de Derecho penal como ética mínima de la mundialización.

Todas las preocupaciones de Mireille Delmas-Marty sobre los procesos económicos, políticos y jurídicos se elaboraron al tiempo de su integración en el Colegio de Francia en su trilogía sobre las fuerzas imaginantes del Derecho: Lo relativo y lo universal, el Pluralismo ordenado y la Refundación de poderes, publicados entre 2004 y 2007. La trilogía concluye con la posterior publicación de una obra colectiva dirigida junto con Ulrick Sieber y Mark Pieck, en la que presenta una teoría general de la armonización penal internacional bajo el título los *Chemnis de la Harmonization*, aparecido en 2008 en francés e inglés y en español como *Los caminos de la armonización penal*, con presentación de quien suscribe y coordinación de Marta Muñoz de Morales, con edición de Tirant lo Blanch, Valencia 2009. Hoy, por generosidad de Tirant disponible en http://www.cienciaspenales.net/files/2017/06/caminos_penal.pdf.

El universalismo es en Mireille Delmas-Marty no sólo una posición epistemológica sino también una actitud moral y vital, así se explica su interés y dedicación al mundo entero: a América el Norte, desde Alaska a Río Grande, a Latinoamérica, desde Méjico hasta la Patagonia, con especial cariño al Brasil. Nuestra homenajeadora es una europea que tempranamente ha prestado un interés sistemático a la nueva China y sus discípulos de Pekín y Shangai son un puente formidable entre el país el centro y el resto del mundo. En este mismo tesoro se cuentan sus particulares atenciones a los jóvenes discípulos africanos especialmente en Senegal y Túnez, donde la semilla de su conocimiento y su amistad fructifica.

Delmas-Marty une a la teoría del Derecho y del Derecho penal en particular la inteligencia para encontrar en los mecanismos institucionales actuales, como la OIT y la Organización Mundial de Comercio, así como en los tribunales de Derechos Humanos de Europa y América, los elementos para organizar un nuevo gobierno del mundo, lo que constituye una llamada más a la imprescindible reforma de las Naciones Unidas y en su obra encontramos elementos para no satisfacernos con una sola Corte Penal Internacional y para reclamar un verdadero Tribunal Mundial de Derechos Humanos.

La profesora Delmas-Marty no solamente ha abordado los problemas del Derecho penal sustantivo. Por una parte, estudió los delitos más «modernos», como son los delitos económicos. Su tratado de juventud sobre el Derecho Penal Económico ya citado constituye junto con la obra de Klaus Tiedemann la fundamentación de un verdadero Derecho penal económico nacional e internacional. A su vez, su pensamiento se refleja en toda la reforma del Código penal francés que dio lugar en 1992 al nuevo Código penal bajo el impulso de Robert Badinter.

El Derecho procesal penal, sobre todo el «proceso con derechos» (*due proces*), ha sido abordado en todas sus dimensiones nacional e internacional y se debe destacar lo último, su participación en la discusión sobre el modo de enterrar el Juez de Instrucción de Napoleón. En el plano europeo ha orientado la búsqueda de un modelo de integración pluralista del proceso penal, resultado de la hibridación de sistemas y no de la imposición vertical de uno de ellos. Así es como surge el *Corpus Iuris* y sus trabajos en la Oficina Europea ante el Fraude (OLAF). Son numerosas las Revistas que dirige o impulsa. Desde 1984 ha dirigido la *Revue Internationale de Sciences criminelles* y *Droit pénal comparé* e integra consejos de redacción de los *Archives de Politique Criminelle*, el *European Journal of Criminal Law* y *criminal justice* y el *Journal of international justice*.

Sus obras principales nacieron en la lengua de Voltaire – el gran debelador de la pena de muerte– pero están traducidas al español, al portugués, al italiano al griego, al inglés y al chino. De sus premios y condecoraciones sólo mencionaré dos, la primera es la que le acompaña en su condición de miembro del Instituto de Francia, la daga de académico, cuyo concreto diseño original expresa todo el pensamiento político, jurídico y cultural de su titular. La segunda y más importante condecoración, son sus numerosos discípulos con los que ha regado tantos países del mundo.

El nombre de Hans Heinrich Jescheck es un reto y lo seguirá siendo para cualquier jurado de un Premio, pero en su primera edición estoy convencido de que la AIDP ha sabido encontrar a una mujer extraordinaria con toda una vida dedicada a nuestro campo científico con brillantez y con un impacto universal.

PARTE VII.
DOCTORADOS HONORIS CAUSA

MÉXICO: GRATITUD DE UN UNIVERSITARIO ESPAÑOL. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS. SAN CRISTÓBAL DE LAS CASAS. 2000

Rector Magnífico, Sr. Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Sr. Secretario de Educación del Estado de Chiapas, Sr. Alcalde de San Cristóbal de las Casas, Sr. Cónsul de España, Sr. Director de la Facultad de Derecho, Honorable Consejo Académico, profesores y estudiantes:

Para un universitario tradicional no hay recompensa más estimada que la de ser investido Doctor Honoris Causa. Para mí, que soy un universitario profesional y tradicional, lo es también. Lo agradezco de corazón a la Universidad de Chiapas, a la Facultad de Derecho y a su Director D. Francisco Aguilar. Fue una ceremonia como ésta mi primera imagen de la Universidad, en octubre de 1968, cuando mi abuelo materno Emilio Zapatero, Catedrático de Medicina de la Universidad de Valladolid, me llevó al primer acto académico de mi vida, que iba a ser el primero de mis días, de mis 32 años de universitario, en la Facultad de Derecho de la vieja ciudad imperial castellana que me vio nacer.

No es común aprender tantas cosas útiles el primer día de clase: que la lección inaugural del curso o el discurso de un Doctorado pueden ser plúmbeos y que el profesor que habla debe tener siempre presente que los que escuchan son un público multidisciplinar, y que debe entretener y no aburrir; que los trajes pueden también ser académicos, y que éstos varían el color de su toga, conforme al de su respectiva Facultad; que el birrete de los doctores tiene flecos y que el rector es todo terciopelo negro; y que estos colores y lujos fueron autorizados por los Reyes

austeros como muestra de respeto al saber y a la ciencia. Qué poco podía yo imaginar aquel día de octubre de 1968 que mi destino iba a ser el integrarme en aquella tropa multicolor que procesionaba severamente desde el Colegio Mayor de Santa Cruz –fundado por el Cardenal Mendoza– hasta la vieja Universidad, encabezados por el sorprendente y estrambótico modo de desplazarse a saltitos por la calle de don Emilio Alarcos padre que a la sazón tendría más de 90 años y nadie conseguía quitarle del vestirse la toga el día de San Miguel, o equivalente. Qué poco podía yo imaginar que iba a llegar a vestir la toga con muzeta y birrete en rojo, y tiempo después y durante ya más de 12 años el terciopelo negro. Pero, desde luego, ni yo ni ninguno de todos los conspicuos Doctores del cortejo procesional podía llegar a imaginar, ni siendo astrofísicos, que vendría un tiempo después en que aquel joven estudiante que entraba por vez primera en el Colegio de Santa Cruz, en cuyas frías aulas habían disputado tanto Bartolomé de las Casas y Gines de Sepúlveda, iba un día a llegar a ser investido Doctor en Derecho, por causa de honor, en una lejana y extraña tierra de allende de la mar oceana y en una ciudad advocada precisamente como San Cristóbal de las Casas.

Solemos los profesores decir que los alumnos llegan a la Universidad cada año peor preparados, pero estoy por apostar que ese día de la inauguración de mi primer curso, a mis 17 años, y a pesar de haber estudiado en los Jesuitas, México no era para mí más que una mancha un tanto borrosa en el mapa de América.

Bien que les puedo asegurar que en los mapas oficiales de las escuelas españolas fue Méjico siempre de color verde. Quizá algo más pudiera saber, curiosidades propias de un alumno de colegio de ciudad imperial venida a menos. Así, junto con mi compañero de pupitre, el actual Rector de Salamanca, Ignacio Berdugo, habíamos buscado alguna vez las ciudades que en el mundo llevaran el nombre de nuestra ciudad natal, Valladolid. Y encontramos dos, una en el Yucatán y otra como en el centro, pero su nombre original habíase cancelado y sustituido por el de un caudillo de la Independencia de México, Morelos. Mi primer contacto con México y su independencia, como pueden sus señorías comprender, no podía ser entusiasta.

En realidad, sólo el aprendizaje de la especialidad científica es sistemático. De los demás, el proceso de aprendizaje es más bien arbitrario y casual. ¿Qué he aprendido yo, cómo o cuándo, de México? Esta pregunta y sus respuestas serán el eje de mi alocución.

La primera noticia de peso sobre México para quien les habla es que se trata de la patria de don Manuel de Lardizábal, natural de la Hacienda de San Juan del Molino, Tlaxcala, y padre del Derecho penal ilustrado, el Beccaria español, es decir, el primer defensor de los Derechos Humanos en España. Aquí fue donde yo descubrí que se podía ser español o novohispano y que hasta un cierto momento valían lo mismo.

De esta cuestión nos dio cuenta nuestro maestro de Derecho penal en la Facultad de Valladolid, don Marino Barbero Santos, noticia que enriqueció con otras muchas y que, acompañado en sabiduría por su valor cívico, se convirtió en mi maestro de carrera universitaria, y todavía ayer, en la víspera de nuestro viaje me daba cuidadas informaciones y consejos para visitar no sólo México sino Chiapas mismo, pues todo lo conoce bien.

Los universitarios tenemos nuestra particular Yegualciualt. Esa mujer bella y alhajada que con sus encantos seducía a los antiguos chiapanecas y les llevaba a caer en cenotes y pantanos. La Yegualciualt de los académicos es la soberbia, el creer que todo lo que somos o tenemos lo es por nuestros propios méritos.

Hoy me han hecho Vds. Doctor Honoris Causa a mí, pero yo soy de los que creen que en lo que a méritos toca todos somos resultado de la plasmación de otros, de sus enseñanzas. Como universitario yo estoy seguro que lo soy, en el primer impulso, por mi abuelo, por sus conversaciones y por su biblioteca, pero en lo definitivo, soy sobre todo discípulo de don Marino, y para conocer bien a quien Vds. honran hoy en tan alto grado deben tener referencia de él.

Les cuento la primera que tuve yo: vacante la Cátedra de Derecho penal a primeros de octubre del año siguiente de comenzar los estudios, en 1969, comentaban los más mayores con mezcla de incredulidad y admiración que el nuevo Catedrático era el de Murcia y era o liberal o comunista –ese era el espacio entero de los sojuzgados de Franco y de su régimen, todavía bien imperante en aquellas tardías fechas de los 60– Además, se decía que era el único Catedrático que se había negado a jurar los principios fundamentales del Movimiento Nacional, establecidos en 1939 y que, habiéndole tocado impartir la lección inaugural del curso en 1963 y a los pocos meses de haber sido ejecutado la última víctima por hechos vinculados a la Guerra Civil, el dirigente comunista Julián Grimau, don Marino había compuesto una lección contra la pena capital que suscitó una gran conmoción en Murcia, y en toda España, estando a pique de darle un síncope al señor Rector. No sé qué era lo que nos impresionaba más, si lo de la lección contra la pena de muerte, reciente todavía la de Grimau, o lo de no jurar y negarse a jurar. No es cosa fácil transmitir a los jóvenes estudiantes españoles de hoy que creen que el estado natural de los españoles es la democracia, lo que representaban tales actitudes como valor cívico y como riesgo personal.

El Profesor Marino Barbero era discípulo de don José Antón Oneca, Catedrático de Derecho penal de Madrid y Magistrado del Tribunal Supremo de la República hasta julio de 1936. Fue condenado a muerte, le fue ofrecida la vida a cambio de la adhesión pública. Se negó, vivió para trabajar como forzado en el Valle de los Caídos, actual aposento de los despojos del Dictador. Le dejaron reingresar en la Cátedra sólo 25 años después, pero no en Madrid, sino primero en Santiago de

Compostela y luego en Salamanca, que están más lejos y es más húmedo. En la última era donde el entonces joven Marino Barbero acaba su licenciatura y se acoge a su patrocinio académico, para ir de seguido a hacer el doctorado a Bolonia. Don José Antón, patriarca del Derecho penal español contemporáneo era, a su vez, discípulo del más brillante penalista español del siglo, y por su condición de exiliado y asilado y, por exilios en diversos países de América, el más brillante penalista hispanoamericano: Don Luis Jiménez de Asúa.

Así, don Luis Jiménez de Asúa, don José Antón y don Marino Barbero son el tronco del que como penalista soy rama. Un buen junco. En la cadena genética, en el ADN, han acertado ustedes. En lo mío está por ver.

Pues fue precisamente en clase de don Marino y de su magisterio de quien yo recibí la primera gran referencia, imperecedera sobre México y los mejicanos. En aquel tiempo temible de 1939 cuando todo se derrumbó, cuando de los 250 catedráticos con que contaba la Universidad española a más de 100 les quitaron la vida o la posibilidad de vivirla en España, cuando la necesidad existencial y toda ayuda es poca, hubo un país, un solo país, –nos contaba don Marino– que con su Presidente a la cabeza, el General Lázaro Cárdenas, acogió a tantos intelectuales demócratas españoles cuantos pudieron aquí llegar y les dieron oportunidad de seguir viviendo en México en una condición nueva y distinta para el maldito destino de los perseguidos políticos, en expresión feliz de don José Gaos, transterrados, y no desterrados.

En esa clase aprendí que los universitarios españoles habíamos incurrido en una perpetua deuda de gratitud, y hoy como intelectual de la vieja España que Vds. hacen protagonista, quiero con mis palabras –y en nombre también de los Catedráticos españoles que me acompañan– devolver el protagonismo del día al pueblo mejicano de entonces y de hoy y al presidente Lázaro Cárdenas, cuya decisión singular hizo posible que España siguiera existiendo, de la mano de Alfonso Reyes, de Octavio Paz, de Andrés Henestrosa y de tantos otros.

Fíjense Vds. que elenco de universitarios fueron acogidos en México como si de connacionales se tratara: filósofos como José Gaos, García Bacca, Recasens Siches y Sánchez Vázquez; juristas como Constancio Bernaldo de Quirós, Mariano Ruiz Fúnes, Mariano Jiménez Huerta, Blasco y Fernández de Moreda, Victoria Kent, Sánchez Román, Alcalá Zamora y Castillo Pedroso; médicos como Isaac Cordero y José Puche, Dionisio Nieto y Rafael Méndez, científicos de la naturaleza como Blas Cabrera, José Giral, Madinaveitia, Ignacio Bolívar; historiadores como Altamira Bosch Gimpera, Wenceslao Roces, literatos como León Felipe, Max Aub, Luis Rius, Millares Carlo, Díez Canedo, Moreno Villa, Juan Comas, artistas como Luis Buñuel, psicólogos como Emilio Mira.

Baste decirles que la tierra del águila y del nopal están enterrados 6 exrectores españoles acogidos por la Universidad Nacional Autónoma de Méjico.

Gracias señoras y señores por su solidaridad.

El segundo aprendizaje de México lo hago con motivo ya de mi condición de Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha. Permítanme darles cuenta de quienes somos:

La Constitución española de 1978 organiza el territorio en Comunidades Autónomas, una suerte de Estados federados, con gobierno y administración propia y, en algunos casos, con lengua propia cooficial. Al tiempo de las primeras elecciones, Castilla-La Mancha integrada por lo que históricamente se había llamado Castilla-La Nueva, con exclusión de Madrid –es decir, Toledo, Ciudad Real, Albacete, Cuenca y Guadalajara– comporta una extensión de 70 mil km² y un millón setecientos mil habitantes, carecía de Universidad, y se creó una que sirviera a todas y cada una de las mencionadas provincias, constituyendo un campus universitario en cada capital, lo que entonces resultó novedoso. Hoy, 15 años después nuestros campus de Toledo, Ciudad Real, Albacete y Cuenca suman 33 mil estudiantes, 1400 profesores, 900 funcionarios e impartimos 46 diferentes licenciaturas y diplomaturas, doctorado y postgrados. En Toledo en edificios rehabilitados y en el que construyó el Cardenal Lorenzana, quien previamente fue Arzobispo de Méjico, precisamente para la antigua y desaparecida Universidad de Toledo, y en las demás capitales en edificios de nueva planta, que suman ya más de 300 mil m².

El modelo de Universidad multicampus era un modelo de gestión académica raro y difícil, y a México me vine yo por vez primera en 1989 para conocer el funcionamiento de la Universidad Autónoma Metropolitana, que era la única que se había creado así de propósito en el mundo para nosotros conocido. Imagínense lo agradable que ha sido para nosotros descubrir ahora que la Universidad de Chiapas es también multicampus y que, incluso, está dotada como la nuestra del sistema de videoconferencia, que fue el asombro del Príncipe de España don Felipe de Borbón, cuando visitó el pasado año nuestra Universidad y pudo platicar a un mismo tiempo con profesores, funcionarios y delegados estudiantiles de los cuatro campus, separados entre sí por una media de 200 km. de distancia.

Hoy ya no nos dedicamos a comprobar la funcionalidad del sistema multicampus, nos dedicamos a hacerlo funcionar, convencidos de que es el mejor sistema para nosotros. Frente a la hipótesis de 4 o más Universidades locales pequeñas somos una Universidad grande, tanto como Salamanca, aprovechamos mejor los recursos académicos, siempre menores de los necesarios, así como las sinergias para la investigación y tenemos peso institucional en el Estado y en la Comunidad Autónoma.

Pero entonces vine a México a comprobar funcionalidades, y con aquel motivo descubrí un impresionante mundo nuevo: el país más rico en patrimonio histórico del mundo, el país en el que se encuentra en calles y plazas y en el idioma que Vds. hablan la España que hemos perdido, el país hispánico con mayor sabiduría

política, pues le ha permitido librarse de las grandes tragedias del siglo, de las dos guerras mundiales y de las hispánicas y americanas guerras civiles. El país americano e hispánico que más adelante ha llevado el mestizaje, el país de América que primero llevó un indio a la presidencia de la República, el insigne Benito Juárez, el país que hoy –a los ojos de un español relativamente ilustrado– me parece el país con más posibilidades y más futuro de toda Iberoamérica, el mejor formado, el de mayor espíritu emprendedor. A pesar de las sombras que en todo país aparecen o se mantienen en el largo camino de los pueblos por alcanzar la igualdad básica y la garantía de las condiciones mínimas de vida para todos.

Me deslumbró tanto México entonces como deslumbró hace ya más 500 años a aquel puñado de teules capitaneados por un estudiante de Salamanca, particularmente ante la vista de Tenochtitlan, tal y como lo descubre Bernal Díaz del Castillo (p. 93).

Vale para expresarlo unas páginas de Bernal Díaz –el primer comendador de Chiapas– al describir cincuenta años después lo que encuentran los hombres de Cortés, particularmente ante la vista de Tenochtitlan, desde las montañas que la circundan desde el Pococatepel, que Cortés compara a una nueva y gigantesca Venecia, y cuando penetran en ella y admiran sus palacios sobre la laguna, sus pirámides, los parterres flotantes de flores, las miles de piraguas, los colores y magnificencia de los vestidos de Moctezuma y sus gentes: –dice Bernal– «Al ver todas esas ciudades, asentadas tanto en el agua como en tierra firme, y esta amplia calzada, toda recta que conducía a Méjico, nos sentamos llenos de admiración y nos decíamos que todo aquello parecían las moradas encantadas descritas en el libro de Amadís de Gaula. En efecto, ¿qué otra cosa podíamos pensar ante las altas torres, los templos, los edificios construidos en medio del agua, ni más ni menos que de piedra? Algunos de nuestros soldados se preguntaban incluso si no estarían en mitad de un sueño, lo cual no es sorprendente ya que yo mismo no sé cómo haceros sentir lo que nosotros sentimos en una situación jamás vivida por nadie, jamás oída y quizá jamás imaginada. Al acercarnos a Iztapalapa, ¿cómo evocar la magnificencia de los dos caciques que vinieron a nuestro encuentro, parientes próximos del propio Moctezuma?, y, una vez hubimos entrado en la ciudad, ¿qué descripción permitiría imaginar los palacios donde fuimos alojados, su grandeza, la excelencia de su construcción, toda en piedras de la mejor calidad, con maderas de cedro oloroso?, ¿qué decir de los jardines interiores, cubiertos con toldos decorados con adornos de algodón? Luego, al salir de los apartamentos, fuimos a pasearnos por los jardines: no podía hartarme de ver tantas especies de árboles perfumados, tantas avenidas floridas, tantos árboles frutales. Había también un lago de agua dulce en el que podían entrar las embarcaciones procedentes de la laguna por una abertura practicada a ese efecto, y por todas partes muros blanqueados con cal y embellecidos con toda

suerte de piedras y pinturas. ¿Qué elogio debería hacer de todo ello? Y ¿qué decir de todas las especies de pájaros que venían a este lago?, repito, yo no podía creer que hubiera en el mundo otras tierras descubiertas parecidas a ésta, ya que en esa época no se conocía todavía el Perú...».

Ante el mercado de Tlatelolco afirma que «entre nosotros hubo soldados que habían estado en muchas partes del mundo, y en Constantinopla y en toda Italia y Roma, y dijeron que plaza tan bien compasada y con tanto concierto, y tamaña y llena de tanta gente, no la habían visto Aztecas y Mayas, el mundo prehispánico, su sabiduría, su riqueza moral. Les digo lo que siento. Los españoles de mi generación estuvimos bien lejos de las gestas del imperio, pero en la madurez, cuando nuestra patria recobró las libertades, recobramos también la dignidad y, por ende, la posibilidad de mirar serenos hacia atrás, sobre nosotros mismos. Y les digo: creo que un español no puede sentirse completo sin México, sin la Nueva España, sin el presente y el futuro del México de hoy. Y se lo digo limpiamente, ajeno a toda arrogancia, habiendo aprendido en propia carne que los pueblos para afirmar su identidad no deben negar la de los otros, y que todos venimos de algún otro pueblo o lugar. ¡Qué había sido de nosotros, los iberos, sin Roma! ¡cómo entendernos a nosotros sin los 800 años de guerra y convivencia con los árabes y con los judíos! Más de 500 palabras árabes utilizamos en nuestra lengua castellana y cuántas cosas y objetos usamos y llamamos con palabras que vienen de aquí.

La identidad no está en la negación de los demás, está en el conocimiento de nuestras historias, trenzadas siempre de encuentros y desencuentros, de descubrimientos y negaciones. La identidad está sobre todo en el mestizaje, en los proyectos comunes por la libertad, la igualdad y la solidaridad.

Y también hubo una ocasión para que yo aprendiera de Chiapas.

A la busca estaba yo de algún ejemplar de las Cartas de relación de don Hernando Cortés compuestas por el Arzobispo de México don Francisco Antonio de Lorenzana, patrono como les he dicho de nuestra Universidad, cuando conocí a don Miguel Ángel Porrúa y su magnífica serie editorial sobre Chiapas en colaboración con el gobierno del Estado. Casi por casualidad abrí sin mucha fe un librito novela de para mí extraño título «Jovel» y de un autor desconocido, Herberto Morales. Pero, como diría Cervantes, a consecuencia de que el demonio nunca descansa y todo lo añasca, se posaron mis ojos sobre las primeras páginas que resultaron ser la primera historia anovelada de la fundación de la ciudad en la que tiene su sede el Rectorado de nuestra Universidad regional, Ciudad Real. Quedé prendado de toda la historia y a través de Miguel Ángel Porrúa contactamos con Herberto Morales, a la sazón en Estados Unidos y le pedí que viniera a explicar a la capital de La Mancha la extraña historia de la existencia de otra Ciudad Real, que en vez de en la llanura estaba en los altos, y que en vez de ser árida y desértica –salvo cuando verdean las

vides— en un paraíso verde, en Chiapas, lugar del cual yo tan sólo tenía referencia de mi lectura apasionada del Bernal:

«Y fuimos abriendo camino nuevo el río arriba, que venía de la población de Chiapa, porque no había camino ninguno, y todos los alrededores que estaban poblados habían grande miedo a los chiapanecas, porque ciertamente eran en aquel tiempo los mayores guerreros que yo había visto en toda la Nueva-España, aunque entren en ellos los tlascaltecas, los mexicanos, los zapotecas y los minjes: y esto digo, porque jamás México los pudo señorear; porque en aquella sazón era aquella provincia muy poblada, y los naturales en ella eran en gran manera belicosos y daban guerra a sus comarcas, que eran los de Cinacantan y a todos los pueblos de la lengua quelene, asimismo a los pueblos que se dicen los zoques, y robaban y cautivaban a la continua a otros pueblezuelos donde podían hacer presa». Y como los universitarios somos gente emprendedora pocos meses después Herberto Morales estaba invitado en Ciudad Real conferenciando sobre estos asuntos a los asombrados estudiantes manchegos, y convencimos al Presidente de la Provincia de Ciudad Real para que hiciera una edición del Jovel para los manchegos, y así se hizo.

Así quedaron las cosas cuando corría el año 93. Pasó el tiempo y Chiapas cobró relevancia informativa internacional que siempre se siente lejana. Pero resultó que en la Semana Santa del año 98 visitamos en Lanzarote a nuestro Dr. Honoris Causa, José Saramago. Se nos fue el día en grata conversación, rememorando el día de su doctorado en la iglesia parainfo del antiguo Convento de San Pedro Mártir en Toledo, que fue de gran satisfacción para nuestro poco pío maestro, particularmente cuando le dijimos que el lugar sobre el que tenía el asiento era la tumba del gran Inquisidor Melchor Cano, se fue el día como digo, en recorrer bajo su guía la impresionante balsa de piedra volcánica que es la isla, y hablando de Chiapas, de donde acababa de regresar sumamente impactado, como es sabido. Al concluir la jornada, compartiendo el diagnóstico de las realidades y disputando sobre los remedios, Pilar, su mujer, me prestó un libro, sobre todo por el título: «Ciudad Real». Así, de la mano maestra de Rosario Castellanos aprendí lo más profundo que representa Chiapas como escenario vital de un conflicto y, sobre todo, de un reto, el reto de la modernidad y del progreso en esta región de este gran país que es México, un reto proclamado por Octavio Paz en su casi testamentario «México, Modernidad y tradición»: «No sé si la modernidad es una bendición, una maldición o las dos cosas. Sé que es un destino: Si México quiere ser tendrá que ser moderno. Nunca he creído que la modernidad consista en renegar de la tradición, sino en usarla de un modo creador».

Y la lectura de Castellanos se completó con la de esos 6 espléndidos volúmenes de «Lecturas Chiapanecas» que ha inspirado y compuesto Cuauhtémoc López Sánchez.

Las lecturas de los textos de Hermilo López Sánchez sobre la fundación de Ciudad Real, el «Réquiem» de Álvarez del Toro, de Carlos Alberto Culebro su temprano «Chiapas prehistórico», o el «Nandiume» de Ángel Corzo y «El Complejo Ladino» de Moscoso Pastrana sembraron en mí el más profundo interés por los hechos, mucho más allá que por las noticias.

Puede Vds. imaginar la emoción que me produjo hace unos meses en un acto de Toledo, en homenaje al Cardenal Lorenzana, presidiendo yo al Arzobispo de Toledo y al actual Obispo de los Derechos humanos en México, don José Luis Soberanes, y preparando con él la edición hoy dispuesta de las actas del IV Concilio Mexicano cuando me anunciaron los propósitos de la Universidad de Chiapas.

Y la emoción completa al remitirme el Rector Leiceseur el acuerdo de la Universidad que ha leído hoy el Secretario General don Oscar Gómez.

En mi Universidad, en cuanto a normas y honores se refiere, se hace lo que dice el Catedrático de Historia del Derecho D. Feliciano Barrios. Y don Feliciano nos dijo hace ya 15 años que al Doctor Honoris Causa se le ha de tomar juramento de respetar a los viejos maestros, guardar las precedencias y ser fiel a la Universidad que el honor concede. Vds., Sr. Rector, han sido tan generosos que no me han tomado juramento alguno, pero yo, inspirado por la presencia del más relevante de los historiadores del Derecho del mundo hispánico, D. José Luis Soberanes, les presto de muy buena gana juramento de fidelidad a la Universidad de Chiapas y a este campus del Ciudad Real de América, fidelidad en el apoyo y a la cooperación entre nuestras Universidades, en el entendimiento de que la Universidad en nuestras actuales sociedades es el más eficaz instrumento de promoción del desarrollo, el cual, con el debido respeto a la dignidad de la naturaleza y, sobre todo, de los seres humanos, constituye la única oportunidad para como dice la Constitución española superar los obstáculos que impiden o dificultan que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas.

¡Qué así sea!

DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y CIENCIA PENAL. UNIVERSIDAD DE UNIRIO-UNIVERSIDAD FEDERAL DEL ESTADO DE RÍO DE JANEIRO, BRASIL, 2004

Sr. Rector Pietro Novellino:

El doctorado honoris causa es para un universitario profesional la más alta distinción. Recibirlo yo, junto al extraordinario físico brasileño César Lates y, precisamente, junto a mi maestro alemán, Klaus Tiedemann, es no sólo un honor inmerecido, sino que colma toda posible ambición. Para ellos el doctorado por esta universidad es, como dice la liturgia universitaria española, corona de sus saberes y merecimientos, mientras que en mi caso no es corona, sino espuela para mi compromiso renovado con el Derecho penal tras 16 años de servir como rector fundador de mi universidad, servicio que no busqué, y que encontré en el azar de la vida, y al que me he dedicado en cuerpo y alma en lo que, como optimista que soy, me permito llamar la primera mitad de mi vida como catedrático. Aquí toda ambición se ha saciado cuando el claustro universitario me ha nombrado, a propuesta del nuevo rector, rector honorario.

Ser rector ha sido para mí fuente de grandes privilegios, y entre otros el de haber contribuido a desarrollar una impresionante red de conocimientos, amistades y trabajo cooperativo en formación e investigación científica, que implica a más de 250 directivos académicos universitarios de España, Portugal y Brasil, que llamamos Grupo Tordesillas de universidades. Se trata de un vínculo trasatlántico que estoy seguro que será fuerte y fructífero para nuestras comunidades nacionales, para las relaciones entre la península ibérica y la América de lengua española y portuguesa

y que será también una modesta pero relevante vinculación entre Europa y América, en unos momentos en los que es más evidente que nunca que el mundo de la globalización no puede ser unipolar, ni en lo militar ni en lo político, y que debe ser un mundo de legalidad internacional, de respeto y promoción de los hechos humanos, así como de cooperación interregional.

El papel de las universidades en ese futuro es capital. Permítame que les diga que el factor material que ha producido mayor grado de europeización en los últimos 15 años en la Unión Europea a ha sido, en mi opinión, el programa *erasmus* entre las universidades, que ha hecho posible que más de un millón de jóvenes –100.000 españoles entre ellos– haya estudiado en torno a un semestre en universidades de países y con lenguas distintas a la propia. Es el primer millón de nuevos europeos de verdad. Y esta es la letra de la música que interpreta el Grupo de Tordesillas.

Como penalista es otra la letra y la música que he interpretado, y a la que me reincorporado plenamente. Y respecto de lo cual me permito exponerles lo que a mí personalmente me gustaría representar:

En primer lugar, me gustaría representar un penalista digno de quien fue mi maestro desde el primer día de clase, Marino Barbero Santos, que fue un penalista demócrata, en la dictadura y en la democracia, y que puso por encima de todo interés personal los derechos del hombre, la democracia y a la igualdad. De su mano conocí y admiré a Heleno Claudio Fragoso, a Joao Marcello Araujo, a René Ariel Dotti, representantes brasileños en la Asociación Internationale de Droit Penal, y después los grandes penalistas brasileños como Juárez Tavares, Nilo Batista Miguel Reale, Sergio Salomao Shecaira o Luiz Regis Prado.

En esa estela me ha gustado ocuparme la protección penal de los derechos del hombre en concreto: de la protección penal del trabajador, de los derechos básicos del ser humano que llamamos mujer, de los derechos específicos del ser humano moderno que son los derechos económicos, y, naturalmente, de los delitos que lo lesionan: los delitos económicos.

Pero en este espacio nunca pude hacer sombra a quien es el mayor especialista del mundo: Klaus Tiedemann,

Pero de mis trabajos anteriores si observo un espacio relativamente nuevo en el que me gustaría cumplir un papel de innovación e influencia: el de las relaciones entre derecho penal y constitución y, como lema, el derecho penal constitucional.

Abordé por vez primera el asunto en 1979 en mi estudio sobre el aborto y su despenalización, tema candente en los primeros años de la democracia. Dejé a un lado la aproximación política y afronté su solución con los instrumentos de la teoría constitucional elaborada a partir de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales que ofrecía nuevas vías a la argumentación jurídica estancada en aquellos años por la disputa entre el último positivismo y la teoría crítica de la sociedad y del derecho.

Posterior a este momento se produciría el nuevo impulso metodológico que representa más que nadie Peter Häberle con su *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* y que en mi opinión puede dar sustento definitivo a lo que habían desarrollado los penalistas precursores en esta materia, Franco Bricola con su «teoría costituzionale del reato» y Mir Puig con su Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. Mi intuición por este proceso está plasmada en mi trabajo sobre concepto y método del derecho penal para el concurso de la cátedra en 1986. Se había plasmado ya en el trabajo sobre el aborto, antes citado, apoyado sobre todo en la teoría de la ponderación constitucional de bienes e intereses de Konrad Hesse y en el primer Häberle, el del contenido esencial de los derechos fundamentales, cuya esencia traté de acomodar al debate penal tradicional relativo a la justificación y la exculpación en el estado de necesidad. Se manifestó también en otros trabajos sobre el asunto, por ejemplo, en el relativo al principio de legalidad en materia penal.

Pero 20 años no pasan en vano y/o y el nuevo constitucionalismo es un sólido movimiento de teoría general del derecho público y los viejos problemas pueden ser reelaborados con nueva y fructífera luz. La constitución como cultura y la teoría constitucional son el nuevo paradigma. No es necesario mayor desarrollo de este argumento aquí, con mucho gusto nos remitió a una excelente síntesis del proceso intelectual de referencia que ha hecho Luis Roberto Barroso en el Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional de 2001: *Fundamentos teóricos y filosófico do novo direito constitucional brasileiro: Pos-modernidade, teoria crítica e pos-positivismo*.

Únicamente deseo precisar que toda esta construcción está bien lejos de ser eurocéntrica. Bien al contrario, es tan global, tan universal, como lo sean los Estados de Derecho democráticos y con control de constitucionalidad. En este punto me permito recordar lo que solemos olvidar en la vida cotidiana: por vez primera en la historia de España, Portugal y del continente iberoamericano –de su tierra firme– vivimos en regímenes democráticos, regidos por constituciones, vinculados a los convenios internacionales de derechos humanos, bajo el control, respectivamente, del Tribunal de Estrasburgo y de la Corte Iberoamericana de Costa Rica, presidida en estos momentos por el insigne penalista mexicano Sergio García Ramírez.

Pero sí me gustaría hacer una versión sintética de lo que digo, no para juristas, sino, entre otros, para médicos, físicos, químicos y químico-físicos.

Desde el tiempo de la Ilustración la tarea de los penalistas liberales ha sido la de teorizar e interpretar para limitar el poder punitivo del Estado, tan odioso en el Antiguo Régimen como en las dictaduras posteriores. Se trataba de alcanzar el Derecho penal propio de un Estado de derecho. Pero incluso cuando se dispone ya de leyes respetuosas de los derechos humanos, tanto a la hora de decidir que conductas se puede prohibir con el castigo penal, con cuanto se puede castigar, y con

qué garantías de procedimiento enjuiciar y aplicar la pena, aunque todo esto esté resuelto, el problema consiste en que ninguna ley es capaz de definir todo cuanto el juez debe hacer para aplicarla sin arbitrariedad. Para resolver este problema de interpretación y de seguridad y garantía en la aplicación de la ley por los jueces es para lo que –después de haber sido tarea monopolizada por los lingüistas y teólogos– nace la ciencia propiamente penal: la dogmática jurídica, la teoría general del delito y de la pena.

La limitación de la ciencia tradicional del Derecho penal consistía en lo que indica su propio nombre y punto de partida: Lo que la ley dispone es el dogma, sólo cabe interpretarla. Pero si la ley es injusta porque, por ejemplo, castiga conductas tales como el adulterio, o el aborto en todo caso, o prevé penas inhumanas, degradantes o desproporcionadas, en estos supuestos no cabía más la crítica jurídica, sino sólo la crítica política.

Pero con las Constituciones modernas que consagran los derechos fundamentales, y que se imponen al legislador y a los jueces, y se asegura todo ello a través del control de los Tribunales constitucionales o de Cortes supremas con funciones equivalentes, entonces todo cambia y cabe una crítica no ya sólo política sino también jurídica, a la ley y al juez. Surge así una nueva dogmática, la dogmática constitucional, que se impone a la dogmática penal y que debe inspirarla y reconstruirla, y el progreso de los derechos se abre paso a través del derecho y no necesariamente al margen del mismo o contra él. Aparece así la dogmática penal constitucional que tiene además la virtud de poder operar en todos los ordenamientos jurídicos inspirados en las mismas reglas, como son todos los países europeos continentales y los iberoamericanos. Esta es una novedad y éste es el reto para todos los penalistas.

Gracias a todos por su atención y al Consejo General de la Universidad por su generosa distinción.

APRENDÍ DE MI MAESTRO*

Aprendí de mi maestro, don Marino Barbero Santos, que el primer deber de un universitario español que pisa tierra americana es proclamar un profundo agradecimiento por la hospitalidad prestada a nuestros predecesores cuando en el momento más terrible de la vida española, el de la guerra civil y del genocidio político que siguió a ésta, lo mejor de la intelectualidad universitaria republicana, lo que se ha llamado la Edad de Plata de la Ciencia y de la Cultura española, pudo encontrar amparo en las tierras y pueblos de la América hispana.

Sólo mencionaré algunos destacados ejemplos, que fueron acogidos por la Argentina:

Manuel de Falla, muerto en Córdoba junto a su reloj de living, ajustado siempre a la hora de España.

Claudio Sánchez Albornoz, junto con Américo Castro, el más relevante historiador español del siglo XX.

Lorenzo Luzuriaga, catedrático de pedagogía, diseñador de la nueva escuela pública y del movimiento de la renovación pedagógica. Acogido primero por la universidad de Tucumán y luego por la de Buenos Aires hasta su muerte en 1959, que además fue uno de los fundadores de la mítica editorial Losada.

Francisco Ayala, profesor de derecho político, sociólogo y literato, bandera del mejor optimismo antropológico, pues todavía hoy, para gozo de todos, pasea con elegancia sus 102 años por las por las calles de Madrid.

* Doctorado en la Universidad de Morón, Buenos Aires, Argentina, 31 de marzo de 2008, tras la Laudatio pronunciada por Eugenio Raúl Zaffaroni.

Rafael Alberti que dividió por mitad sus cuarenta años de exilio entre Buenos Aires y Roma. Pío del Río Ortega, mi paisano de Valladolid, sucesor de Cajal. Juan Cuatrecasas, catedrático de patología de Barcelona, acogido en La Plata y luego en la Universidad Argentina Kennedy como director de la Escuela de Postgrado y como fundador de la carrera de psicología en Argentina.

Y, por último, deseo evocar a quien para mí como penalista es el principal de todos: Don Luis Jiménez de Asúa, catedrático de la universidad de Madrid, patriarca de la ciencia penal iberoamericana, diputado socialista en las cortes constituyentes de la república y presidente de la comisión constitucional, profesor de las universidades de La Plata y de Buenos Aires, muerto en esta ciudad en 1970, siendo presidente de la República española en el exilio. Y para que una vez más la gran fama de uno no oculte la del hermano debo mencionar también a Felipe Jiménez de Asúa, catedrático de medicina, acogido también durante toda su vida en esta tierra.

Aquélla hospitalidad brindada por los argentinos de hace más de 60 años permitió sobrevivir «transterrados», en palabras de León Felipe, a toda esa pléyade de intelectuales que pudieron continuar su obra en América, creando escuela aquí y permitiendo así que nuevas generaciones de españoles pudieran recuperar la vinculación de España con los maestros, dando continuidad de este modo en ambas orillas del océano al gran patrimonio científico y cultural que representaron.

Don Luis, merced a ese apoyo no sólo ayudó en todo a sus amigos y discípulos, como Blasco Fernández de Moreda y a Manuel López Rey y Arrojo, sino que pudo amparar a los exiliados de la siguiente generación de españoles malditos, como el insigne Don Manuel de Rivacoba y Rivacoba, tan querido de mi Maestro y de Raúl Zaffaroni, cuya obra científica, académica y humana hemos disfrutado en Argentina, en Chile y, recuperada la democracia, en España, y que ha sido glosada muy orteguianamente por Matías Bailone.

Yo mismo me reclamo y me explico cómo eslabón de esa continuidad. Don Luis Jiménez de Asúa, en Madrid y después en Buenos Aires, José Antón Oneca, que permaneció en Madrid entre campos de trabajos forzados y destierros, Marino Barbero Santos que se sumó a él en la Universidad de Salamanca a finales de los 50 y quien les habla, junto con Ignacio Berdugo y Juan Terradillos, que aprendimos con él en la Universidad de Valladolid de los primeros 70, para encontrarnos, cumplida esa década con los discípulos americanos de don Luis, forzados también a exilios a orilla del Rhin, en las Universidades de Bonn y Colonia, donde conocimos y trabamos amistad con Julio Maier, Leopoldo Schiffrin, Enrique Bacigalupo, Roberto Bergalli, Gladys Romero, Esteban Righi y tantos otros queridos colegas.

Fue de la mano de mi maestro Marino Barbero también de quien conocí a quienes aguantaron la dictadura en el exilio interior, como a David Baigún, Pedro David y a Raúl Zaffaroni, al que Don Marino calificaba hace 40 años de un joven titán, el

más prometedor de los jóvenes penalistas iberoamericanos. Algo más tarde conocí a quien hoy es la defensora General de la Nación Stella Maris Martínez, José Saez Capel y a Luis Niño.

Puede verse así con claridad la cadena genética y la traza del ADN que se origina en don Luis y que se hace posible gracias a la generosidad de la Argentina de su tiempo.

Precisamente en representación de los argentinos solidarios de aquellos años quiero evocar hoy aquí: a Natalio Botana, director de 'Crítica', por su apoyo constante a la República Española y a los exiliados varados en el puerto de Buenos Aires en el barco 'Massilia', inclusive a su caballo 'Romántico', quien al ganar en aquellos días el gran premio del Hipódromo de San Isidro permitió a su dueño poner aquel dineral al servicio del grupo de exiliados. También a quienes integraron la comisión argentina para apoyar a los niños españoles: Marcelo Torcuato de Alvear, ex presidente radical; Alfredo Palacios, primer diputado socialista de América; José Peco, catedrático de Derecho penal y dirigente de la Unión Cívica Radical; Mariano Castex, médico y profesor universitario; Saavedra Lamas, primer premio nobel de la paz argentino y ex canciller de la República. También al pleno de la Federación Universitaria Argentina (FUA), y a quien hizo posible los esfuerzos de los demás, al presidente Ortiz, que además de esta buena obra en pro del exilio español, merece ser recordado como el único político de la historia que ha resignado el poder por perder vista.

Cumplido este agradecimiento quiero proceder al que se corresponde con la mayor honra académica que puede recibir un universitario profesional, el doctorado honoris causa que me confiere la Universidad de Morón.

Gracias Rector Magnífico, Héctor Horacio Porto Lemma, gracias al claustro académico, al Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Bruno Corbo, y al profesor Javier Ignacio Baños.

Gracias por su Laudatio y su amabilidad al Profesor Raúl Zaffaroni, Catedrático Emérito de Derecho Penal de la UBA y de Criminología en la Facultad de Psicología de la misma y Magistrado de la Corte Suprema de la Nación, en la que desarrolla una labor histórica de renovación del ordenamiento jurídico argentino, también con gran relevancia internacional, y que ha cumplido con creces los augurios de Don Marino.

Sé bien lo que significa este honor. Durante 16 años he impuesto el birrete laureado a no pocos académicos y hombres de cultura, sirvan por ejemplo Don Juan de Borbón, augusto padre de Su Majestad el Rey, José Saramago, Umberto Eco, Giuliano Vassalli o Pedro Almodóvar. No lo hice con Zaffaroni, pues lo llevó a cabo quien me sucedió, Don Ernesto Martínez Ataz, en Toledo, en la nave de la Iglesia, hoy Paraninfo de la Universidad de Castilla-La Mancha, sede en su tiempo

de los Dominicos, sede, por tanto, del disco duro de la Inquisición Española, con una Laudatio pronunciada por José Ramón Serrano Piedecabras, precisamente sobre la lápida de la tumba de un gran inquisidor, y bajo la mirada en alabastro del bulto de Garcilaso de la Vega, el Petrarca español.

A todos les estremeció la emoción, aún más con la compleja liturgia universitaria medieval española que culmina con el «abrazo de fraternidad de los que se honran en convertirse en hermanos y compañeros». Una liturgia de la que ustedes los argentinos tuvieron que prescindir hace casi un bicentenario, para dejar los actos académicos sin otros adornos que el muy noble del ciudadano.

Y si a los sabios estremeció el doctorado, imagínense cómo puedo sentirlo y agradecerlo yo, que no soy más que un universitario de oficio y con poco genio. Estén seguros de que corresponderé a esta distinción, con cierta inevitable vanidad, pero, sobre todo, con mi más ferviente compromiso de colaboración con el claustro académico de esta Universidad de Morón a la que me honro ya en pertenecer.

Y como primera tarea me propongo dirigirles unas palabras, a profesores y estudiantes, en tiempos de reforma universitaria y de inquietudes por el porvenir profesional de los jóvenes. Y lo hago muy gustosamente, pues al núcleo esencial de la vocación de profesor universitario corresponde no solamente transmitir los conocimientos de la especialidad, sino también el incorporar en los jóvenes las habilidades para la propia vida, para actuar con conciencia y responsabilidad como profesionales y como ciudadanos.

En primer lugar, suele atezar a los estudiantes, sobre todo si se acercan al momento de concluir sus estudios, una alta inseguridad en sí mismos y en sus conocimientos. En verdad suelen creer los jóvenes que poco o casi nada han aprendido en las aulas universitarias, y, a su vez, los profesores tendemos a creer que todo lo que hoy sabemos lo aprendimos ya entonces, pero no es así. A lo largo del tiempo de la formación se van acumulando en los diferentes pliegues del cerebro los datos, los conceptos, los mecanismos de relación, y todo aquello que en una suerte de suma cibernética de serie de datos y protocolos permitirá al egresado afrontar los hechos y retos de su profesión. Lo explica divinamente la primera mujer que llegó a ser catedrática del Colegio de Francia, Jacqueline de Romilly, en un maravilloso libro titulado *El tesoro de los saberes olvidados*, cuya lectura les recomiendo vivamente. Pero como no creo que me hagan mucho caso, les daré una explicación con términos más cercanos a nuestro tiempo: en realidad la cabeza funciona como un buen computador, como una caja dotada de un sistema de almacenamiento de datos y protocolos de lectura e interrelación de unos datos con otros, y lo mismo que hacemos con el computador, los jóvenes en sus años de estudio van cargando datos en la cabeza, entendiendo por tales no sólo los números y los hechos, sino también las sensaciones. Esas sensaciones son los protocolos que hacen correr los diferentes

datos y programas incorporados y son las que, cuando llega el momento de enfrentarse al primer problema de la profesión, harán que la cabeza responda con el saber hacer. Sepan esto para reducir la ansiedad de los jóvenes y para afrontar el futuro con más seguridad. El Profesor Arsuaga, el gran investigador del yacimiento de los primeros homínidos en Atapuerca (Burgos) formula en este punto una extraordinaria síntesis: chimpancé + protocolo = ser humano.

La segunda actitud no positiva que suele acompañar a los estudiantes es la poca fe en sí mismos y en la sociedad en la que viven. Bien es cierto que hay periodos de la vida de un país que no estimulan el que sus jóvenes crean en sí mismos como país, es decir, como ciudadanos. Y por si esto fuere útil para las tareas docentes de Uds., permítanme que les traslade mi experiencia personal, como antiguo joven que creció en un ambiente intelectual marcado por la terrible sentencia y constatación de Antonio Machado: Españolito que vienes al mundo, te guarde Dios, que una de las dos Españas habrá de helarte el corazón. Y eso no era lo peor.

Lo peor era que desde el fracaso de la Constitución de 1812, que fue la Constitución común de las Españas de ambos lados del océano y de la que pronto se cumplirá su bicentenario, lo mismo que de la inmediata independencia, toda la historia de España del XIX y XX no daba más que para el pesimismo y para no creer en el país. En realidad, todo fue mal y lo que es más grave, el diagnóstico que del problema de España dieron los creadores de opinión, que entonces lo eran los «intelectuales», fue rotundamente catastrófico. El historiador contemporáneo Santos Juliá ha sintetizado los sucesivos diagnósticos del problema de España en un solo título: «anomalía, dolor y fracaso de España».

Don Juan Valera, el gran novelista, historiador y diplomático fue quien acuñó el diagnóstico de España frente a Europa como una anomalía. Los integrantes de la Institución Libre de Enseñanza, el más importante movimiento regeneracionista intelectual y educativo de este tiempo podía describir el panorama como el problema de «una raza enflaquecida, moral y físicamente débil, improductiva y visionaria». No me resisto a transcribir la descripción que Lucas Mallada hacía de las cualidades de nuestros políticos a fines del XIX: «... la más crasa ignorancia, la osadía, el espíritu de discordia y rebeldía, su inmensa soberbia, la veleidad y ligereza, su aturdimiento, la ingratitud y la doblez, su ambición ilimitada. En resumen –decía– una nación desventurada, que tiene en su base un pueblo de alucinados hambrientos y a su frente a políticos dedicados a provocar y devolver violentos ataques, a sostener utopías y delirios, socavar honras ajenas, embrollar las cuestiones, aprovechar descuidos, proyectar conjuras y a triturar al adversario».

El gran Miguel de Unamuno, ya incursos en la crisis de la pérdida de Cuba y Filipinas en 1898 sentenció: «somos una raza canija, de políticos infames». Nuestro filósofo más universal de los años 30, que en la Argentina encontró

más seguidores que en ninguna otra parte del mundo, Don José Ortega y Gasset, superando la descripción física afirmó, tras contemplar el pasado, que España no era otra cosa que «un dolor enorme, profundo y difuso». Tras la derrota de la república en 1939 y hasta el final de los 70, todos, desde los viejos republicanos en el exilio como los citados antes, hasta los jóvenes universitarios del 68, podían reconocerse en el diagnóstico de Pierre Vilar, el maestro francés de la mayor parte de los cultivadores actuales de nuestra historia contemporánea: «España es un fracaso, de siglo y medio».

En definitiva, como para que un joven estudiante de la España de cualquiera de aquellos 150 años pudiera creer en sí mismo y como ciudadano, y ser presa del optimismo para iniciar su vida profesional.

Pero si este discurso lo escucharan los estudiantes de cualquier universidad española actual, la reacción no sería el aplauso fervoroso, sino el más profundo estupor, pues los españolitos de hoy que han nacido y se han criado en la democracia construida a partir de 1977, creen firmemente que el estado natural de los españoles es la libertad, el Estado de Derecho, el bienestar social, incluidos los viajes y becas para estudios en las universidades europeas y la ayuda para el alquiler de la vivienda. Sólo empaña su optimismo, precisamente, la inseguridad en las perspectivas inmediatas de su inserción en el mercado de trabajo profesional.

Y es que la España de hoy no se reconoce en absoluto en cualquiera de los diagnósticos históricos que he enunciado. Más bien lo que caracteriza a los españoles de hoy es la conciencia de ser lo que siempre nuestros predecesores habían querido ser: un país europeo como los demás, con libertad cívica, democracia, tolerancia y progreso social.

Son muchos los factores que han llevado a la sociedad española a la situación actual, pero creo que el más relevante es el de que más de una entera generación en sentido orteguiano decidió creer en sí misma y, también como fruto de la terrible experiencia del pasado, incorporar a su ADN la prevalencia de la libertad sin ira, el valor de la tolerancia y del pacto, la responsabilidad individual y colectiva, la procedencia de un sistema fiscal justo y universal que proporcione recursos al Estado.

Me embarga una profunda emoción comprobar y proclamar que nada queda en la España actual del nacionalismo católico español, de nostalgia del imperio, de la estólida pretensión de superioridad ante Europa, de la intolerancia religiosa gestionada desde el Estado, provocadora de un radical anticlericalismo, en definitiva, nada queda de los viejos demonios familiares. Si algo queda de aquello es el fanatismo fundamentalista de la organización terrorista ETA, cuya pervivencia contribuye a dificultar aún más la vida de la sociedad vasca, escindida en dos mitades, los nacionalistas y todos los demás.

Y me gustaría compartir con ustedes las dos ambiciones que los españoles de hoy pretendemos realizar: estar en Europa y estar en América.

En primer lugar, la ambición de estar en Europa, y si se quiere precisar, en la vieja Europa, la que con todas sus imperfecciones y momentos de flaqueza representa el patrimonio cultural de los derechos humanos y del orden social justo. Como había proclamado Ortega y Gasset frente a los tradicionalistas, Europa no era el problema de España, sino su solución. Y así lo recordó el presidente Felipe González el día de la firma del tratado de nuestra integración en la Unión europea en 1985.

El hecho político de la integración en la Unión europea ha tenido efectos extraordinarios en la conciencia española, pero las consecuencias en la esfera económica lo han sido también, a pesar de que el mercado único comportó en los primeros años elevados costos sociales. Hoy ya no existen las empresas que hacían de la bandera nacional la excusa para el proteccionismo estatal de su ineficiencia. Inclusive ha dado comienzo el desmantelamiento del sistema de subvenciones a la producción agrícola, que comienza a verse sustituido por un sistema de ayudas a la vida rural y al medio ambiente que abrirá el mercado europeo a la producción agrícola internacional y especialmente latinoamericana.

Un país que cree en sí mismo tiene que tener una idea de cómo contribuir al concierto internacional y, así, en el plano europeo deseamos contribuir a romper la llamada paradoja europea: Europa es un gigante económico y un enano político en la esfera internacional. Y ese es un déficit que pagan los que en la vida de este planeta necesitan y esperan solidaridad y todos los que tenemos la firme convicción de que resulta necesario una suerte de gobierno del mundo que necesariamente ha de ser de base multilateral. Además, creemos que podemos prestar una buena contribución a la relación directa entre América Latina y Europa, complementaria a la natural del continente que va desde Alaska hasta la Patagonia y que brinda a Latinoamérica una oportunidad añadida de desarrollo político y económico, que favorecerá la integración regional y dará fuerza para superar los efectos de la que se llamó «década perdida».

Y la razón que los españoles tenemos para pensar que tal puede ser nuestra contribución al concierto de las naciones y como nexo de unión entre Latinoamérica y Europa no se encuentra en la vieja idea de la patria común o de la madre patria, sino en la pertenencia a lo que Carlos Fuentes ha acuñado desde hace más de cuarenta años y que proclamó tenazmente en el año de celebración del IV centenario de la publicación del Quijote de Miguel de Cervantes: pertenecemos al territorio común de La Mancha. Y es que la lengua, como soporte cultural de datos y sensaciones, es territorio y tesoro común de los 400 millones de hispanohablantes. Todo ello, más allá de cualquier pretensión nacionalista o de mezquino casticismo, se puede convertir en el santo y seña de toda la comunidad iberoamericana, acuñada por el uso de la lengua castellana y por el signo del mestizaje.

Y así, una de las cosas que podemos hacer y estamos haciendo es la red de universidades y portal que llamamos «Universia», un portal que agrupa y pone en red a más de 850 universidades latinoamericanas, entre ellas la nuestra, y a una impresionante gama de cursos de formación, así como el portal hermano de la «Biblioteca virtual Miguel de Cervantes» que hace hoy realidad algo que es hoy sólo un sueño en el mundo anglosajón: la puesta a disposición de cualquiera en cualquier lugar con una terminal telefónica de más de diez mil obras literarias y documentos históricos en español, que en este momento sirve más de doscientas mil páginas diarias.

Especialmente como cultivadores de las ciencias penales desarrollamos también dentro de esta red de universidades el «portal iberoamericano de ciencias penales», que agrupa en este momento en su comité directivo y editorial a más de 100 profesores de todos los países iberoamericanos y cuenta con más de 2.000 artículos y documentos científicos.

A este compromiso pertenece también la acción horizontal, común, y cómplice con lo colegas de Argentina y los demás países de América para garantizar la presencia del mundo iberoamericano en las organizaciones científicas internacionales, así como la directa cooperación entre todos nosotros con aquellos países de nuestro mundo hispano que se encuentran en situaciones de dificultad. Este es el caso del trabajo que bajo la dirección del Prof. Zaffaroni realizamos en apoyo de la evolución jurídico penal para Bolivia, o el apoyo permanente al desarrollo democrático en Guatemala.

Es posible que mis palabras pudieran parecer a algunos inspiradas por algún fatuo optimismo, pero bien puedo asegurarles que mi optimismo se asienta en mi experiencia personal, intelectual y política como españolito que al tiempo de mi graduación creía firmemente en que mi país no tenía solución —«dolor, anomalía y fracaso de España»— y contraste con ello nuestra realidad presente. Ello es la fuente de mi optimismo, así como lo es también el contraste entre la miserable realidad política latinoamericana de aquellos años con la presente, en que por vez primera en la historia el conjunto de la tierra firme del continente vive en democracia, con todas sus imperfecciones, pero sin «Tiranos Banderas» que nos domeñen.

Una América y una Argentina con un gran presente y cargadas de futuro.

Muchas gracias por su generosidad y por su atención.

PARTE VIII.

LITERARIA

DELITOS Y PENAS EN EL QUIJOTE¹

No fue Cervantes ni jurista ni menos criminalista, pero fue buen conocedor de la justicia y de los criminales, conocimientos que plasmó con ingenio crítico –elevándose una vez más sobre su época– en el propio Quijote y en no pocas de sus demás obras.

El más apropiado texto para un penalista es sin duda el Capítulo Vigésimosegundo de la Primera Parte, el «de la libertad que dio Don Quijote a muchos desdichados que, mal de su grado, los llevaban donde no quisieran ir», es decir, el Capítulo de los galeotes, capítulo de sabrosa enjundia, munición de boca para las enfrentadas ideologías de los cervantistas al discurrir sobre el pensamiento político de Cervantes² y, por si fuera poco, y en la autorizada opinión de Rodríguez Marín³, quizás no haya en el Quijote otro capítulo que ofrezca tantas dificultades para su buena inteligencia; La pena de galeras.

Por ello bien pudiera radicar el interés de este trabajo en dar cuenta de en qué consistía la condición de galeote, el origen y evolución de la pena de galeras y los delitos cuya comisión la aparejaban.

1 En *Revista de Ciencias Penales*, 2, 1998. Asociación Española de Ciencias Penales, p. 266-272 y en *Añil: Cuadernos de Castilla – La Mancha*, N° 1, 1993, págs. 49-5.

2 Vid. Osterc, L. El episodio de los galeotes o la crítica cervantina conservadora rediviva, en *Sábado*, suplemento del diario *Uno más uno*, Méjico, 6 de mayo de 1989

3 Cfr. Rodríguez Marín, F.; *El capítulo de los galeotes. Apuntes para un estudio cervantino*, Conferencia en la Junta de Ampliación de Estudios. Madrid 1912, p. 6.

A pesar de las apariencias no existen delitos y penas que lo hayan sido en todo tiempo y en todo lugar, tampoco el Derecho penal es un Derecho «natural», y así la pena de galeras comenzó por no existir. Al asomar el siglo XVI las penas que se prevén para los delitos son, por lo común, la de muerte, en varias y graduadas formas, las corporales, en particular la de mutilación y la de azotes, los destierros y, para quienes tienen peculio, las pecuniarias como la multa y las confiscaciones⁴.

El Derecho penal del Antiguo régimen se caracteriza por desconocer a la prisión, a la privación de libertad, como pena en sí. La estancia en prisión es un mero estadio provisional a la espera del juicio o de la pena, la de muerte, la de azotes o la de destierro⁵. Es lógico y acomodado a los tiempos, pues las penas son privación de derechos fundamentales, y para que surja la pena de prisión debe previamente nacer la libertad como derecho fundamental, y para ello ha de llegar 1789, toda una revolución que alumbra una nueva concepción del hombre y del ciudadano.

Por consiguiente, no debe asombrar que en los tiempos modernos reclamemos quienes lo tenemos por oficio el que las penas de prisión se cumplan en habitáculos dignos, sin hacinamientos y suciedad. No se trata sólo de piedad o misericordia con los forzados, sino de exigir lo que pertenece al concepto: prisión debe ser sólo privación de libertad y nada más. Por ello debe respetarse la intimidad con celdas individuales, por ello se debe permitir el acceso a los medios de comunicación, a la prensa y a la televisión, por eso no se debe excluir la llamada visita matrimonial, etc. La cárcel no debe ser lugar «donde toda incomodidad tiene su asiento y donde todo triste ruido hace su habitación», tal y como describe Cervantes al aludir a una de las suyas, donde engendró su obra.

Suele situarse el origen de la pena de galeras en una pragmática del Emperador Carlos de 31 de enero de 1530. Por medio de la misma facultó el Rey Emperador a sus justicias para sustituir o conmutar ciertas penas por el servicio en las galeras reales⁶. Desde entonces los castigos corporales más graves, las mutilaciones, y los

4 Sobre el Derecho penal del Antiguo Régimen v. Tomas y Valiente; *El Derecho penal del Antiguo Régimen. (Siglos XVI-XVIII)*, Madrid, 1969. Para el sistema de penas esp. p.353 y ss.

5 Vid. García Valdés; *Estudios de Derecho penitenciario*, Madrid, Tecnos, 1982, esp. p. 30 y ss.; De Las Heras, Santos, J.L.; *La Justicia penal de los Austrias en la corona de Castilla*, Salamanca 1991, p. 265 y ss. Abundantes citas doctrinales desde Roma pueden verse en Castillo de Bodavilla; *Política para Corregidores*, Amberes, 1704, Libro III, Cap. XV, él mismo dice: «y siendo la cárcel, como regularmente es, para guarda y seguridad de los presos, y no para grave tormento y pena...». Esta obra es buena fuente para el conocimiento de la mentalidad de un juez penal de la época, así lo ha visto Tomás y Valiente en *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982, p. 179 y ss, en capítulo que dedicado a Castillo y que intitula *Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen*.

6 Para la pena de galeras vid. Sevilla y Solanas, F.; *Historia penitenciaria española. (La galera)*. Tipografía del Adelantado de Segovia, Segovia 1917; Rodríguez Ramos, L.; La pena de galeras en la España moderna, en *Libro Homenaje a J. Antón Oneca*, Salamanca 1982, pp. 523 y ss.; Tomás y

destierros perpetuos pudieron conmutarse por servicio de galeras de más de dos años. Y no menos, pues se entendía que el tiempo de instrucción en el remo no se alcanzaba en menos de un año. En 1552 el Emperador recordó de nuevo el instituto y amplió a otros delitos la facultad sustitutoria, mencionando como delitos especialmente adecuados para proceder de esta guisa a los hurtos cualificados, a los robos, a los salteamientos y fuerzas.

Al paso en que se incrementó el peligro turco en el Mediterráneo y con ello la necesidad y el número de la mejor embarcación para tal guerra, las galeras, fue ampliándose el catálogo de delitos cuya punición merecía por lo derecho o por conmutación la de guras. De particular relieve en esta tendencia es una Pragmática de Felipe II, pocos años antes de la gran batalla naval de Lepanto, en 1566, un año después de grave confrontación con argelinos y turcos ante las costas de Malta.

Tras esta pragmática⁷ ya el primer hurto de un ladrón se castigó con 6 años de galeras. Hasta entonces este primer hurto se castigaba con azotes y «setenas», no andando en galeras más que quienes carecían de bienes para pagar dicha multa. A los ladrones se equipararon los vagabundos. Castillo de Bovadilla⁸ proclama que «ladrón es propiamente del pan de los pobres el holgazán que está sano y mendiga de puerta en puerta». Y por mendigar y por robar cuatro años de galeras. Suma y sigue: los bígamos pasaron de la corporal a 10 años de galeras y los rufianes hasta 10. Menos, pero también, los alcahuetes; los adúlteros y homosexuales también cambiaron la hoguera por las «guras». Los testigos falsos dejaron de perder los dientes mediante tenaza, pero pasaron a 10 años en el mar. Igualmente los blasfemos, con 10 años, y los juradores, a quienes dejó de serles clavada la lengua por 6 años de galeras⁹.

Es también Sevilla Solans¹⁰ quien nos desvela, al leer en los inventarios de galeotes que se encontraban en el Archivo de la Ordenación del Apostadero de Marina de Cartagena, que no pocos iban a galeras por meras fruslerías: por andar en las ferias

Valiente, *El Derecho penal...*, cit., p. 390 y ss.; Roldan Barbero; *Historia de la prisión en España*, Barcelona 1988, p. 9 y ss.; De las Heras Santos Ob. cit., p. 304 y ss. Sobre el panorama universal de la galera como barco y también como pena vid. Zysbert/Gurlet; *Gloria y miseria de las galeras*, Ed. Aguilar, Madrid, 1989.

7 Esta pragmática está reproducida en Tomás y Valiente; *El Derecho penal...*, cit., p. 455 y ss

8 Castillo de Bovadilla, cit., II, cap. XII, nº 3.

9 V. en Sevilla, cit., p. 30 y s. un catálogo de sustituciones de penas por la de galeras y de tiempo posterior de la de galeras como pena directa extraído de la Novísima Recopilación. El propio Sevilla, p. 61 y ss., desvela al leer en los inventarios de galeotes que se encontraban en el Archivo de la Ordenación del Apostadero de Marina de Cartagena que no pocos iban a galeras por meras fruslerías: por andar en las ferias con juegos de bolillas, por dar una bofetada a otro a mano abierta en una procesión, por perder el respeto a su madre y a la justicia, por haber dado mala vida a su mujer, pero también, pretendiendo ahogarla debajo de los colchones de la cama o por haber pegado fuego a la cárcel...

10 Ob. cit., p. 61 y ss.

con juegos de bolillas, por dar una bofetada a otro a mano abierta en una procesión, por perder el respeto a su madre y a la justicia, por haber dado mala vida a su mujer, pero también, y la cosa sube de tono, pretendiendo ahogarla debajo de los colchones de la cama o por haber pegado fuego a la cárcel...

La impresionante burocracia de los Austrias y su obra supérstite en el Archivo de Simancas han permitido la estadística. El Profesor de Las Heras Santos, sobre más de 40 listas de galeotes que alcanzan 3.800 forzados, concluye que la composición jurídica de los galeotes era: 40% ladrones y robadores, 25% homicidas y causantes de lesiones, afrentadores de honras altas 5% y de las bajas otro tanto, vagos 4%, varios 11% y provisionales 10%¹¹. A su vez, sobre el conjunto de detenidos en la corona de Castilla un 80% lo estaba condenado a galeras¹². Uno de cada cinco estaba condenado al remo a perpetuidad, aunque no solía cumplirse más de 10 años¹³. De los demás la duración media de disfrute del Mediterráneo era de 6 años, no bajando las condenas más leves de 3 años. Por lo común siempre precedidas de azotes. De aquí el que se llegara a llamar a la comida ordinaria «azotes y galeras».

Podemos imaginar las dificultades y gastos que comportaba la conducción de los condenados en cualquier parte a los puestos de destino, que primero fue el de Málaga y después también Cartagena y Puerto de Santamaría. Es una providencia de 1557 de Felipe II la que marca con detalle los puntos de destino en función de los de origen: los procedentes de Galicia, a través de Villafranca, Valladolid y Segovia serán conducidos a Toledo y, finalmente, a Málaga; los de León, Oviedo, Salamanca, Palencia, Ciudad Rodrigo y Zamora, a Valladolid para ser remitidos a Málaga también; los de Burgos, Calahorra, Osma, Sigüenza y Navarra, a Soria y desde allí a Cartagena; Ávila, Segovia, Toledo, Madrid, Alcalá y Guadalajara, de nuevo a Toledo para su envío a Málaga; los de Plasencia, Coria, Badajoz y Cádiz, a Sevilla para su remisión al Puerto de Santa María; Córdoba, Jaén y Granada a Málaga de nuevo, y los de Cuenca a Cartagena.

Con razón se ha identificado a Toledo como el lugar de origen de nuestros galeotes. No sólo, pues, porque uno de ellos cite la plaza de Zocodover.

Tampoco carecía el ordenamiento jurídico de previsión oportuna para la guarda de galeotes y para los casos de su indebida soltura. De 1544 es la Pragmática que ordena que las conducciones de los forzados a galeras «se lleven con todo recaudo, i guarda, de manera que no se puedan ir, ni huir, i se lleven con seguridad, i entreguen

11 Ob. cit. p.306.

12 Ob. cit., p.279.

13 Diversas Ordenes en diferentes tiempos repiten lo que dispone el Real Despacho de septiembre de 1653: que las penas de galeras de toda vida se entiendan por diez años... atendiendo a la razón de piedad..., v. en Sevilla, ob. cit., p.33, también aquí para el mínimo de dos años: se prolongaba si reincidían durante el tiempo de la condena

en las partes, i lugares, que esta...ordenado». En la misma disposición se excluía al galeote del privilegio de inmunidad por refugio en lugar sagrado y para el causante de la fuga, por culpa o negligencia, se le propinaba una multa de 100 ducados por cada galeote huido, multa que se aplicaba a la compra de un esclavo sustituto, lo que reafirma el carácter utilitario de esta pena de galeras. Pero esto era sólo para soltura por descuido y no por la rebelión, que es en lo que Don Quijote incurre.

LA VIDA EN LAS GALERAS

Las galeras fueron para la vida común la seguridad y la presteza en las relaciones comerciales entre los países ribereños, y fueron para la guerra el instrumento que liberaba a los almirantes del sometimiento a los vientos de su voluntad de victoria sobre los hombres y sobre las cosas. Pero para quienes tuvieron como destino el impulsar las naves aplicando sus brazos y cuerpos a los remos, las galeras no fueron sino un «infierno flotante», como los califica Gregorio Marañón en su estudio médico social sobre las galeras¹⁴. Allí pone en boca del doctor Alcalá que «la vida del galeote es vida propia del infierno; no hay diferencia de una a la otra, sino que la una es temporal y la otra es eterna».

Los galeotes cumplían su condena ensartados en la cadena que los ataba en ristras sobre cada banco de la nave, sin que jamás se les quitare el grillete del pie, salvo para que el alguacil liberase al grillo del cadáver del galeote. Comida, sueño y fisiología, todo se hacía «en cadena» y en comunidad de hierros. Nunca con más de dos metros de movilidad respecto del banco y con el remar por único ejercicio, práctica acompañada y acompasada por el sistemático recurso al látigo por parte del cómitre. Llegados tras la larga y penosa excursión al banco, Guzmanillo de Alfarache nos cuenta¹⁵ lo que con ellos acontecía: dábaseles la «ropa del rey», a modo de uniforme de «la chusma»¹⁶ calzones de lienzo, almilla colorada, capote de jerga y bonete colorado también; tras raparles barba y cabeza se les aplicaba el grillete y se reinsertaban al bies. Al cabo se les entregaba el bizcocho de galera, veintiséis onzas, que era galleta elaborada a base de pan medio fermentado, amasado en forma de pequeña torta, dos veces cocido para secarlo y evitar su fermentación en las largas travesías, una especie de pan integral, nos dice Marañón. Tan duro era el bizcocho que los galeotes viejos esperaban con alborozo ver a los novatos intentar hincarlo el diente, experiencia en la que solían dejarse las muelas, lo que aconsejaba humedecerlo en la «menestra», nombre que recibía en su tiempo todo cocimiento de legumbres secas, por lo común la más ordinaria, las habas, también por entonces

14 Marañón, G.; *Vida e Historia*, Madrid, Austral, n°185, 9ª ed., 1968, p. 95 y s.

15 Mateo ALEMAN, Guzmán de Alfarache, ed. de Francisco Rico, Barcelona, Planeta, 2ª ed., 1987, 2ª parte, III, 8, p. 881 y notas.

16 «Chusma»: *La gente de servicio de la galera*, Covarruvias, *Tesoro de la lengua castellana*.

valoradas al gusto en poco. Parece que para que el cocimiento fuere de garbanzo había que ganar al menos la batalla de Lepanto. Pero tan parco menú solía reducirse como consecuencia de la contención de los déficits públicos, rebajándose a una sopa tristísima llamada «mazmorra», una suerte de consomé de los restos del bizcocho. Era lo más que se recibía a la cena¹⁷.

Frente a lo que algunos descreídos creen, en el infierno, de existir, hay disciplina, y en la galera también¹⁸: Se cuidan mucho las ordenanzas de castigar robos y hurtos, blasfemias y pecado nefando¹⁹, así como otras muchas nimiedades, como meter en la galera «tabaco de humo» o mujer propia o ajena, así como perder alguna ropa. Los palos son la farmacopea más habitual. Lo relata bien Guzmán: «le dieron a cada uno cincuenta palos de urtamanos, que les hicieron levantar los verdugos en alto, dejando los cueros pegados en él»²⁰, palos que se solían dar al culpable y a todos los que se encontraban en derredor, por las dudas y para mayor escarmiento. Los palos podían venir solos o acompañados de prolongación de los años en el remo. Lo que estaba peor visto eran los alzamientos, que se castigaban con pena de la vida, cuya ejecución admitía la escenografía más violenta. El relato de Guzmán habla por todos los así condenados: «Condenaron a Soto y a un compañero, que fueron las cabezas del alzamiento, a que fuesen despedazados de cuatro galeras. Ahorcaron cinco; y a muchos otros que hallaron con culpa dejaron rematados al remo por toda la vida, siendo primero azotados públicamente a la redonda de la armada»²¹.

GALERÍA DE RETRATOS DE GALEOTES

Este es el panorama penal que vive y refleja Miguel de Cervantes y que describe en 6 del total de 12 galeotes de la cuerda y cadena que rompe dando la libertad. Recordémosles:

El primero de los interrogados, de 24 años natural de Piedrahita, iba tres años «precisos» a gurapas, es decir, tres años fijos, no reducibles, y ello por «enamorado». Nuestro enamorado héroe se asombra sobremanera «¿por eso no más?

17 V. sobre este régimen dietético Maraño, ob cit., p. 99 y ss. Sevilla relata las aplicaciones que recibían los esfuerzos ahorradores, p. 161.; gastos en Comuniones generales, capellanes, arreglos en el hospital de forzados, etc, todo siempre muy minuciosamente justificado, onza a onza.

18 V. los textos en Sevilla, ob. cit. p. 71 y ss.

19 El pecado y delito nefando estaba entonces muy mal visto, Antonio Gómez, brillante jurista de mediados del XVI define al pecado nefando como acceso carnal que no está ordenado al coito natural y a la generación dentro de la especie, lo recoge Tomás y Valiente con interesantes consideraciones y buena literatura en *El crimen y pecado contra natura*, en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, p. 33 y ss.

20 Mateo Aleman, Ob. cit., p.888

21 Se trataba de la versión marinera del descuartizamiento por cuatro caballos, aunque a Damiens, el atentador contra Luis XV, hubieron de aplicársele seis.

Pues si por enamorado echan a galeras, días a que pudiera yo estar bogando en ellas». Pero como esclareció el galeote, el enamoramiento lo fue de una canasta de ropa. Como se le sorprendió «in fraganti» se libró del tormento y con ello se concluyó la causa, y allí se encontraba tras haberle sido «acomodadas las espaldas con ciento», con cien azotes o vergajazos, el «acostumbrado centenar» del Lazarillo de Tormes.

El segundo no responde a Don Quijote, por triste y melancólico que iba, pero lo explica el de Piedrahita, más voluntarioso: «por canario, digo, por músico y cantor». Cantó en el ansia, el tormento del agua, consistente en tapar las narices del reo con paño que le cubra la boca y adentrarle el agua a jarros en ella, llevando consigo a las entrañas agua y paño.

A decir verdad, lo que más sorprende y repele del Derecho penal del antiguo régimen no es tanto la brutalidad de los castigos, propia del atavismo de los hombres de esa época, y aún de la presente en cuanto se aflojan las cuerdas de ese endeble celuloide que es la civilización. Lo que más sorprende es que personas razonables, de cultivado entendimiento pudieran asumir como lógico y natural que la práctica del tormento fuere el método correcto de averiguación de la verdad. Como si no fuere evidente que bajo el tormento declaran sus culpas hasta los más inocentes²². Con acierto dice el guardia, y ello es en sí crítica cervantina del sistema: «harta ventura tiene un delincuente, que está en su lengua su vida o su muerte, y no en la de los testigos y probanzas».

El tercero de los galeotes respondió a Don Quijote que iba por cinco años a las señoras guras, por faltarle diez ducados, pues de haberlos tenido «hubiera untado con ellos la péndola del escribano y avivado el ingenio del procurador», lo que encierra el reproche de Cervantes a una Administración de Justicia entregada al cohecho²³.

El cuarto de los interrogados impresionó e impresiona por su «venerable rostro, con barba blanca que le pasaba del pecho». Su delito era el de ser un poco hechicero y el de alcahuete, «corredor de oreja, y aún de todo el cuerpo», como explicó el siguiente. Este hombre honrado va por cuatro años a galeras, habiendo paseado

22 La crítica de la tortura tomó definitivo cuerpo con el alegato de Beccaria en su *De los delitos y de las penas*, que aparece en 1764, diez años más tarde en España. Una última edición de esta obra, con prólogo de Tomás y Valiente es del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993. Sobre la tortura en España vid. Martínez Díez, G.; La tortura judicial en la legislación histórica española, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXII (1962), p. 223 y sig.

23 Su razón principal se encuentra en el propio sistema: la retribución de los jueces se obtenía de su participación en las penas pecuniarias impuestas por ellos mismos, vid. Tomás y Valiente; *El Derecho penal.*, p. 163 y ss. La crítica cervantina a la corrupción de la justicia es frecuente, así en La ilustre fregona: «*Que no falte ungüento para untar a todos los ministros de la justicia, porque si no están untados, gruñen más que carretas de bueyes*».

«las acostumbradas vestido en pompa y a caballo». Aquí aprovecha Cervantes en boca de Don Quijote para romper una lanza en favor de la licitud del comercio del cuerpo y de sus corredores, «oficio de discretos y necesarísimo en la república bien ordenada»²⁴. A pesar de tan buenas como sucintas razones –ya dice Don Quijote que algún día se explayará «con quien lo pueda proveer y remediar»– seguía el Código hasta hace poco penando a tan singulares «*corredores de Lonja*», si no concurren otras circunstancias que lo agraven, con prisión de 2 a 6 años y multa. Por cierto, que el alcahuete ha debido esperar para su libertad al Código penal de 1995, siempre y cuando se dedique a mayores de 18 y sin abusar.

Digo, de paso, que el paseo por las acostumbradas calles de la ciudad, emplumado y con coraza sobre pollino o poco más noble caballería, con acompañamiento y pregones, era penitencia común para las hechicerías del tres al cuarto. La coraza o mitra de papel era multiuso. Según el delito, así la decoración. Era indicada para alcahuetes. En mi personal condición de Rector procede recordar con Rodríguez Marín lo siguiente de La Escuela de Celestina de Salas Barbadillo:

«La Rectora Celestina

*De nuestra Universidad
Es de tanta autoridad
Que á ser obispo camina
Y aún presumo que lo ha sido,
Y con razón conviene;
Que adonde el bonete tiene
Pienso que mitra ha tenido»*

El quinto era estudiante y con ropas de tal se vestía. Seis años de galeras traía por estuprador de dos primas hermanas y de dos hermanas que no eran suyas. Iba conforme, y resignado, como si supiera que tal vocación por la crecida parentela y por el regusto de hacerla habría de esperar hasta 1978 para quedar libre de pena.

El fresco criminológico que retrata Cervantes termina con quien lo corona, Ginés de Pasamonte, condenado a 10 años, metedor de un ojo en el otro un poco – es decir, bizco – ladrón redomado, «de más de la marca», es decir, reincidente, y como tal marcado al hierro más de una vez, autor de una vida de sí mismo, que en su opinión emulaba a la del Lazarillo de Tormes, a pesar de no estar acabado el manuscrito por no estar acabada su vida. Aún más, era Ginesillo galeote de segundas, pues había servido ya en ello a Dios y al Rey por cuatro años, por lo que conocía bien el

²⁴ Vid. sobre este punto Redondo, A., *De las terceras al alcahuete del episodio de los galeotes* en *El Quijote* (I, 22). Algunos rasgos de la parodia cervantina. En *Journal of Hispanic Philology*, XIII, 2, 1989, p.135 y ss.

bizcocho y el corbacho, y las holganzas en los tiempos de no remar. En definitiva, un genio, aunque sea de la bellaquería, un genio desdichado. El mismo lo dice: «siempre las desdichas persiguen al buen ingenio».

Aquí termina el retrato y Don Quijote comienza su famosa alocución: «De todo cuanto me habéis dicho, hermanos carísimos he sacado en limpio que, aunque os han castigado por vuestras culpas, las penas que vais a padecer no os dan mucho gusto y que vais a ellas de muy mala gana y muy contra vuestra voluntad...» y sigue, y de lo que sigue me permito poner énfasis en sólo una frase: «porque me parece duro caso hacer esclavos a los que Dios y naturaleza hizo libres».

La frase no se ha marchitado. Se traduce en la Ciencia Penal en lo que se llama Abolicionismo, idea utópica y por ello enojosa, pero, como toda utopía, referencia necesaria en todo tiempo para contrastar con la miserable realidad y su connatural compañía del pragmatismo. Es preciso siempre intentarlo con quijotesco afán, aún cuando terminemos como él molidos a palos y obligados a exclamar ante nuestros resabiados Sanchos: «siempre lo he oído decir, que el hacer bien a villanos es echar agua a la mar.... paciencia y escarmentar para desde aquí adelante». Y es que, como dice Guzmanillo de Alfarache del que en la galera le traicionó, casi ninguno «vino a galeras porque daba limosnas ni porque predicaba la fe de Cristo a los infieles; trujéronlo a ellas sus culpas y haber sido el mayor ladrón que se había hallado en su tiempo en toda Italia ni España»²⁵.

Escarmentar sí, pero escarmentar reflexivo, encontrar el punto medio que cada tiempo merece. Seguro que el sustituir la muerte o la mutilación por galeras temporales o perpetuas pareció a algunos en su tiempo debilidad del Gobierno y quiebra de la Justicia, lo mismo que a algunos parece hoy el rebajar las largas penas tradicionales por penas más cortas, pero que se cumplan, o el autorizar los permisos de salida o el régimen abierto. Las penas se han de acomodar al valor que en cada momento tiene el bien de que se priva. Las penas deben ser útiles y no mera venganza. La utilidad fue descubierta entonces en el mover las galeras del Rey. Hoy la utilidad radica, lo dice la Constitución, en evitar que los que cometieran delito vuelvan en ello y los que no, que no caigan en la tentación.

Pero no podemos concluir la referencia estas galeras y galeotes cervantinos sin aludir a otras y otros que nacieron también del juicio de utilidad, proyectando el nomen originario sobre distinta realidad a la que me siento vinculado por razones de la jurisdicción propia: los galeotes de industria, en particular los de las minas de Almadén.

No fue Cervantes sólo el literato que conoció y trató, para luego mejor retratar, a galeras y galeotes. Mateo Alemán fue también especialista y así hizo gala de ello

25 Mateo Aleman, Ob. cit., p.903.

en su Guzmán de Alfarache. Adeudamos a Germán Bleiberg el descubrimiento, transcripción y estudio de la experiencia personal de Mateo Alemán que dio pie al precioso exponente de la literatura picaresca. No como preso, sino como juez visitador, conoció alemán y relató con fidelidad propia de moderno magnetófono las condiciones de vida y las vidas de los forzados y esclavos de las Minas de Almadén. Pero esta es otra historia y me la voy a reservar otra ocasión²⁶.

Y quiero terminar dando cuenta que la pena de galeras se abolió al quedar estas obsoletas, lo que ocurrió al tiempo que nos quedamos sin las mismas por puro inútiles para la navegación, de viejas y pocas que eran. El 18 de enero de 1749 se declara extinguido el servicio por el Fiscal del Consejo del Rey, y el 20 de junio el Marqués de la Ensenada ordena que a los delincuentes a los que se venía condenando a azotes y galeras se les destine por el momento a las minas de Almadén o a los Presidios de África²⁷.

26 Bleiberg, G., «El «informe secreto» de Mateo Alemán sobre el trabajo forzoso en las minas de Almadén», en *Estudios de Historia Social*, Madrid, nº 2-3, 1977, págs. 357-443, y reciente Jose Antonio Prior Cabanillas; *La pena de minas: Los forzados de Almadén*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real 2003.

27 V. Sevilla, cit., p.36 y ss, y p. 228 y ss.

LA CHINA, EL QUIJOTE Y EL DERECHO PENAL¹

Deseo ante todo agradecer al Grupo Chino de la AIDP la excelente organización del Congreso y felicitarles por el éxito en su convocatoria, especialmente al profesor Gao Ming Xuan, que forma parte de la presidencia de esta Sección.

También nos acompaña el Prof. Höpfel, catedrático de Derecho penal de una de las ciudades más bellas del mundo, Viena, que fue el relator nacional de Austria en el congreso preparatorio en el 2002. El responsable de la relación general de aquel Congreso preparatorio también nos acompaña, el Prof. Reinald Ottenof, Vicepresidente de la AIDP, Presidente del Comité Científico y Director de la Revue y quiero decirles que, si Cherif Bassiouni ha sido el padre de la AIDP contemporánea, bien puede decirse que Reinald Ottenof ha sido la madre.

Por mi parte quiero manifestarles que estoy encantado de estar en Beijing. Para mí como español la China ha sido un sueño, por su historia misteriosa, por la significación política de progreso que representó la revolución, por la fuerza actual de su sociedad y de su economía, por su apertura y por la evidencia de que el gigante dormido se ha despertado definitivamente. Para todos los españoles e iberoamericanos que hablan castellano, China ha sido un sueño desde que se refiriera a ella Miguel de Cervantes, el autor del Quijote, de cuya primera edición se cumple en el 2005, cuatrocientos años.

El Quijote ha sido la primera novela globalizadora de la historia, pertenece a las referencias culturales de las gentes cultivadas del mundo entero y yo me permito invitar a la joven generación de colegas chinos a leer el Quijote y a incorporarlo

1 Palabras del Presidente del Grupo Español ante el Grupo de Trabajo I del Congreso de la AIDP en Pekín en 2005.

a su acervo cultural, entre otras razones, porque como la China contemporánea, el Quijote combina la fantasía y la solidaridad, los impulso para salir del pasado y para construir un mundo nuevo.

El Quijote ha sido el primer *best seller* internacional de la era de Gutenberg, después de la Biblia. El éxito de la primera edición, cuyo Centenario se celebra el próximo año, llevó a Miguel de Cervantes a componer una segunda parte. En su prefacio justifica la misma con el argumento de que el éxito del Quijote ha llegado hasta la China, y de modo tan notable que recibió una carta del propio Emperador, enviada por un propio, ofreciéndole ser Rector de una Universidad para enseñar la lengua española, pero Cervantes prefirió quedarse en España sin aceptar tan generosa invitación para seguir escribir la segunda parte del Quijote.

Quien les habla, por el contrario, ha aceptado la invitación de venir a la China para este Congreso de la AIDP y bajo la hospitalidad científica y personal de Gao Ming Xuan y de la China Law Society, y aquí estoy encantado e impresionado por este país. Estoy impresionado por la realidad social y económica que China presenta hoy en día, impresionado por esa realidad que no es producto de la casualidad sino del compromiso político con el progreso de un país que en los primeros decenios del siglo XX estaba sumido en el feudalismo y en el abuso colonial. Estoy impresionado por el éxito de la apertura económica y del salto adelante que se ve con los propios ojos en cada calle, en cada plaza. Todo esto en un país con 1.300 millones de habitantes que tienen vida, alimentación, sociedad, bienes de consumo, educación y cohesión social. Quiero decir que la larga marcha ha tenido éxito, que el gigante dormido se ha despertado definitivamente, y yo espero que China como país contribuirá como Don Quijote a trabajar contra la injusticia y por el progreso en todo el mundo.

En este Congreso se trata no sólo de encauzar conclusiones y postulados sobre los temas jurídico penales que se abordan en el mismo, sino también de significar la voluntad de incorporación de China al respeto y formación del patrimonio cultural universal que representa la política criminal humanista que encarna la AIDP

Mi más cordial enhorabuena a los colegas chinos y mi agradecimiento y cooperación con esta presidencia y especialmente a los Profesores, Gao Ming Xuan, Frank Höpfel y Reinald Ottenof.

ADDENDA

KLAUS TIEDEMANN GRAND FINALE 1938-2018¹

I

Llegamos a Friburgo el sábado 16 de junio a fin de acudir en Staufen a casa de Klaus Tiedemann para tomar con él un café, alternativo al gran festejo que con motivo de su 80 cumpleaños antes de su recaída nos había preparado en el hotel que se levanta sobre Herden, que originariamente era una cabaña de cazadores y hoy es un *grand luxus* de Freiburg. Había salido el día anterior del hospital y llevaba varios días sin comer. Pero Juan Luis Gómez Colomer y yo le habíamos llevado respectivos paquetes de jamón ibérico y reaccionó. Siempre hemos dicho que es un gran remedio terapéutico. Juan Carlos Carbonell aportó un retrato de Dante adquirido en la preciosa librería *zum Wetzstein* y José Luis de la Cuesta, Adán Nieto y Luigi Foffani un libro sobre espárragos, que hemos comido siempre con él en estas épocas del año, a veces con extremado exceso. El negro gato Anton von Straufen presidió todos nuestros movimientos. Creo que sabe hasta los sexenios que tenemos cada

1 La exposición detallada de la obra científica de Klaus Tiedemann fue realizada por Ulrich Sieber en el volumen que junto sus discípulos editaron como Libro homenaje al maestro con motivo de sus 70 años, *Strafrecht und Wirtschaftstrafrecht*, Karl Heymanns Verlag, Colonia-Múnich 2018, p. VII a XIII. Un texto mío complementario y previo al que ahora se presenta se publica en este volumen de *Política Criminal humanista contemporánea*. En el año 2010 el catedrático de Würzburg Eric Hilgendorf editó un grueso volumen que recoge más de 20 autobiografías de lo personal y académico de los más renombrados profesores de Derecho penal de la generación de seniors contemporáneos: Jescheck, Hirsch, Naucke, Tiedemann, y los que siguen activos, como Albin Eser y Claus Roxin y que en español se habría titulado «Los penalistas alemanes se presentan». Puede verse allí la autopresentación de Klaus Tiedemann: *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, De Gruyter, Berlin Nueva York 2010, p. 573 y sigs.

uno. Por cierto, que ha sido ennoblecido de nuevo, pues aparece como el último de los dolientes en la esquila familiar, lo que muestra que los hechos no han acabado con el formidable sentido del humor de Inge. Nosotros comimos sin esfuerzo las cosas ricas que ella nos preparó, demasiadas, como cuando éramos jóvenes becarios y colocaban nuestros libros en las enredaderas del jardín en sus generosos convites en Staufen, salvo que se tratara de la matanza del cerdo el día de San Lorenzo, en el que la invitación tenía lugar en Ehrenkirchen.

El matrimonio se fue a dormir al “Hirschen” de Merzhausen, para estar al lado del centro de convenciones donde el Congreso comenzaba con el homenaje que se le ofrecía. A las 9 salió del coche que conducía Inge, conductora de riesgo, y se sentó a la puerta de la entrada y fue saludando con una gran sonrisa a todos quienes se acercaron, sobre todo españoles e italianos, más los alemanes. A las 9, 15 ascendió lentamente al escenario con Inge. Ulrich Sieber abrió con emoción el Congreso que ofrecían como homenaje el Instituto y la AIDP al Maestro común. El presidente John Vervaele dijo muy oportunas palabras y habló Tiedemann. Al verle subir a cámara lenta, pero decidido y seguro, e iniciar su discurso, me vino a la mente la anécdota de lo dicho en los años 30 por el gran literato español Don Ramón del Valle Inclán al extraordinario torero Juan Belmonte, el creador del toreo moderno, herido de tantas cornadas como por libros leídos: *Maestro, para llegar a la perfección sólo le falta morir en la plaza*, a lo que el filósofo le respondió estoicamente con lo mismo que hizo Tiedemann: *¡se hará lo que se pueda!* Bien es cierto que con gran prevención se preparó una excelente “sobresaliente”, Johanna Rinceanu, alma del Instituto para propios y extraños, quien supo leer con excelente entonación el texto que Klaus Tiedemann había preparado. Todo redondo. Adán Nieto subió al estrado para entregar el Manual de Derecho penal económico compuesto junto con Juan Antonio Lascuraín, Jacobo Dopico y Norberto de la Mata, cuya edición le han dedicado. En las fotos la cara de satisfacción es manifiesta, a pesar de mi mala máquina, aunque sabiamente manejada por Faustino García de la Torre, toledano que hace ahora lo mismo que nosotros 40 años antes. La Universidad, aunque nos maltraten y algunos no se enteren, siempre seguirá siendo formación de excelencia. Toda la semana fue de intensivos trabajos y el sábado fuimos a cenar, además de los mencionados antes, Lorena Bachmeier y esposo, invitados por Ulrich Sieber, con Inge a Staufen, en el Restaurante de la Casa de Fausto, sin Mefistófeles, y luego fuimos casi todos a su casa, donde compartimos un partido del Mundial y buen vino. Estuvo tranquilo a pesar de la tensión que imprimía el compromiso activo de Marion Sieber.

En esta familia estudia hasta el gato y les rondan los aromas de la cultura, de los clásicos españoles y latinoamericanos que los han acompañado siempre, en Alemania, en Cambrils y en las Américas. Se estremecía Klaus con los textos de Gabriel García Márquez y con el olor de la guayaba o con Doña Flor y sus dos maridos, de

Jorge Amado. Nada de nuestro mundo hispánico y lusitano le era ajeno, aun cuando su espíritu se había cultivado en Francia y en Italia, cuyas lenguas hablaba con la perfección con que lo haría luego en español.

Los congresos y reuniones sucesivas de la semana, el preparatorio de la AIDP y el de los jóvenes penalistas, fueron muy exitosos: el repaso a las nuevas tendencias en responsabilidad penal de las empresas desde diferentes ángulos, incluido el pensamiento de los jóvenes penalistas. Fue un reencuentro grato con colegas, además de los citados, como Helmut Satzger y sus colaboradores, Steve Thaman, emérito de Saint Louis, el finlandés Raimo Lathi, gran amigo de Klaus, Lorenzo Picotti de Verona. Sólo faltó Joachim Vogel, aunque seguro que nos miró sonriente desde el Valhalla. Los jóvenes, presididos por el mexicano Manuel Espinosa de los Monteros, acompañado por Eduardo Saad-Diniz y Dominik Brodoski, invitaron como augur al catedrático de la Wahrton School William Laufer, quien triunfó plenamente con una conferencia muy innovadora y provocativa. Al embarcar en Basilea para Roma –camino del homenaje a Francisco Muñoz Conde en el Aula Julio César del Campidoglio– me llamó Klaus Tiedemann, y con un hilo de voz me encomendó que transmitiera su agradecimiento al grupo de amigos que le acompañamos y a los que le han dedicado el libro del Derecho penal económico, así como a todos sus amigos, lo que hago aquí ahora. Sentí que se despedía. El tono de su voz se me ha quedado grabado. Apenas transcurrió un mes de los hechos relatados cuando falleció en casa suavemente.

II

Klaus Tiedemann nació en la pequeña ciudad medieval de Unna, en cuya iglesia su padre oficiaba los domingos como organista. Su abuelo materno era pintor de formación académica. Estudió para el *Abitur* en el Instituto (*Gymnasium*) Pestalozzi, en el que surgió su interés por los idiomas y las culturas, por la unificación de Europa, así como por las ciencias naturales. Tras ello se incorporó como estudiante a la Facultad de Derecho de Gotinga y luego a Frankfurt, Munster y Paris. Tras su estancia en Paris preparando su doctorado presentó la tesis con Karl Peters en 1962 y siguió a este como asistente en Tubinga. Hizo allí el examen de Asesor y se habilitó en verano de 1968, ya casado con Inge desde 1963. Con Marc Ancel preparó su tesis doctoral, y en Paris aprendió a valorar las culturas jurídicas latinas y la forma de vida francesa. Además de tener allí la oportunidad de descubrir la filosofía y la psicología a través de la obra de Gastón Bachelard, lo que sin duda contribuyó a dar a su pensamiento y obra una originalidad más allá de lo germánico.

Obtiene la cátedra en Giessen donde vive la revuelta del 68. Los estudiantes revolucionarios le increpan de reaccionario porque explica el Derecho penal vigente, incluso

con el Código en la mano, en vez de astutas e ingeniosas teorías político-criminales. Cuando hecha la vista atrás se revuelve contra aquel descalificativo y manifiesta no ser un conservador sino un tradicionalista, lo que le lleva a jugar al golf solo con palos de hierro y a sus preferencias por el vino tinto monovarietal. Tras una corta estancia en Gotinga llegó a Friburgo en 1973, donde asumió el Instituto creado por Erik Wolf y seguido después por Thomas Wurtermberger, con el título de Instituto de Criminología y Derecho penal económico, cuya actividad da comienzo con la gran investigación criminológica y dogmática sobre el fraude de subvenciones, cuya edición alcanzó los 10.000 ejemplares y llegó a venderse en los kioscos. Nunca olvidaremos los casos de los “cerdos de ida y vuelta”, ni los de codiciosos exportadores al tercer mundo de la mantequilla caducada. Por cierto, la esencia diferencial con la estafa se me ocurrió en la piscina de su jardín y casi me ahogo al intentar explicarle, mientras se tomaban un vinito “ligero”, como le gustaba decir, que el problema alemán venía de su manía de castigar hasta los falsos mendigos, lo que había dado lugar a la invención de extravagantes conceptos de patrimonio. Nosotros nos habíamos salvado por el benéfico efecto de las denostadas y desaparecidas faltas.

En la Facultad de Friburgo estuvo toda su vida, y no escatimó su tiempo a los cargos y cargas académicas propias de la vida universitaria, y no aceptó llamadas a otras Universidades, como la de Tubinga, ni a la Dirección del Instituto Max-Planck. En su Instituto, con sus dos espléndidas sedes sucesivas de las calles Günterstahl y Erbprinzen desarrolló una extraordinaria labor de investigación y magisterio, de los que son expresión sus numerosos libros, comentarios y artículos, así como sus excelentes discípulos Ulrich Sieber, Gerhard Dannecker, Joachim Vogel, Tonio Walter y, también, de Urs Kindhauser y fuera de la academia, pero con mucha doctrina, Klaus Moosmayer. Pero, además, convirtió el Instituto, con la ayuda de su encantadora y eficaz secretaria Evelyn Wieler, en un centro de referencia internacional, con varios cientos de jóvenes visitantes extranjeros, en su mayoría italianos, españoles y latinoamericanos, visitantes que fueron atendidos con la mejor cordialidad germanica, con buena parte de los cuales constituyó una relación personal y científica que ha perdurado en el tiempo.

Más destacable que ninguna es su vinculación al mundo hispánico. Bien dijo él que en su vida universitaria había sabido el francés desde el principio, mejorado el italiano y aprendido enteramente el español. Los mayores destellos de esa amistad y comunidad de trabajo son sin duda sus doctorados Honoris Causa por la Universidad Autónoma de Madrid, la de Castellón, la Federal de Río de Janeiro -Unirio- y la de San Marcos de Lima. Justas respuestas a quien tanto nos enseñó y regaló. Una relación necesariamente incompleta de sus amigos comenzaría con los españoles Marino Barbero Santos y Antonio Beristaín, el colombiano Alfonso Reyes Ochandía, los argentinos Raúl Zaffaroni, Eugenio Bulygin y Carlos Nino, los peruanos

Raúl Peña Cabrera y José Hurtado Pozo, con los chilenos Juan Bustos y Hernán Hormazabal, con el italiano Giorgio Marinucci y con los jóvenes, aunque algunos ya no lo somos tanto: el que suscribe, Juan Luis Gomez Colomer, Luigi Foffani, Jose Luis de la Cuesta, Carlos Suarez, Silvia Barona, Juan Carlos Carbonell, Adán Nieto, Rosario Vicente, entre muchos otros.

III

La figura de Klaus Tiedemann que queda hoy en nuestra retina es la del fundador del Derecho penal económico moderno. A ello se ha dedicado los últimos decenios de su vida, especialmente desde que presentó su informe en la 49ª Dieta de los juristas alemanes en 1972, que dio lugar al gran movimiento político criminal de las tres leyes sucesivas contra la delincuencia económica en 1976, 1986 y 1997, envuelto todo ello en el armazón de *Leipziger Kommentar*, de cuya edición 12ª fue coeditor y comentarista jefe para los delitos económicos, y condensado todo en su Derecho penal económico, parte general y parte especial, presentado ya en un sólo volumen en 5ª edición, con traducción al español de Adán Nieto y de Manuel Abanto. A lo que debe añadirse su comentario a los tipos penales de la Ley de sociedades anónimas y la edición con Adán Nieto de los *Eurodelitos*. Naturalmente su labor ha sido pareja en un ámbito próximo al de los delitos económicos, como ha sido el de construcción del Derecho penal europeo, del que también ha sido temprano iniciador, y en lo que destaca su trabajo en el *Corpus Iuris* y el impulso a la creación de la Fiscalía europea, además de las figuras de los eurodelitos.

Pero quiero recordar aquí también su obra anterior, que comienza con su inmersión en el Derecho procesal con su maestro Karl Peters, en donde destaca además su investigación temprana de un asunto muy actual como es la revisión de las condenas erróneamente adoptadas, los errores judiciales. No solo se ocupó del Derecho procesal, sino también del entero sistema de justicia. También se ocupó del Derecho penitenciario, con el estudio comparado del estatuto jurídico de los presos, que llevó a cabo en su primera estancia con Marc Ancel en París. En parte general y teoría del delito resultó capital para todo el derecho penal especial accesorio su Teoría de las funciones del tipo. Ya con su primera cátedra se ocupó del Derecho constitucional, que habría de tener importantes consecuencias con su reflexión de los 90 sobre Derecho penal y Constitución, una incursión sorprendentemente poco transitada en Alemania tras la obra de Sax en los años cincuenta. La Criminología la practicó no solo en la investigación del fraude de subvenciones, sino en estancias en los Estados Unidos con los discípulos del gran Edwin Sutherland, creador del concepto de *White Collar Crime*, Donald Cressey y Marshall Clinard, y luego con el australiano John Braithwaite, en trabajos para las Naciones Unidas.

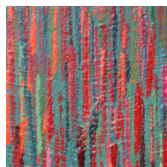
Pero más allá de por ser luz sobre un completo campo legislativo y de conocimiento, de sus dominios del Derecho comparado, no solo en los Códigos sino en acción, Klaus Tiedemann destaca porque ha sido el primero en conocer bien el derecho comparado, no para imponer las soluciones alemanas a todo el mundo, sino para intentar hacer fructífera la pluralidad de los enfoques nacionales sobre los problemas propios, sino sobre todo en esta fase de *lege ferenda* nacional y de la armonización internacional o europea con creación de figuras novedosas, que toma de aquí y de allí y que resultan verdaderas hibridaciones. Esta forma de hacer derecho comparado que en Klaus Tiedemann era fruto de una cualidad personal cultivada entre París, el mediterráneo, el mundo latinoamericano y anglosajón se ha convertido en la metodología específica en nuestro tiempo de la inevitable regulación penal armonizadora de la globalización. Mireille Delmas-Marty dirigió en los comienzos del milenio un espectacular proyecto que conocemos como *Les Chemins de l'harmonisation*, en el que había puesto en común a su valioso equipo capitaneado por Stefano Manacorda, junto con Ulrich Sieber, Marc Pieth y yo mismo cuando me encontraba en proceso de resocialización tras el dilatado periodo de Rector fundador de la Universidad de Castilla-La Mancha. Significativamente los seminarios se realizaron en París, Toledo, Friburgo, Basilea y Nápoles. Fue fantástico comprobar que el espíritu de Tiedemann se había convertido por excelencia en la nueva metodología del Derecho comparado y de la armonización, válida para Alemania, Francia o China. Fue muy estimulante hacérselo ver a la Académica francesa y al Maestro en una íntima y maravillosa comida a la conclusión de una reunión de las de junio de la AIDP en París. De las dos grandes sociedades científicas, de la AIDP y de la *Société Internationale de Défense Sociale* ha sido miembro comprometido y vicepresidente mundial, además de presidente del grupo alemán.

IV

Los hijos merecen mención en esta despedida, el mayor, Michael, respondió a la vocación no realizada por su padre por las ciencias naturales y es ingeniero mecánico. Philip es más complejo, pues aúna la vena artística e interpretativa de su madre y la herencia de aquellos abuelos músicos y pintores que proyecta como director en el *Theater am Schiffbauerdamm*, el *Berliner Ensemble*, la casa de Bertold Brecht, donde también es capaz de ordenar ingenierilmente el escenario móvil que todavía hoy mueven los motores y las ruedas de dos tanques T-34 que la actriz e intendente Helen Weigel consiguió de los ocupantes.

Pero, sobre todo, como ser humano Klaus Tiedemann no se entiende sin su mujer, al menos para los huéspedes extranjeros. Inge Hoffman era *Refrendar* en Tubinga cuando allí conoció a quien sería su marido en 1963. Para fortuna de los

extranjeros Inge no sólo ha sido una excelente abogada de Derecho de familia, plena de comprensión de los problemas humanos y de las soluciones jurídicas a los conflictos. Además, ha respondido al ideal de la compañera del profesor universitario alemán, atenta siempre a los problemas y necesidades de los numerosos discípulos extranjeros que llenaban el Instituto. Pero, sobre todo, como se ha podido comprobar, ha sido una extraordinaria compañera de Klaus Tiedemann en la salud y en la enfermedad, especialmente en estos malos tiempos últimos. Nos queda ella como enlace con la nostalgia del maestro y amigo desaparecido.



En los últimos decenios se han modificado de modo notable tanto las formas de criminalidad como las explicaciones de la conducta criminal y los modos y formas de la lucha contra el crimen. Ya Franz von Liszt elevó la consideración de la Política criminal al integrarla junto con la Dogmática penal y la Criminología en el núcleo de la Ciencia penal total. La necesidad de afrontar las nuevas formas de criminalidad, especialmente la organizada y transnacional, la corrupción, los delitos económicos, los tráficoos ilícitos y otros plantean la radical necesidad de construir una Política criminal novedosa, adaptada a la actualidad y armonizable internacionalmente, que ha de estar inspirada tanto en la eficacia como en los derechos humanos, binomio que permite enunciarla como una Política criminal humanista.